



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**A (IN)EFICÁCIA DO DIREITO AO RECURSO NO BRASIL A PARTIR DA
CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**

Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes Urani

João Pessoa

2025

MARCELO FERNANDEZ CARDILLO DE MORAIS URANI

**A (IN)EFICÁCIA DO DIREITO AO RECURSO NO BRASIL A PARTIR DA
CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos e Desenvolvimento.
Desenvolvimento, Linha 2 – Inclusão social, proteção e defesa dos direitos humanos.

Orientador: Prof. Dr. José Ernesto Pimentel Filho.
Coorientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

João Pessoa

2025

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

U72i Urani, Marcelo Fernandez Cardillo de Morais.
A (in)eficácia do direito ao recurso no Brasil a partir da Convenção
Americana sobre Direitos Humanos / Marcelo Fernandez Cardillo de Morais
Urani. - João Pessoa, 2025.
302 f.

Orientação: José Ernesto Pimentel Filho. Coorientação: Nereu José
Giacomolli.

Tese (Doutorado) - UFPB/CCJ.

1. Recurso - Direito - Brasil. 2. Direito ao recurso. 3. Corte Interamericana de
Direitos Humanos - CIDH. 4. (In)eficácia - Direito ao recurso. I. Pimentel Filho,
José Ernesto. II. Giacomolli, Nereu José. III. Título.

UFPB/BC

CDU 347.955(81)(043)

MARCELO FERNANDEZ CARDILLO DE MORAIS URANI

**A (IN)EFICÁCIA DO DIREITO AO RECURSO NO BRASIL A PARTIR DA
CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**

Aprovação em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Ernesto Pimentel Filho
Orientador

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli
Coorientador

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de
Negreiros Deodato
Membro Interno

Profa. Dra. Soraya Nour Sckell
Membra Externa

Prof. Dr. Martial Mathieu
Membro Externo

Prof. Dr. Dirley Cunha Júnior
Membro Externo

Prof. Dr. Gustavo Henrique Righi
Ivahy Badaró
Membro Suplente

Prof. Dr. Romulo Palitot Braga
Membro Suplente

Dedico o trabalho a Deus, minha mãe, meu avô e minha família, pois se cheguei aonde estou e se vislumbro chegar a outros lugares, isso se deve aos que se foram e aos que estão presentes. Obrigado.

AGRADECIMENTOS

Escrever uma tese é parecido com subir uma montanha, é um passo de cada vez e requer planejamento, fôlego e paciência. Quem fez quaisquer dessas atividades sabe que é a realidade. E, assim, esta Tese foi construída, mas não sem orientação e contribuição de outras pessoas, daí os necessários e justos agradecimentos.

Primeiro e não por gesto protocolar, porém, merecido, agradeço ao professor Doutor José Ernesto Pimentel Filho (UFPB), pelo aceite e criteriosa orientação do trabalho, pois a sua orientação foi fundamental na pesquisa, no âmbito nacional e internacional (França) para o desfecho do trabalho que, por certo, seguirá. Agradeço ao meu coorientador e professor Doutor Nereu José Giacomolli (PUC/RS), que desde o mestrado, gentilmente, contribuiu com a minha formação, sempre cedendo materiais de pesquisa e dividindo conhecimento. Mesmo sendo de outra instituição, aceitou o encargo da coorientação.

Agradeço aos ilustres componentes da banca, que desde a qualificação contribuíram, decisivamente, para que a pesquisa fosse ajustada e aprimorada. Afinal, todo trabalho necessita de uma valoração crítica e, assim, agradeço aos examinadores externos, à professora Soraya Nour Sckell (Universidade Nova de Lisboa), Dirley da Cunha Jr. (UFBA); Gustavo Henrique Righi Badaró (USP) e, ao professor e examinador interno, Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato (UFPB).

Externo os meus agradecimentos aos professores do PPG/UFPB e colegas, em especial, Fernando Joaquim, Leonam Liziero, Sven Peterke e Waldemar Aranha.

Na França, ainda, agradeço, ao Professor Doutor Martial Mathieu, da Universidade Grenoble dos Alpes (UGA) pela acolhida, evento e questionamentos ao trabalho, aspectos relevantes no desenvolvimento aqui alcançados.

À Universidade do Estado da Bahia e à Universidade Federal de Sergipe, essas indispensáveis e motivadoras do trabalho. Ainda, não poderia deixar de agradecer, aos colegas/amigos de docência, em especial, aos professores Jadson Correia e Tanise Thomasi, pelas valorosas contribuições.

Ainda, como aluno especial, cursei duas disciplinas na UFPR e uma como ouvinte, na USP. Essas foram salutares no prosseguimento da pesquisa, e neste momento registro meus agradecimentos.

Uma vida sem amigos não é vida. Em suma, nessa trajetória, agradeço dentre os que tenho e cultivo antecipando minhas desculpas pelos eventuais esquecimentos,

Valentim Aguiar, Bruna Roncato (UFMT), Valfredo Aguiar (UFMT), notadamente, pela acolhida no Mato Grosso, em Brasília, a Edimar Carmo (UEG), na Bahia, as professoras Maria Auxiliadora Minahim(UFBA), Juliana Damasceno(UFBA), Emanuel Silva (UFOB), a todos pelos cafés, torcidas, recepções e trocas de ideias.

Aos meus primos, pela receptividade e atenção, Rafaela Urani (Goiânia), Matheus Cardillo (Aracaju), Jajal Fernandez (Vale do Capão/Chapada Diamantina) e Rodrigo Urani (Goiânia/Brasília)

A todas as bibliotecárias e pessoas que me auxiliaram pelas diversas bibliotecas públicas ou particulares que passei, a exemplo da biblioteca do professor Geraldo Prado, no Brasil (Bahia, Brasília, São Paulo, Sergipe, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul), na Argentina (Buenos Aires), Espanha (Barcelona) e França (Grenoble), e aqui não tem como nominar, deixo meus agradecimentos.

A Vivian Carvalho que no entre espaço cronológico/ subjetivo, conquistou meu coração.

Avante!

RESUMO

URANI, Marcelo Fernandez Cardillo. **A (IN)Eficácia do Direito ao Recurso no Brasil a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. UFPB. João Pessoa - PB. Brasil, 2024.

O presente trabalho trata do direito ao recurso no Brasil, numa perspectiva do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O trabalho realiza uma abordagem do processo penal à luz dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos (CIDH). A tese tem como objeto fazer uma análise da eficácia, ou não, do direito ao recurso no Brasil a partir de precedentes da Corte IDH. A justificativa decorre da necessidade de adequação do processo penal no Brasil aos direitos humanos e às garantias fundamentais inseridas na Constituição Federal de 1988 e nos Tratados Internacionais. Assim, é importante uma nova leitura do processo penal no Brasil à luz da Carta Magna e dos Tratados Internacionais, buscando a defesa dos direitos humanos e, em especial, no contexto deste trabalho, os acusados. Essa visão demonstrará a necessidade de superação do vigente Código de Processo Penal do ano de 1941. A tese apresenta como problema o seguinte questionamento: há eficácia do direito ao recurso no Brasil, em face das condenações surgidas na 2ª instância, decorrentes de impugnação da acusação e consequente impossibilidade de reexame probatório em recurso da defesa? Como objetivo geral, vamos analisar se a impossibilidade de reexame probatório na condenação da 2ª instância torna ineficaz o direito ao recurso, aceitando o referencial da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Dentre os objetivos específicos, **visamos demonstrar a função do processo penal, apresentar as formas de duplo pronunciamento no Brasil para analisar a (in)eficácia do direito ao recurso no Brasil a partir da Corte IDH e expor as decisões de inadmissibilidade do recurso especial e desfechar a (in)compatibilidade do direito ao Recurso no Brasil e a visão da Corte IDH**. Temos três hipóteses: a primeira vislumbra que há violação do direito ao recurso, pois em alguns casos não há revisão integral da condenação; segundo, não há violação se ocorrer revisão jurídica ou probatória; e, não há violação, pois o Protocolo 7 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ressalva o direito ao recurso, nos casos postos pelo problema da pesquisa. O método de trabalho será feito com referencial nos direitos humanos e na visão dos precedentes da Corte IDH. A metodologia será traçada com pesquisa no *site* da Corte IDH, revisão de literatura em atores nacionais e estrangeiros especializados e confronto da posição que o Brasil tem o direito ao recurso, em relação ao posicionamento da Corte IDH sobre esse ponto.

Palavras-chave: Corte IDH; Direito ao recurso; Brasil; (in)eficácia.

ABSTRACT

URANI, Marcelo Fernandez Cardillo. **The (IN)Effectiveness of the Right to an Appeal in Brazil based on the American Convention on Human Rights**. Thesis (Doctorate in Law). Postgraduate Programme in Legal Sciences. UFPB. João Pessoa - PB. Brazil, 2024.

This dissertation seeks to examine the effectiveness of the right to appeal considering the Brazilian criminal justice system from the perspective of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). In fact, it analyzes criminal procedures in Brazil from the perspective of the jurisprudence developed by the IACtHR, aiming to evaluate whether appellate convictions, particularly those resulting from prosecutorial challenges, comply with international human rights standards when they prevent a full evidentiary review by the defense. The study is grounded in the broader need to harmonize Brazil's criminal procedural framework with the fundamental rights and guarantees enshrined in the Brazilian Constitution and in binding international human rights means. By reassessing the structure and functioning of the 1941 Code of Criminal Procedure, the dissertation highlights deficiencies that compromise due process and the rights of the accused. The research main problem concerns whether the right to appeal remains effective under Brazilian law in cases where convictions are rendered only at the appellate level. This way, acquitted by judges but convicted by courts the person remains without allowing for comprehensive evidentiary reconsideration by the defense after such a reversal of his/her innocence. Three hypotheses are explored. The first one assumes that there is a violation of the right to appeal due to the lack of full review; the second is based on no violation occurs if the appellate process includes sufficient legal or evidentiary scrutiny; and the third means that no violation is present under a comparative lens that incorporates standards drawn from Protocol No. 7 of the European Convention on Human Rights. This work is grounded in a human rights-based approach, combining doctrinal analysis, case law review from the IACtHR, and comparative legal study of international standards confronted with the Brazilian criminal procedure.

Keywords: Inter-American jurisprudence; criminal due process; appellate review; procedural guarantees; regional human rights systems.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADIN** - Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ANPP** - Acordo de não persecução Penal
- CADH** - Convenção Americana sobre Direitos Humanos
- CEDH** - Convenção Europeia dos Direitos Humanos
- CF** - Constituição Federal de 1988
- CIDH** - Corte Interamericana de Direitos Humanos
- CPP** - Código de Processo Penal
- CPPM** - Código de Processo Penal Militar
- CPC** - Código de Processo Civil
- DPE** - Defensoria Pública do Estado
- DUDH** - Declaração Universal de Direitos Humanos
- ER** - Estatuto de Roma
- LEP** - Lei de Execução Penal
- MP** - Ministério Público
- ONU** - Organização das Nações Unidas
- PIDCP** - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
- RI** - Regimento Interno
- RSE** - Recurso em Sentido Estrito
- STF** - Supremo Tribunal Federal
- STJ** - Superior Tribunal de Justiça
- TEDH** - Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DELINEAMENTO PROCESSUAL E RECURSAL NO BRASIL	25
2.1 A FUNÇÃO DO PROCESSO PENAL A PARTIR DO SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO	26
2.3 DIREITO AO RECURSO.....	73
2.3.1 Recurso: direito ou garantia?.....	95
2.3.2 Fundamento normativo do direito ao recurso	97
3 A IMPUGNAÇÃO NO BRASIL.....	100
3.1 MECANISMOS DE FUNCIONAMENTO DO DUPLO PRONUNCIAMENTO NO BRASIL	100
3.2 O SISTEMA DE DUPLO PRONUNCIAMENTO É BRASILEIRO OU DOS PAÍSES OCIDENTAIS?.....	131
3.3 A EFETIVIDADE DO DIREITO AO RECURSO A PARTIR DO CASO <i>MOHAMED VERSUS ARGENTINA</i>	163
4 O (DIREITO) AO DUPLO PRONUNCIAMENTO E O DIREITO AO RECURSO (E OS RECURSOS) NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS	194
4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO RECURSO É EXCLUSIVO DO CIDADÃO?	194
4.2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS REQUISITOS RECURSAIS	214
4.3 CAUSAS DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NO STJ DE 2013 A 2019.....	248
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	264
REFERÊNCIAS.....	279

1 INTRODUÇÃO

Este estudo, intitulado “*A (In)eficácia do Direito ao Recurso no Brasil à partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*”, examina a garantia do direito ao recurso com base nos princípios estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). O enfoque recai especialmente sobre o artigo 8.2.h, que assegura esse direito, bem como sobre outras garantias judiciais e penais previstas no artigo 8.2. Além disso, a pesquisa considera o artigo 25.1, que fundamenta os requisitos recursais, analisando sua aplicação e efetividade no ordenamento jurídico brasileiro.

Investiga-se, como se verá, o funcionamento do direito ao recurso no Brasil à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), analisando a compatibilidade entre esses referenciais normativos. Inicialmente, delimita-se o processo penal, explorando sua função e os contornos conceituais do direito ao recurso e do duplo grau de jurisdição. Em seguida, examinam-se as formas de impugnação no ordenamento jurídico brasileiro, com a apresentação do problema de pesquisa e a análise do Caso *Mohamed vs. Argentina*, julgado pela Corte IDH. Na etapa seguinte, discute-se a confirmação ou não das hipóteses previamente formuladas. Por fim, são apresentadas as considerações finais, que, em vez de uma conclusão definitiva, adotam uma perspectiva reflexiva, respeitando o caráter dinâmico e inacabado da pesquisa científica, especialmente no campo do Direito, de modo a permitir desdobramentos futuros e a incorporação de novas perspectivas.

Ao longo do trabalho foi analisado o problema da (in)eficácia do direito ao recurso no Brasil, em face da perspectiva da Corte Interamericana sobre Direitos Humanos e seus precedentes. Essa linha implicará numa contextualização do trabalho conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito constitucional e o Direito Processual Penal. O entrelaçamento da linha do trabalho sobre o direito ao recurso, com os três ramos do direito, independente da possibilidade do nexos com outros ramos, apresenta as vias com as quais o trabalho dialoga para formular o problema, hipóteses, objetivos e, ao final, buscar uma solução do problema.

Desse modo, apresentar-se-á o contexto do trabalho a partir da ligação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Constitucional e o Direito

Processual Penal. Tal exposição permitirá visualizar os pontos de interseção da (in)eficácia do direito ao recurso e àqueles três ramos.

A ligação do tema com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, deve-se por alguns fatores. O trabalho tem uma visão a partir dos direitos humanos, ou melhor, de um processo de internacionalização dos direitos humanos, cujo ponto de partida foi a Carta da ONU, quando passamos a ganhar volumosas normas jurídicas e princípios fundamentais que começaram a ser denominados de Direito Internacional dos Direitos Humanos, surgidas a favor das questões humanitárias e limitação da soberania estatal (Hitters e Fappiano, 2007). De modo que, os direitos humanos passam a ser uma obrigação internacional que todos devemos assumir.

O enfrentamento do direito ao recurso, numa perspectiva dos direitos humanos, decorre dos questionamentos quanto à efetividade do direito ao recurso, já que se há nexos entre esses, como aqui é proposto, a (in)eficácia do direito ao recurso implica na possível violação a um direito humano. Isso, por exemplo, pode ser debatido com o direito ao recurso em condenações surgidas em função de recurso da acusação, o que reflete o problema da pesquisa a ser explicado mais à frente, os processos de competência originária, a limitação recursal e a jurisprudência defensiva.

Há, então, uma contextualização do direito ao recurso dentro dos direitos humanos. Na linha de Hitters e Fappiano (2007), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua jurisprudência reforçam o devido processo legal, especialmente o posto nos artigos 7, 8, 9 e 25, que essas garantias, nas causas penais, constituem base mínima, garantias mínimas. Logo, o elo entre direito ao recurso e os direitos humanos fica demonstrado, tanto que os autores anteriormente mencionados, por exemplo, através de Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assinalam que tais garantias são a favor do ser humano e não do Estado.

Ainda quanto ao aspecto do direito internacional dos direitos humanos, há envolvimento no tema, a viabilidade da responsabilização internacional. A possível (in)eficácia no direito ao recurso acarreta violação a Tratados Internacionais, Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Como já ocorreu em outras oportunidades, inclusive ligadas à temática processual penal.

Seguindo esse âmbito de internacionalização, é perceptível que a (in)eficácia no direito ao recurso não é uma questão exclusivamente do plano interno. Sendo, a

partir do diálogo com o plano internacional, entenda-se, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, surge a possibilidade de responsabilização. Daí vem a necessidade de compatibilizar o Código de Processo Penal Brasileiro, de 1941, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos moldes como é interpretada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, se é que há inadequação.

No cenário deste trabalho, há relação com o direito constitucional. Posto que, o tema aborda o direito ao recurso e esse está inserido na perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, tendo em vista que na esfera do direito constitucional, o trabalho está englobado no compromisso com os direitos humanos. Isso decorre de a dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos do Brasil, artigo 1º, III, da Constituição Federal e, no plano das relações internacionais, ter dentre seus princípios a prevalência dos direitos humanos, artigo 4º, II, da Constituição Federal e pelo artigo 7º das disposições constitucionais transitórias constar que, “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.”, além da competência dos juízes federais para julgar as causas relacionadas à violação aos direitos humanos, quando ocorrer o incidente de deslocamento de competência, como dispõe o artigo 109, inciso V-A, da Constituição Federal.

Destaca Sarlet (2007, p. 119) que, “[...] não se deve esquecer o fato de que os direitos fundamentais, ao menos de modo geral, podem (e assim efetivamente o são) ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana [...]”.

Para Silva Neto (2010, p. 286-287) “A prevalência dos direitos humanos consubstancia exortação ao Estado brasileiro a fim de que promova crescente adensamento da proteção aos direitos humanos, quer consolidando-os como direito fundamentais no âmbito interno, quer para balizar [...]”.

A Constituição Federal assegurou, também, o Bloco de Constitucionalidade. Esse é uma cláusula de abertura, artigo 5º § 2º da Constituição, por meio da qual são assegurados direitos e garantias fundamentais, para além dos previstos na Carta Magna. Como pondera Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 634), essa possibilidade ocorre através dessa “cláusula aberta”, sendo admitidos outros direitos fundamentais não estabelecidos na Constituição Federal, mas que são recepcionados por causa do regime e dos princípios constitucionais e, ainda, em função de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Com o Direito Processual Penal, a pesquisa tem relação, pois o ponto central do trabalho é o direito ao recurso. A ligação entre esses ocorre, basicamente, pelo fato de o Código de Processo Penal, como positivado no artigo 574 e seguintes, abordarem os recursos em espécie apenas em seus aspectos procedimentais, tais como prazo, forma de interposição, legitimidade e efeitos.

A necessidade de justificativa da ligação do direito ao recurso, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, decorre da importância de suprir lacunas no assunto que não são colocados no Código de Processo Penal e, ainda, potencializar o direito ao recurso, previsto no artigo 8.2.h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa linha, a CADH assegura um recurso simples, rápido e efetivo, artigo 25.1, características que não estão asseguradas na legislação interna. Ainda no artigo 25, o qual trata da proteção judicial, esse garante o desenvolvimento das possibilidades de recurso judicial, fato que, aparentemente, colide com a perspectiva da criação de filtros de admissibilidade recursal¹ e da jurisprudência defensiva.

Posto o contexto do tema, o direito ao recurso na linha dos direitos humanos, é preciso esclarecer a delimitação do tema. Discutir sobre a (in)eficácia do direito ao recurso *versus* Convenção Americana sobre Direitos Humanos necessita de maiores reflexões que não cabem no título. A análise da (in)eficácia do direito ao recurso pode decorrer, por exemplo, da jurisprudência defensiva ou no caso dos processos de competência originária e, neste ponto, ao que cabe ao problema da pesquisa, o direito ao recurso no caso de réus que são condenados na 2ª instância, por força de recurso da acusação.

Ademais, o estudo do problema é feito, inicialmente, com base na fundamentação teórica do recurso, de modo em geral, também com fundamento em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça, da Corte Constitucional Colombiana e da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, ou seja, é realizado um confronto entre o processo penal brasileiro, notadamente, no que diz respeito ao direito ao recurso e o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre esse ponto, para que assim possa ser alcançada uma resposta e eventual proposta de solução.

¹ Um exemplo de recente filtro recursal é o filtro de relevância para admissibilidade de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Acrescentando que a delimitação do tema surgiu de questionamentos sobre a impossibilidade do réu, condenado em 2ª instância, diante de recurso da acusação não poder reexaminar matéria probatória perante as instâncias extraordinárias, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, ficando restrito à questão de direito, somente.

É indiscutível a necessidade da adequação do processo penal aos direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição Federal e nos tratados internacionais, além da compatibilidade do direito processual penal às diretrizes internacionais. Nesse último aspecto, o debate doutrinário é escasso e referida superficialidade impossibilita a superação do ranço de um passado autoritário e do modelo processual inquisitório, nos quais o acusado era, e ainda é despojado dos direitos e garantias fundamentais (Gloeckner, 2019).

Tal perspectiva ganha destaque quando o Brasil é comparado a outros países da América Latina que já reformaram seus respectivos Códigos de Processo Penal (Langer, 2020) visando ao distanciamento de um modelo inquisitório e a adequação aos direitos e garantias fundamentais, demonstrando a busca de um rompimento com um período autoritário e a aproximação com um processo democrático. Esse rompimento ficou evidente no *Caso Herrera Ulloa versus Costa Rica* (Costa Rica, 2004, Série C, Nº 107), quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos designou como “governar com o código penal na mão” o ambiente político autoritário, em que se recorre a ações punitivas como primeiro recurso da solução dos problemas sociais.

A Opinião Consultiva 08/1987 é outro exemplo na busca desse distanciamento com passado autoritário. Tendo concluído a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nessa opinião consultiva, que mesmo em situações de emergência, as garantias judiciais essenciais não poderiam ser suspensas. E, ao comentar essa e outras decisões, Cançado Trindade (2003, p. 64) sustenta, que “[...] depreende-se do anteriormente exposto que toda e qualquer restrição aos direitos garantidos – seja em forma de limitações, seja em forma de derrogações – deve ser restritivamente interpretada”.

A busca pela releitura do processo penal no Brasil à luz da Constituição Federal e dos tratados internacionais possibilita um processo pautado nos direitos humanos, no qual prevalece a visão de Ferrajoli (2000), de um processo como um sistema de garantias do acusado contra o poder punitivo do Estado.

Pensados esses pontos, afigura-se relevante ainda registrar que o trabalho poderá contribuir com novas pesquisas relacionadas aos direitos humanos, ao processo penal e mesmo ao direito internacional, pois o tema está conexo com esses ramos. A contribuição torna-se mais evidente a partir do reconhecimento da problemática do direito ao recurso e sua invisibilidade na doutrina e tribunais, que não a enfrentam nos termos aqui propostos, o que assegura o caráter inovador do trabalho. O tema, ao não ser estudado, acarreta uma lacuna acadêmica e consequente ausência de debate sobre os direitos humanos na perspectiva proposta. Isso possibilita dizer que cria um grande óbice ao desenvolvimento e efetivação dos direitos humanos.

Dessa maneira, o legado pretendido, propiciará um esclarecimento da matéria, fornecendo embasamento para subsidiar a mudança da prática processual penal brasileira, acelerando o seu desenvolvimento rumo à superação da inspiração autoritária, além de pôr à mesa acadêmica elementos que facilitarão futuras pesquisas.

A nova visão do processo penal com foco na relação com os tratados internacionais, decorre do reconhecimento das garantias processuais penais que ingressaram no processo pátrio, inicialmente, com tratados internacionais, além de outros institutos que sequer constam expressamente no vigente Código de Processo Penal de 1941, tais como a vedação à dupla imputação, direito a ser assistido por tradutor ou intérprete, duração razoável do processo e o direito ao recurso. Junto a tal aspecto, encontra-se a submissão do Estado brasileiro à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, circunstância que reforça a necessidade de compatibilização da legislação doméstica com a internacional, sob pena de condenação internacional, o que de todo modo é uma imposição do artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Da pesquisa, busca-se debater se tais elementos existem.

Adentrando mais especificamente no problema da pesquisa, busca-se discutir se há ineficácia do direito ao recurso no âmbito processual penal do Brasil. Embora tal garantia não esteja expressa na legislação brasileira, o seu ingresso no processo pátrio ocorreu através da ratificação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ambos ratificados em 1992, como está exposto no 1º capítulo (Lopes Jr., 2016).

Como a problematização central e o eixo norteador da pesquisa residiram na análise do direito ao recurso e sua (in)eficácia, apresenta-se, nesse contexto, a exposição de Binder (2015, p. 90):

[...] un punto particular, que ha tenido gran impacto en los últimos años, vinculado a la eficacia del recurso ha sido el de la posibilidad de revisión integral del fallo de condena” e prosseguem os autores “no es admisible que un error en la valoración de la prueba quede sin ningún tipo de control.

A relevância do tema ganha maior destaque por tratar-se de ponto não enfrentado até então, pela doutrina pátria e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, que estão mais atentos às questões conceituais e procedimentais. Assim, é deixado de abordar a efetividade do direito ao recurso, por conseguinte, inviabilizando a sua violação.

Como impactos, outros estudos e até projetos de lei que vão encontrar no presente trabalho base para pesquisas, ainda que não exaustivamente em todos os pontos, mas os aspectos debatidos poderão auxiliar e orientar futuros trabalhos.

O debate ganha outro destaque quando é confrontado com o Código de Processo Penal de 1941, da era Vargas, com a Constituição Cidadã de 1988, que pelos períodos históricos demonstram a incompatibilidades entre esses. Tanto que diversos dispositivos do Código de Processo Penal foram revogados, a exemplo dos artigos 594 e 595, em função de violação das garantias constitucionais ou então dos que podem ser, como o novo Pacote Anticrime que estabeleceu, por exemplo, a prisão quase obrigatória na pena igual ou superior a 15 (quinze) anos no rito do júri, além de outras mudanças de natureza autoritárias e que, possivelmente, não resistam a um controle de convencionalidade.

Em termos sociais, é possível dizer que o estudo ensejará impactos. Ao buscar potencializar o efeito dos recursos, através do debate do problema da sua (in)eficácia, a sociedade, em especial, a parcela daquelas pessoas que respondem aos processos penais terá o direito de defesa densificado e ampliado. No plano teórico, possivelmente, essa perspectiva possa reduzir as possibilidades de erros judiciais e de condenações errôneas, por efeito reduzindo a população carcerária.

Foi o confronto de como o recurso é tratado no Brasil e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que possibilitou gerar a reflexão da (in)eficácia do direito ao recurso. No Brasil não há possibilidade de o réu condenado em 2ª

instância, por força de impugnação da acusação recorrer às instâncias extraordinárias, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, para reexame de prova, inclusive há súmulas nesse sentido e largamente usadas para não conhecer o recurso especial e o recurso extraordinário. Ficando ao réu condenado na 2ª instância, unicamente, na perspectiva do reexame jurídico. Neste ponto, não se está tratando da rigidez na admissibilidade dos recursos, por exemplo, em fazer reexame jurídico, como na divergência de acórdãos entre tribunais distintos, artigo 105, III, da Constituição Federal de 1988 que é feita através de complexo cotejo analítico pelo Superior Tribunal de Justiça².

O problema vislumbrado é que enquanto no Brasil, o réu condenado na 2ª instância não pode recorrer a outras instâncias para novo debate probatório, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao fazer interpretação do artigo 8.2.h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, decidiu que o réu tem direito ao reexame integral de sua decisão, ou seja, no Brasil, nesse caso, é delimitado o reexame, sendo parcial e circunscrito ao lado jurídico, o que pode ensejar a (in)eficácia do direito ao recurso, já que esse instrumento não passa a ter toda potencialidade que a Corte Interamericana de Direitos Humanos exige.

A partir dessa possível incompatibilidade entre como é tratado o recurso no Brasil e a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos a esse, é que foi pensado o problema da (in)eficácia do recurso. Esse questionamento decorreu também da necessidade de respeitar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e eventual responsabilidade internacional. Assim, se o respeito aos direitos humanos é uma obrigação internacional, inclusive o Brasil já foi sancionado, a adequação do Código de Processo Penal e, notadamente, ao que interessa ao trabalho, o direito ao recurso, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é uma ação obrigatória e não facultativa, até por serem garantias do processo penal do artigo 8, patamar mínimo. De sorte que, ação inferior aparenta violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

² PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1. Eventual despacho inicial que admita os embargos de divergência não impede que o relator venha a indeferi-los após melhor análise detida do feito, reconhecendo a ausência de elementos conducentes à demonstração da divergência jurisprudencial. 2. A divergência não ficou caracterizada, uma vez que não foi realizado o necessário cotejo analítico entre os acórdãos confrontados, de modo a demonstrar os trechos que eventualmente os identificassem. Assim, não houve comprovação do dissídio jurisprudencial invocado (AgInt nos EREsp n. 1.517.685/MG, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Seção, julgado em 15/8/2023, DJe de 21/8/2023).

Resumindo, foi a partir da limitação do direito ao recurso, como posto anteriormente, que foi vislumbrado a possibilidade da (in)eficácia do direito ao recurso, como visto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Diante dessa provável incompatibilidade entre o Código de Processo Penal e o direito ao recurso *versus* a Convenção Americana sobre Direitos Humanos são visualizadas três hipóteses que são examinadas e conflitadas ao longo do trabalho. E, nesse momento, será feita uma exposição introdutória das hipóteses.

A principal hipótese, a primária, tem por tese a ocorrência da violação ao direito ao recurso. Nessa perspectiva, a violação decorreria da incompatibilidade do direito ao recurso, em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O exercício do direito ao recurso no Brasil possibilita que o réu seja absolvido na 1ª instância e condenado na 2ª instância por força de recurso da acusação, de forma que em sendo condenado na 2ª instância, restará recorrer ao Superior Tribunal de Justiça e/ou Supremo Tribunal Federal, instâncias que inadmitem reexame de prova, nisso não há entendimento contrário, sendo aceito pacificamente pela doutrina e jurisprudência.

De tal perspectiva exposta, o réu não terá direito ao reexame probatório. Haverá, unicamente, a possibilidade de reexame jurídico, esclarecendo que a possibilidade de impugnar a decisão de 2ª instância, via revisão crime, não atende à ideia do direito ao recurso, como será exposto no capítulo inicial.

Quando é analisado o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, serão expostos ao longo do trabalho. A Corte exige para concretização do direito ao recurso reexame integral da decisão condenatória. Logo, o condenado tem direito a impugnar a condenação no aspecto jurídico e também probatório, ou seja, amplo reexame.

O conflito do posicionamento nacional com o internacional pode indicar a tese da (in)eficácia do direito ao recurso quando analisado o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial do artigo 8.2.h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Tal tese, se confirmada, pode ensejar a condenação do Brasil perante a Corte, já que há obrigação de adequação da legislação interna à externa, artigo 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Por ser a Corte a principal intérprete da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o entendimento daquela sobre os direitos humanos aparenta ser o mais preciso. Afinal, a Convenção citada é um Tratado de Direitos Humanos e, a linha da

Corte tem um caráter mais protetivo do que a linha nacional, se dúvida ocorrer, essa se resolve pelo *in dubio pro homine*, critério interpretativo dos direitos humanos, como decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Ricardo Canese versus Paraguai* (Costa Rica, 2004, Série C, Nº. 111, § 180).

De acordo com o artigo 29.b) da Convenção, se alguma lei do Estado Parte ou outro tratado internacional do qual o referido Estado é Parte outorga maior proteção ou regula de forma mais ampla o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade, deve aplicar o padrão mais favorável para a proteção dos direitos humanos.

Nesse âmbito de proteção, Cançado Trindade (2003. p. 434-435) aponta a inexistência de preponderância entre direito internacional ou direito nacional, como houve nas superadas correntes monista e dualista, sendo para o ex-juiz da Corte Interamericana de Direito Humanos a “[...] primazia da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno”. Mencionando o autor, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que proíbe a sua interpretação de forma a limitar o gozo e exercício de qualquer direito, além de citar no mesmo sentido o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e, ainda, entendemos a possibilidade de acrescentar à lista, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, também conhecida como Carta de Banjul.

Existe outra hipótese que segue uma tese contrária à anterior. Por essa outra hipótese, há a tese de que não existe violação ao direito ao recurso no Brasil, como exposta na tese inicial. A linha dessa segunda hipótese propõe que basta possibilitar ao réu condenado na 2ª instância, por força de recurso da acusação, buscar as vias extraordinárias de acesso ao Superior Tribunal de Justiça e/ou Supremo Tribunal Federal, através do recurso especial e/ou recurso extraordinário, respectivamente.

Tal tese pode ser justificada por dois fundamentos. O réu condenado na 2ª instância e que tem só as vias extraordinárias, já teria exercido o direito de defesa, contraditório e ampla defesa na 1ª instância, durante a instrução, inclusive, contraditando a prova. Logo, ainda que absolvido inicialmente e condenado posteriormente, teve a oportunidade de contraditar a prova, sendo suficiente o reexame jurídico pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, ou diretamente junto a este sem o exame daquele.

Outra razão dessa tese, é a inexistência de questionamento em sentido contrário pela doutrina e jurisprudência. Da leitura dos autores, não há problema em não oportunizar o reexame probatório no caso em que envolva o problema da pesquisa, também, inexistente problema em não permitir o direito ao recurso como posto pelo problema da pesquisa e apenas viabilizar reexame jurídico nas instâncias extraordinárias, como há súmulas nesse aspecto. Na 2ª hipótese, a tese é de que não ocorreria violação ao direito ao recurso no Brasil. Bastaria só possibilitar ao réu condenado na 2ª instância, por força de recurso da acusação, logo, o reexame jurídico não violaria o direito ao recurso.

A última hipótese também entende que não há violação ao direito ao recurso no Brasil, no entanto, o fundamento é diferente da hipótese anterior. Assim, a base da hipótese é a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A Convenção Europeia tem quatro exceções ao direito de recorrer, em seu Protocolo 7, artigo 2, que “Este direito pode ser objeto de exceções em relação a infracções menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição”.

A última exceção citada pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, adequa-se à condenação de quem é condenado na 2ª instância, por recurso da acusação. Portanto, essa talvez seja uma hipótese que fizesse com que não houvesse ineficácia no direito de recorrer no Brasil, quando tratamos do problema da Tese.

Com base no que foi apresentado, há um problema a ser tratado na pesquisa. O trabalho apresenta como problema o seguinte questionamento: há (in)eficácia no direito ao recurso no Brasil, tendo em vista o posicionamento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Retomando o problema, o trabalho visa responder possível a (in)eficácia no direito ao recurso no Brasil, tomando como parâmetro a Corte IDH, nos casos em que o réu é absolvido na 1ª instância e condenado na 2ª instância, em virtude de recurso da acusação. De modo que, ao ser condenado, essa parte não terá como recorrer da decisão condenatória, em relação ao aspecto probatório, mas somente jurídico e, mesmo na hipótese de condenação com base em matéria jurídica, o recurso só poderá ocorrer quando a condenação for baseada no âmbito do direito.

Por causa da possível inobservância do direito ao recurso, a pesquisa tem como problema a (in)eficácia. Como explica Tercio Sampaio Ferraz Jr (2023), a

eficácia, em seu ponto de vista técnico, tem relação com a possibilidade, em maior ou menor escala de gerar seus efeitos, nesse sentido as normas têm funções de obstar ações opostas às normas, depois um *telos* programático e garantir uma conduta esperada, tais aspectos quando respeitados levam a um “sucesso normativo”. No entanto, é preciso ponderar com base no autor que, a ineficácia de uma norma ou de sua efetividade não implica sua invalidade.

O trabalho tem um objetivo geral ligado ao aspecto processual e decorrente desse, há os objetivos específicos. O objetivo geral da pesquisa é estudar a (in)compatibilidade do direito ao recurso, posto na CADH e como é tratado na jurisprudência da Corte IDH, em face do direito ao recurso no Brasil. E, o objetivo geral tem relação com o problema anteriormente exposto.

Há na pesquisa, três objetivos específicos, cada um relacionado a um capítulo da escrita. O primeiro objetivo específico é demonstrar a função do processo penal, o duplo pronunciamento e o direito ao recurso. Isso, para que possam ser estabelecidas as premissas as quais o trabalho vai ser desenvolvido.

O segundo objetivo específico, em termos gerais, é sobre a impugnação no Brasil. Mais especificamente, nesse objetivo é buscado demonstrar as formas de funcionamento do duplo pronunciamento no Brasil, saber se esse é uma questão do Brasil ou de países ocidentais e, após, analisar a efetividade do direito ao recurso a partir da decisão da Corte IDH.

Há o último objetivo específico, quando se dá o desfecho do trabalho. Nesse último objetivo específico é trabalhado a exclusividade do direito ao recurso, com o resultado dos requisitos recursais decorrentes da jurisprudência da Corte IDH e a análise das decisões de inadmissibilidade do recurso especial, visando desfechar a (in)compatibilidade do direito ao recurso no Brasil e a visão da Corte sobre o tema, como foi apresentado no problema.

Nas considerações finais é feito o epílogo do trabalho. Sendo realizado um desenlace de cada subcapítulo e, posteriormente, as propostas de solução do problema da pesquisa.

O trabalho atende o método de abordagem indutivo. A partir de decisão paradigma, proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Mohamed versus Argentina* de 2010, para adotando as particularidades do caso, além de outras decisões, foi feita uma relação com o Brasil e, como esses, comparativamente, tratam do direito ao recurso, para assim saber se a relação tem um padrão. Portanto,

pesquisar a viabilidade de um padrão geral, baseado no entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito ao recurso, notadamente, no *Caso Mohamed versus Argentina*, junto com outras decisões da Corte IDH.

Destacando que foi com o *Caso Mohamed* que houve a percepção de possível ineficácia do sistema recursal no Brasil. E, a partir dessa decisão é que surgiu o problema da pesquisa.

Esclarecendo que a seleção pela decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos ocorreu por alguns fatores determinantes. Inicialmente, a obrigação de respeitar os direitos humanos, artigo 4º, II, da Constituição Federal, depois o compromisso do Brasil com os tratados internacionais, através do bloco de constitucionalidade, artigo 5º § 2º, da CF, também o dever do Brasil de adequar a legislação interna à externa, artigo 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. E, finalmente, a possibilidade de nova e eventual responsabilização internacional, como o Brasil já foi sancionado em outras oportunidades. Esses são os fatores que justificaram a escolha de uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos e buscam, caso seja confirmada, a hipótese de (in)eficácia do direito ao recurso do Brasil dentro da perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A seleção por decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi baseada em critérios legais, mais especificamente, o *Caso Mohamed versus Argentina*. A presente decisão, que diferente de outras que também abordam o direito ao recurso enfrentou, especialmente, a necessidade de reexame jurídico e probatório como ao longo da escrita será exposta. Entretanto, outras decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, também serão analisadas por tratarem dos requisitos dos recursos, simplicidade, rapidez e efetividade, artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A peculiaridade do *Caso Mohamed* poderá induzir a uma análise do direito ao recurso no Brasil, posto que a particularidade do caso, entenda-se, exigência de reexame jurídico e probatório a favor do réu condenado, aparentemente, não é atendida no exercício do direito ao recurso no Brasil. A opção por trabalhar com o método indutivo possibilita a compreensão mais clara do direito ao recurso, por meio da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo essa a razão da escolha de tal método. Especialmente, por esse possibilitar a relação entre a decisão internacional e a perspectiva do Brasil sobre o direito ao recurso, após estabelecer um padrão universal.

Essa análise recai através do método de abordagem indutivo, tendo principalmente, como referencial, a decisão no *Caso Mohamed*, como já posto, o que também vai justificar o método de procedimento do estudo de caso e comparativo, no 2º capítulo. O trabalho, contudo, não deixa de analisar outras decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito ao recurso.

Em suma, através do método indutivo, serão almejados os seguintes fins: compreender e relacionar o direito ao recurso no Brasil em função do entendimento desse direito pela Corte; examinar se tal relação tem um padrão e, se é possível traçar um padrão geral para o Brasil a partir da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A pesquisa utiliza, em cada um dos seus capítulos, métodos de procedimento conforme a necessidade da pesquisa, guardando relação entre cada uma das suas etapas.

Optou-se, no capítulo inicial, pelo método de procedimento monográfico. Através dele é feito uma análise das questões conceituais da temática recursal. Assim, é exposta a base teórica sobre impugnações, recurso, direito ao recurso e duplo pronunciamento.

Foram tomados como referenciais autores e autoras nacionais e estrangeiros, especializados no tema da América Latina, Europa e África. Adotando desde as obras clássicas até os contemporâneos, visando demonstrar a dinâmica no trato do tema, em especial à matéria das impugnações.

No segundo capítulo foram escolhidos os métodos de procedimento do estudo de caso e o comparativo. O primeiro foi escolhido por causa do método de abordagem indutivo e por ser utilizada a sentença do *Caso Mohamed*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Através do método de procedimento do estudo de caso são apresentados, por meio da sentença internacional, os principais requisitos para que um recurso tenha efetividade. Além disso, é feito um paralelo do sistema recursal de países ocidentais, em face do Brasil.

Após o estudo de caso, foi feito com o método comparativo, a comparação entre como a Corte atribui efetividade ao recurso e se a partir dele o Brasil tem ou não efetividade.

No terceiro capítulo, optou-se, também, pelo estudo de caso, mas, antes, um subcapítulo inicial, tratando sobre a exclusividade do direito ao recurso. A razão da seleção decorreu por ser feito um estudo das causas de inadmissão dos recursos

especiais no Superior Tribunal de Justiça. Com isso, foi possível chegar a uma resposta ao problema do trabalho.

Por último, as considerações finais. Nesse momento, serão acrescentadas outras considerações à resposta ao problema.

Os materiais de pesquisa foram variados e indispensáveis ao desenvolvimento do trabalho. Foram utilizadas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, através de pesquisa no *site* do próprio tribunal, com destaque para o *Caso Mohamed*, visando responder ao problema da pesquisa e confirmar ou rejeitar as hipóteses propostas. Ainda, foram pesquisadas diversas outras decisões do tribunal internacional para desenvolver os requisitos recursais.

Foram pesquisadas decisões dos tribunais constitucionais da Colômbia e Argentina. Tais decisões foram importantes para compreender o sistema do duplo pronunciamento e fazer um paralelo com o Brasil.

Também no âmbito da pesquisa de acórdãos, foram buscadas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o último, especialmente. As decisões visam compreender a (in)eficácia do direito ao recurso no Brasil, em face da posição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A pesquisa também ocorreu em bibliotecas do Brasil: Brasília, Porto Alegre, Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo. No exterior, na Espanha e na França.

Através das pesquisas em obras específicas nas bibliotecas, foram encontrados diversos autores e trabalhos acadêmicos, nacionais e estrangeiros, latino-americanos, europeus e africanos. Na esfera do direito internacional, direito humanos e direito constitucional, Aua Baldé (2020), André de Carvalho Ramos (2000; 2013; 2019; 2020a; 2020b), Caçado Trindade (2003), Canotilho (2003; 2015), Damaska (2000), Casalta Nabais (2018), Dirley da Cunha Jr. (2010), Flávia Piovesan (2019), Ingo Sarlet (1996; 2007), Irineu Cabral Barreto (2005), José Afonso da Silva (1998), Marie-Anne Cohendet (2008), Luigi Ferrajoli (1999; 2000; 2022), Paulo Pinto de Albuquerque (2019; 2020; 2021), Luño Pérez (2021), Soraya Nour Sckell (2021), dentre outros. Com esses autores, em suma, possibilitou-se trabalhar com as questões relacionadas à função dos direitos humanos, seu desenvolvimento e a responsabilidade internacional dos Estados.

No âmbito do processo penal, foram encontrados diversos autores e autoras nacionais e estrangeiros, latino-americanos, europeus e africanos: Ada Grinover (2001), Ângelo Matusse (2020), Aury Lopes Jr. (2004; 2008; 2009; 2020), Barja de

Quiroga (2004), Alberto Binder (2003a; 2003b; 2015), Djanira Sá (1999), Mario Chiavario (1983; 2001), Flaviane de Magalhães Barros (2009), Geraldo Prado (2001), Gérard Soulier (2004), Gustavo Badaró (2003; 2014; 2021; 2020; 2022; 2023), Júlio Maier (2004; 2008; 2023), Lara López (2014), Lorena Winter (2008), Mamadú Embaló (2020), Marina Santos (2012), Nereu Giacomolli (2002; 2008; 2016), Teresa Armenta Deu (2008; 2013), Vinícius Vasconcelos (2020), além de outros.

Houve também uma atenção na questão de gênero na pesquisa, no tocante à escolha por autoras. E, teve, também, preocupação na procura por autores africanos, visando à amplitude de olhares.

Outro material de pesquisa, foram as bases legais. Sendo trabalhado: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem; a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos; a Constituição Federal do Brasil; e, o Código de Processo Penal Brasileiro vigente. Esses fundamentos normativos possibilitaram desenvolver a pesquisa e entender o duplo pronunciamento e o direito ao recurso, no Brasil e em outras Cortes Regionais de Direitos Humanos.

2 DELINEAMENTO PROCESSUAL E RECURSAL NO BRASIL

Neste capítulo inicial será delineada a função do processo penal com base numa perspectiva dos direitos humanos e do devido processo legal. Em seguida, será analisado os contornos do duplo pronunciamento, ou seja, o duplo grau de jurisdição no Brasil, como é mais conhecido no país. Etapas nas quais vamos buscar as orientações teóricas que o trabalho seguirá, possibilitando os pertinentes esclarecimentos prévios à compreensão e local de fala, direitos humanos, que o texto estará pautado.

A função do processo penal será posta a partir dos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, atentando para o *nulla culpa sine judici* e, a visão do processo como um sistema de garantias de Ferrajoli (2000). Isso, como forma de demonstrar a internacionalização do processo (Fernandes, 2010) e uma perspectiva convencional (Giacomolli, 2014). Nessa linha, ainda serão debatidos os direitos humanos em face dos sistemas processuais acusatório e inquisitório e a dualidade entre esses, questionando a eventual permanência dessa oposição (Damaska, 2000) e o fetichismo desse debate.

Contextualizando a função do processo como um sistema de garantias, como esclarece Flaviane Barros (2009), “A noção de processo como garantia tem sua base na Constituição, sendo co-dependente (*sic*) dos direitos fundamentais”. Surge, nessa linha do processo como garantia, a pertinente pauta do direito ao recurso no Brasil, o qual será base para o problema da pesquisa. Sendo feita uma exposição inicial sobre da (in)existência do duplo pronunciamento na legislação brasileira e, posteriormente, sobre o direito ao recurso.

Dentre as premissas postas neste capítulo, será abordado o recurso tratando de pontos como: fundamentos, conceito, natureza jurídica, distinção entre duplo grau de jurisdição/duplo pronunciamento e direito ao recurso. Em seguida, explicar-se-á extensão do recurso relacionado aos aspectos de fato e direito. Por fim, apontando se o recurso é um direito ou garantia.

2.1 A FUNÇÃO DO PROCESSO PENAL A PARTIR DO SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO

A Constituição Federal ao dispor no inciso LIV, do artigo 5º, que “[...] ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Brasil, 1988) é possível compreender que o processo é o meio legítimo de aplicação da pena, esse é o meio de reconhecimento do fato considerado delituoso, até a decisão final não mais recorrível. Essa é uma garantia de todo e qualquer cidadão acusado de um delito.

Adotamos a visão de Fernandes (2010) sobre o devido processo legal como um avanço das garantias individuais da Constituição, para além daquelas já nominadas, sendo o devido processo legal uma garantia genérica e “inominada”, termo de Juan Francisco Linares, que por meio da evolução doutrinária e jurisprudencial esta seja colocada no plano constitucional. Também deve ser considerada a semelhante concepção de Tucci (2002, p. 205):

[...] numa garantia conferida pela Lei das Leis, Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais, mediante a efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento desenvolvido, com a concretização de todos os seus componentes e corolários, e num prazo razoável.

O dispositivo constitucional mencionado encontra equivalente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 7.2: “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”. Tendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no *Caso Manuela e outros versus El Salvador* (Costa Rica, 2021, Série C, Nº 445, § 118), interpretado pela primeira o devido processo legal.

La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública.

Prosseguindo no plano universal, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o artigo. 9.1 expõe, “Toda pessoa tem direito à liberdade e à

segurança pessoal. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos”.

Fica claro dos dispositivos acima que, o instrumento legal de aplicação da pena é o processo, esse posto na Constituição através do devido processo penal. Mais especificamente, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) se extrai a visão do processo como requisito da privação de liberdade física, “[...] condições previamente fixadas pelas constituições [...]” (Tucci, 2002, p. 207).

Na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), em seu artigo 5.1, da mesma maneira que os diplomas internacionais citados, pressupõe que a restrição de liberdade é condicionada “[...] de acordo com o procedimento legal [...]”.

A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, no artigo 7, assegura, conforme Mamadú Embaló (2020, p. 505 e 514) o direito ao processo justo ou equitativo, inspirado em textos internacionais. Dentre o que estão previstos, o direito ao recurso; a presunção de inocência; direito de defesa; imparcialidade; e, outras garantias, pontuando o autor que o processo penal “[...] é instrumento de proteção dos direitos humanos contra eventuais abusos no poder de perseguição pública [...]” e que o processo justo é a “[...] síntese dogmática dos direitos e garantias processuais que o processo penal próprio de qualquer Estado deve assegurar”.

No Estatuto de Roma (Brasil, 1988), Corte essencialmente penal, há o artigo 17.2 com menção ao “processo equitativo”, correspondente à ideia do devido processo. Contudo, no particular, a existência do Tribunal Penal Internacional é prova da necessidade do devido processo penal, pois esse foi concebido para afastar os tribunais *ad hoc*, como o da ex-Iugoslávia e Ruanda, perfazendo o TPI o juiz natural, o que está no contexto do devido processo penal.

Ademais, o Estatuto de Roma (Brasil, 1988) em diversos momentos tratou do devido processo penal, por exemplo, ao assegurar o direito ao processo equitativo (art. 20.3, h), os direitos do acusado (art. 67), vedação de provas ilícitas (art. 69.7), recursos (art. 81), vedação da *reformatio in pejus* (art. 82.2), direito de indenização por detenção ilegal (art. 85.1), presunção de inocência (art. 66.1), ônus da prova ao procurador (art. 66.2). Além de outros dispositivos que asseguram outras garantias processuais e que por isso, também, demonstram que o processo, através de suas diversas garantias, é o instrumento legítimo de aplicação de pena.

Por força das garantias citadas, André de Carvalho Ramos e Helisiane Mahlke (2020, p. 1059) esclarecem que o ER, ao assegurar os direitos do acusado, impõem princípios que estão de acordo “[...] não apenas com as normas internacionais de Direitos Humanos, como com as previsões constitucionais da maioria dos Estados partes, especialmente quanto às garantias do devido processo legal”.

É possível compreender a importância do processo, como leciona Fernandes (2010), o processo é o centro do direito processual do qual emana a jurisdição, ação e defesa, e de onde se desenvolvem as atividades do Estado, daí a relevância da compreensão, pois centrar no processo possibilita destacar as garantias do devido processo legal. A partir do axioma *nulla culpa sine iudicio* que surge quando o Estado avoca para si o poder de dirimir conflitos é a atividade substitutiva do Estado em relação aos particulares e não mais esses entre si. Retirando, assim, a faculdade dos particulares e transferindo a um órgão público é a atividade substitutiva do Estado em relação ao cidadão (Chiovenda, 1998).

Por sua vez, Casara (2018, p. 124-125) entende que especificamente a jurisdição penal é uma atividade estatal de concretização dos direitos fundamentais, como complementa o autor que, “[...] por vezes não raras, revela-se uma atuação necessária do Estado-juiz diante da presunção de legalidade/legitimidade dos atos administrativos”.

Não se desconhece os questionamentos de Geraldo Prado (2024, p. 162 e seg.) quanto à concepção formal da jurisdição como poder e ritual. Nessa linha o autor demonstra, ainda, a preocupação com os sujeitos vulneráveis: pessoas pretas; LGBTQIAPN+; imigrantes; pessoas com deficiência física; com sofrimento mental; e, os presos. E, assim, a jurisdição penal deve tutelar os diversos interesses e cita a jurisdição penal indígena, a qual é reconhecida nas Constituições do Equador, artigo 171; Paraguai, artigo 63; Colômbia, artigo 246; e, Venezuela, artigo 260.

Ressaltando que, para Ferrajoli (2000) o *nulla culpa sine iudicio* é a mais importante garantia processual e é pressuposto de todas as demais garantias processuais, podendo ser desmembrada em outras garantias de ordem substancial e processual, essa também denominadas de instrumentais. Desfechando, o autor que, estas garantias procedimentais configuram também as garantias da liberdade, aspecto que abordaremos ao buscar responder, especificamente, qual a função do processo?

Nessa perspectiva, há o pensamento de Pontes de Miranda (1976) do monopólio da justiça. Como esclarece o autor, “Felizmente, à medida que o Estado chamava para si a função de julgar, a distribuição da justiça saía das mãos dos reis para os tribunais dos reis, daí para os tribunais dos Estados constitucionais”.

Neste ponto, portanto, surge a heterocomposição e as estruturas institucionais na resolução dos conflitos, o processo. Nesse particular, Aragonese Alonso (1997, p. 105) declara “[...] como único método realmente constructivo para poder estabelecer el concepto del proceso judicial”.

Tomando como referencial o autor anteriormente citado, podemos apontar algumas características do processo para entender sua forma. A primeira é o fato de a decisão ser tomada por um terceiro, o que lhe confere a *imparcialidad* e assim o processo é diferenciado da estrutura da autotutela, “No tiene, en otros términos, un interés inmediato en el reparto que él se pretende” (*ibidem.*, p. 112).

A característica da *imparcialidad* (ausência de interesse direto na causa) está unida a *imparcialidad* (ausência de viés), de modo que além de não ser parte, a estrutura garante que o órgão responsável por decidir não seja parcial. Destaca o autor, ainda, a coatividade e a institucionalização, por ter função institucional e preestabelecido e não ocasional ou extraordinário, como o juízo arbitral. Em suma, Aragonese Alonso (1997, p. 113) define o processo “[...] como una estructura de obtención del reparto coactivo imparcial, imparcial, institucional, específicamente destinado al ejercicio de la función jurisdiccional [...]”.

Atente-se que de forma atual e inovadora, o Conselho Nacional de Justiça emitiu o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, por meio da recomendação 128/2022, em face da desigualdade de gênero marcada no país. Esse Protocolo é um guia no julgamento de casos concretos de gênero e da violência que marca esses casos. E como explicam José Pimentel Filho e Carlos Cavalcanti (2007), que a estatística é um “fato intelectual” que possibilita uma visualização da delinquência no ocidente e uma interpretação científica do delito, tal aspecto demonstra que o Protocolo acima é um reflexo das estáticas e nova interpretação dos crimes.

Expostos alguns aspectos estruturais do processo, será relacionado aos sistemas processuais penais, especialmente o acusatório, considerando a relação do processo com as opções de Estado autoritárias e democráticas, por isso Gérard Soulier (2004) esclarece que o processo penal não é imune ao sistema político. Razão pela qual, Goldschmidt (1961, p. 109) aduz que o processo penal é o termômetro

político da nação, “[...] *los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su polide de la acusación penal*”.

Conseqüentemente, o processo penal deve corresponder ao modelo político do Estado, em especial, a Constituição. Dessa maneira, um Estado autoritário tem um processo policialesco, enquanto o democrático será pautado no respeito às garantias processuais. No entanto, o processo de um país não contém apenas diretrizes de sua Constituição e, a partir da internacionalização dos direitos humanos, notadamente, no pós 2ª Guerra e da criação dos sistemas internacionais de proteção, que o processo ganhou garantias até então desconsideradas no plano nacional.

Esclarece Marie-Anne Cohendet (2008) que com a experiência dos crimes da 2ª Guerra mundial, o respeito o respeito aos direitos humanos é tido como necessário a paz dentro e entre os Estados, o que justificou diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Nesse contexto, Calmon de Passos (1982) destaca que, após a 2ª Guerra o mundo ocidental aprimorou e constitucionalizou o devido processo legal.

Aua Baldé (2020, p. 388 e seg.) esclarece que após a Segunda Guerra ocorre a “emergência de uma nova ordem jurídica internacional” e essa é fundada na tutela dos direitos internacionais dos direitos humanos, esse contexto enseja a DUDH, o PIDCP e o PIDESC. Complementando a autora que houve no segundo nível de proteção regional aparece, europeu, americano e africano, com seus respectivos tratados, CEDH, CADH e a CADHP.

Especificamente, a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), de 1948 e com sua vocação universal, passou a ser possível considerar, como destaca Cançado Trindade (2003, p. 18-19), o referencial desse processo de internacionalização dos direitos humanos, acrescentando o ex-juiz da Corte IDH, que este é um “[...] processo de generalização da proteção, no plano internacional, do ser humano”.

Desse modo, o processo de cada país não pode ser mais feito e conduzido sem levar em consideração a pauta do respeito aos direitos humanos, sob pena de responsabilidade internacional, inclusive as garantias fundamentais processuais, dentre essas os recursos judiciais, recorte deste trabalho. Conforme posicionamento da CIDH, no *Caso Gómez Virula e outros versus Guatemala*.

La Corte ha expresado de manera reiterada que los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), los cuales deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (Costa Rica, 2019, Série C, Nº 393, § 64).

Chamando a atenção no tocante aos direitos humanos, é visto que os Estados têm “[...] responsabilidade primária [...]” na tutela desses. E os instrumentos internacionais surgem quando os internos não mais se apresentam como suficientes para a proteção devida aos direitos humanos (Trindade, 2003).

Interessante, nesse particular, a analogia feita por Gabriela Jugo (2002), que se a concepção kantiana do homem como um fim em si mesmo foi um marco histórico na evolução do direito penal moderno, também os instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos.

A partir deste novo paradigma, Fernandes (2010, p. 28) aponta o vetor internacional para “[...] a internacionalização do direito processual [...]”. Caminhando o processo, assim, para uma dimensão convencional. Nesta linha da internacionalização, Lopes Júnior e Badaró (2019) apontam que a duração razoável do processo surgiu inicialmente em declarações internacionais de direitos humanos.

Esta dimensão, convencional, parte do pressuposto não mais da legislação ordinária como referencial, ou até mesmo da Constituição, exclusivamente, os novos referenciais passam a ser os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos. Assim, fazendo uma analogia com a dimensão dos direitos humanos, pode-se dizer que a primeira dimensão é o processo penal ordinário, pautada pela lei ordinária, a exemplo do Código de Processo Penal (CPP) de 1941, a segunda dimensão, o processo penal constitucional, regulado pela Constituição e, a terceira dimensão, o processo penal convencional, norteado pelos Tratados Internacionais sobre direitos humanos (Urani, 2014), dimensão a qual é adotada como referencial, notadamente, a CADH.

Por isso que numa perspectiva convencional, Giacomolli (2014, p. 26) sustenta que, “[...] a normatividade da CADH impõe a sua observância pelos países signatários, não só no plano da produção legislativa, mas também, na adequação da legislação doméstica à ordem internacional na interpretação dos casos criminais”. Tal fato

consolida a evidência dos direitos humanos e a necessidade do reconhecimento e respeito a uma ordem internacional, pois os direitos humanos que até então eram resguardados pela ordem interna, no plano de cada soberania, passam para uma tutela internacional, diluindo as fronteiras, resultando na universalidade como característica dos direitos humanos (Ramos, 2013).

Por essas razões, Coral Aranguena Fanego (1999, p. 5)³ expôs a necessidade da obsoleta legislação processual espanhola se adequar à nova filosofia e relativa aos direitos fundamentais e a liberdade, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Tal aspecto ensejou a reforma processual, em especial “[...] *la generalización de la doble instancia en el proceso penal*”.

É na lógica da dualidade Estado autoritário *versus* democrático que estão inseridos os sistemas processuais penais, os quais obedecem a uma linha própria e uma (in)adequação aos direitos humanos. Por isso, Geraldo Prado (2006) sustenta, especialmente, em relação ao sistema penal, que a relação entre direitos humanos e poder legítimo fundamenta a democracia constitucional. E, adverte Barros (2009, p. 55) que, a reforma parcial do CPP não excluiu “[...] o seu forte conteúdo autoritário e sua base inquisitorial”.

Deve ser esclarecido que os sistemas processuais penais, nos moldes como foram criados, não existem mais. Razão na qual o fato de algum elemento de um sistema ser encontrado no outro, não fará que esse se transforme naquele, sendo necessário identificar seu principal vetor para então dizer qual tipo de sistema está se tratando (Ferrajoli, 2000).

A fim de entender a função do processo penal, trataremos inicialmente do modelo inquisitório, independente da ordem cronológica dos modelos processuais e sim por causa da evolução e respeito aos direitos humanos, especialmente, a evolução no tratamento desses. Advertindo que as diferenças teóricas e históricas não são necessariamente as mesmas (Ferrajoli, 2000), tanto assim que Damaska (2000) destaca os diversos contextos e significados técnicos utilizados para aos processos acusatório e o inquisitório.

³ Interessante observar que o texto da autora espanhola é de 1999, o que demonstra que a preocupação com a reforma processual penal, numa perspectiva dos direitos fundamentais é muito anterior a do Brasil, que iniciou a reforma do vigente CPP, em 2008, mesmo assim, sem grandes preocupações com os direitos humanos.

O modelo inquisitório é, segundo Manzini (1951, p. 41), “[...] *una necesidad social sobre la base del proceso acusatorio*”, pois conforme o autor o inquisitório tinha melhores meios “*para una eficaz represión de la delincuencia*”. Ficando evidente que, o principal elemento do processo inquisitório era a ordem. Dessa forma, o enfrentamento a desordem e ao crime não poderia ficar com o particular, chegando a sustentar que se o acusador não prosseguisse com a acusação, o juiz seguiria de ofício e até poderia castigar o acusador, o que justificava a prisão⁴ e os recursos eram de ofício. O recurso de ofício ainda tem vigência no artigo 574, I, CPP/1941, de forma que o STF dispõe na mesma linha com a Súmula 423 “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto de ofício” (Brasil, 1964).

Destaque-se que, Manzini (1951) foi um grande defensor do modelo inquisitório e que deixou claro, independente dos outros pontos, que realmente esse modelo é orientado na ordem e defesa social. Há o consenso, mesmo entre críticos e defensores do sistema inquisitório, sobre o papel desse sistema no enfrentamento ao crime.

Nesse particular, é importante sublinhar que Vincenzo Manzini foi considerado um grande jurista italiano no período fascista, compondo o Ministério da Justiça de Alfredo Rocco e um dos responsáveis pelo CPP que na época serviu de parâmetro para o CPP brasileiro, de 1941, o qual tem dentre outras críticas, a sua origem fascista (Gloeckner, 2019). Portanto, a justificativa do modelo inquisitório era a repressão ao crime.

Quanto a seus traços e tomando como referencial Maier (2004, p. 447), a característica fundamental do processo inquisitório está na concentração de poderes do soberano, como apontou o autor, “*Perseguir y decidir no sólo eran labores concentrados en el inquisidor, sino que representaban una única y misma tarea*”. O que era da essência desse modelo a centralização de poderes e consequente disparidade de forças do inquisidor, o qual cabia decidir em face do acusado.

Frente ao inquisidor, o acusado não era sujeito de direitos, mas sim, objeto de investigação, sobre o qual podia ser aplicada tortura para a confissão, prova máxima,

⁴ A possibilidade da decretação da prisão de ofício só foi revogada em 2019, o que demonstrou o déficit de constitucionalidade na lei processual penal para a revogação do artigo, mesmo assim a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva foi aceita até 2024, conforme a Súmula 676 “ Em razão da Lei n. 13.964/19, não é mais possível ao juiz, de ofício, decretar ou converter prisão em flagrante em prisão preventiva”(Brasil, 2024).

a rainha das provas. Inclusive, a tortura podia ser aplicada em testemunhas faltosas e suspeitos (Manzini, 1951). Por ser objeto de investigação, o imputado deveria responder as perguntas de interrogatório, sem direito ao silêncio, pois dele era preciso extrair a verdade, fato demonstrativo da ausência de direitos.

Conseqüentemente, para atingir a verdade real, o juiz precisa ter amplos poderes na produção probatória. Então, Ferrajoli (2000, p. 453) destaca, “[...] o sistema inquisitório tende a privilégios estruturais burocratizados e procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz”, como então caracteriza Damaska (2000), o inquisitivo é um modelo burocrático e hierarquizado. Elucidando o autor, e mais especialmente em relação aos recursos, que esta lógica hierarquizada sujeitava as decisões a revisão superior.

Em relação à busca da verdade, Binder (2003, p. 50) aponta, “O sistema inquisitório incorporou a ideia de verdade não por motivos de virtude, mas por uma questão de poder”. Logo, a ideia da verdade centralizaria o poder. E de modo paralelo, Barros destaca que além da legislação ser grandemente marcada “[...] por uma processualística centrada no papel do juiz, que o coloca numa missão não só de julgar o caso concreto, mas de solucionar os problemas de (in)justiça social, de controle social de proteção da sociedade.”

Ainda em relação a esta característica da concentração de poderes e, se aproximando da temática recursal, fica explicado a razão, por exemplo, da existência dos recursos de ofício. Motivo pelo qual Letelier Loyola (2013) aduz que a impugnação é ligada a concentração de poder e ao controle das atividades praticadas pelos funcionários subalternos e, no sistema inquisitorial, a reunião de funções em um só juiz e a estrutura vertical da justiça se adequam aos recursos devolutivos, podendo a sentença ser revista em todos os seus pontos. Isso demonstra que, a perspectiva dos recursos no processo inquisitorial era controle de poder e não como garantia do imputado.

Outra nota do processo inquisitório era a investigação secreta, de tal modo que o resultado era escrito, sendo proferida a sentença (Maier, 2004). Tanto assim que o inquérito policial possui natureza inquisitória.

A denúncia anônima era aceita e, se tivesse fundamento, o juiz abria o procedimento, não estando o denunciante obrigado a provar, diferente do acusador que devia provar e insistir na acusação (Manzini, 1951). No processo penal brasileiro,

a Constituição Federal não aceita a denúncia anônima, o que é um indicativo constitucional de rejeição ao processo inquisitório.

Por sua vez, Manzini (1951, p. 252) ao tratar da liberdade individual rejeitava a presunção de inocência, defendendo a presunção de culpa, pois “*Nada más absurdamente paradógico e irracional*”, tendo como uma das justificativas o fato que o processo nem sempre atesta a inocência do acusado, a inocência só é confirmada em determinados casos e que em outros não se pôde dar como procedente a acusação. Ainda relacionado à presunção de inocência, o autor esclarece que nem sempre essa é o bastante para obrigar o acusador a provar a imputação.

A exemplo desse ponto, podemos citar a impronúncia, decisão que deixa o acusado, provisoriamente absolvido, mas em constante *stand by*, caso ocorram novas provas. O mais grave é que o artigo tem redação de 2008, ou seja, pós Constituição de 1988 e Convenção Americana, ratificada em 1992.

Além dos aspectos apontados e seguindo na mesma linha, temos o prevalecente entendimento do *in dubio pro societate*, incidente em diversos momentos processuais, sendo mais destacado na pronúncia. Para Badaró (2003), o *in dubio pro societate* é um erro na medida que ao fim da primeira fase ainda não ocorreu o trânsito em julgado, e assim não pode ser afastada a presunção de inocência. Isso demonstra a desconsideração da presunção de inocência e do *in dubio pro reu*.

Como efeito da desconsideração da presunção de inocência, a prisão nos processos inquisitórios é a regra, como pontua Moraes (2010, p. 62), “A prisão no curso persecutório, portanto, servia não apenas a desígnios de uma maior e antecipada punição, mas, outrossim, como forma de transferência de riqueza do suspeito/preso ao poder”.

O sistema de valoração probatória com a inquisição chegou na prova tarifada, como declinou Maier (2004) e o real motivo era que o sistema não funcionaria sem autorização para obter a confissão através da tortura. Logo, surge a regulamentação que exige prova semiplena para justificar a tortura e conseqüente confissão, essa prova máxima.

Quando, então, está-se à frente de um processo inquisitório é possível entender que ele não tem por base as garantias processuais. O objetivo desse processo é a defesa social e a busca da verdade real. Nessa linha, para atingir tais fins, é preciso que o juiz seja atuante e que não encontre limites, entenda-se, garantias processuais do imputado. Desaguando, por exemplo, na crítica de Gloeckner (2013, p. 251) sobre

a relativização das garantias processuais, que “[...] não parece distante demais do pensamento utilitarista e economicista que imagina um processo penal no qual as formas que representam um enorme obstáculo ao efficientismo persecutório”.

Sem esse limite de atuação do poder punitivo e a busca pela verdade real, as garantias processuais acabam se tornando fluidas ou, como analogamente aduz Bauman (2001, p. 23), “Para que o poder tenha liberdade de fluir, o mundo deve estar livre de cercas, barreiras e fronteiras fortificadas e barricadas”.

Por essa relativização e supressão de garantias processuais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Costa Rica, Série C, Nº 114, 2004) denominou está havendo a “guantamização” do processo do penal, no qual ocorre a derrogação dos direitos e garantias, motivadas pela luta contra delitos graves e que “justificam” esse retrocesso. Nas palavras do ex-juiz García Ramírez, “*En una de sus versiones extremas, este abandono ha generado fenómenos como la ‘guantamización’ del proceso penal, últimamente cuestionada por la jurisprudencia de la propia Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos*”. Portanto, a considerar a perspectiva do modelo inquisitório, esse é incompatível com o entendimento da CIDH.

E consoante Maier (2004), a principal característica do processo acusatório é a divisão de poderes no processo. Sendo tal divisão feita entre acusador, que exerce a persecução penal, o acusado, que faz o papel de contraditor e o juiz/tribunal, a quem compete decidir. Como explica o autor, todos os poderes vinculam os sujeitos entre si, de modo que para decidir é preciso a provocação do autor, decorrente do *nemo iudex sine actore* e o *ne procedet iudex ex officio*.

Quanto o *nemo iudex sine actore* e o *ne procedet iudex ex officio* são efeitos da própria estrutura da divisão, ou melhor, tripartição de funções do processo acusatório, tal aspecto tem nítida relação com a impossibilidade, por exemplo, com os recursos de ofícios. Desse modo, não pode haver justaposição entre acusar e julgar, sob pena do processo transmutar para o inquisitório. Logo, a legitimidade na promoção da acusação cabe a sujeito distinto ao que deve julgar.

De acordo com Ferrajoli (2000, p. 454-455), a separação do juiz em face das partes é o mais relevante elemento do processo acusatório e acrescenta que esta característica é pressuposta aos demais elementos. Para o autor, esta é a primeira das garantias orgânicas do sistema de garantias, assim “Ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que

desenvolvem função de postulação e o conseqüente papel de expectador passivo desinteressado”.

Da necessária separação de funções, há o distanciamento do julgador das partes, entendidas como sujeitos interessados, afinal são partes. Tal distanciamento acaba possibilitando não apenas a divisão de funções, como também a imparcialidade do terceiro desinteressado, daí surgindo a perspectiva do processo como heterocomposição, destacando Aragonese Alonso (1997, p. 128), “[...] *la imparcialidade es la superación de la estrutura de obtención coactiva por heterotutela*”.

A estruturação anteriormente citada tem relação com a posição de *terzietà*⁵ (Ubertis, 2008a) do órgão judicial como expõe o autor, de tal modo que o juiz fica numa posição de equidistância entre as partes e supra, motivo pelo qual o processo, muitas vezes, é apresentado numa relação triangular. Acrescenta o autor que a imparcialidade é aplicada em cada processo, e essa se refere à ausência de ligação com as partes e indiferença sobre o conflito, como também para não haver prejulgamento. Por isso, Fazzalari (2006) aponta que o juiz não é um contraditor e, por efeito, estranho aos interesses do processo.

O aspecto anterior é diferente do processo inquisitório, no qual o juiz tem interesse no desfecho da causa, fato até natural pela concentração de funções (acusar e decidir). Enquanto no acusatório, o resultado é indiferente para o juiz, afinal esse é alheio e logo imparcial, todavia, o juiz não é um mero observador do debate entre as partes, há uma função. Nesse sentido, o juiz do processo acusatório deve zelar pelas regras do *fair play*, o devido processo, como destaca Cordero (2000, p. 90), “[...] *en el proceso acusatorio esta es una pura operación técnica, pues un resultado equivale al outro*”.

Em termos mais sucintos, a imparcialidade é natural à qualidade do juiz (Ubertis, 2008). Logo, dizer que um juiz é imparcial é redundância. Ademais, o distanciamento possibilita que as partes sejam tratadas isonomicamente, cabendo a cada uma delas as mesmas oportunidades processuais, dentro da paridade de armas. Por fim, Calmon de Passos (1982) esclarece que “Só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial e independente”. Sem esquecer, numa visão atual, do julgamento com a perspectiva de gênero, conforme recomendação do CNJ.

⁵ Alheamento, ser um terceiro desinteressado

Outro elemento típico do processo acusatório é a presunção de inocência, entretanto, subvertida pelas práticas inquisitoriais, especialmente quando esse adota a prisão como regra. O marco decisivo da presunção de inocência foi o Iluminismo, pois a ruptura com a ideologia religiosa em favor da secularização, o indivíduo que era inimigo do Estado passou a ser valorizado, como explica Moraes (2010, p. 72), “[...] retirando-lhe dos ombros a pressuposição da maldade intrínseca e do ‘pecado original’”.

Foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (Moraes, 2010) que pela primeira positivaram a presunção de inocência. Assim, desfecha Moraes (2010, p. 77), “[...] durante toda a história da humanidade até este instante, nunca houve tal tomada prévia do imputado como inocente”. Em complemento sobre a presunção de inocência, Adelino Manuel Muchanga (2020, p. 496-504) aduz que, esse princípio foi consagrado em razão dos regimes autoritários e do processo inquisitório, sendo “[...] um dos princípios basilares de qualquer Estado de Direito”.

Como decorrência da presunção de inocência, temos os princípios do *in dubio pro reo* e do favor rei. Justificados para Fernandes (2010), pelo fato de o réu contar só com sua força e defensor, diferente do Estado que tem toda a sua estrutura de persecução penal, elemento de desvantagem para o réu. Ou então, como explicam Badaró e Bottini (2022, s/p) que o *standart* probatório é mais alto no processo penal que no civil, que se deve em face da presunção de inocência que gera um “desequilíbrio estrutural” entre as partes, cabendo ao acusador toda a carga da prova, enquanto ao réu não tem ônus.

Outra marca do processo acusatório é o contraditório, o qual permite que o acusado possa exercer o seu direito de ter conhecimento e reagir contra as acusações, isto é, conhecer claramente as imputações, impugnar, exercer a defesa e apresentar suas teses defensivas. Na definição de Almeida (1973, p. 81), o contraditório, é a “[...] ciência bilateral dos atos e termo processuais e possibilidade de contrariá-los”. O contraditório é a marca da dialética do processo, sendo inerente, também, na fase recursal como na hipótese da apresentação das razões recursais, contrarrazões, memoriais e sustentação oral, em suma, o direito de falar.

O contraditório e, mais especificamente, o processo e sua identificação, como explica Fazzalari (2006), pressupõe que o processo se reporte aos destinatários da decisão final. Esclarecendo o autor que, os “interessados”, ou seja, os contraditores, como eventuais destinatários do ato final do processo têm “legitimação para agir” num

“contraditório paritário” para intervir no processo. É o contraditório que permite esta participação e o direito de fala dos contraditores às partes.

O direito de falar, no entanto, não se concretiza apenas com o direito de fala em si, é preciso mais. No caso, esse direito deve ser exercido por último, é o direito à última palavra, tanto assim que o interrogatório é ao final da instrução e no rito do júri a defesa fala por fim, por exemplo, com a tréplica. Só assim, a defesa poderá contraditar, contradizer integralmente a acusação. Tal aspecto é extensivo à fase recursal, como veremos no subcapítulo 2.1.

A exposição dos modelos processuais em seus principais aspectos, poderia ensejar a solução da problemática de qual a função do processo, afinal adoção de um sistema processual acusatória aparenta ser a solução do respeito às garantias processuais (Barilli, 2018). Nesse particular, Santiago Neto (2017, p. 175) aponta que, “Somente se interiorizarmos as exigências democráticas é que poderemos construir um processo penal efetivamente acusatório e democrático”.

Essa foi a aspiração da Lei 13.964/19, denominada Pacote Anticrime, que atualizou alguns dispositivos do CPP de 1941. A partir de então, passou a ser adotada expressamente a “estrutura acusatória”, conforme o artigo 3º-A. Tal aspecto aponta uma espécie de fetichismo pelo modelo acusatório, como também denotam Caporal e Silva (2021, p. 14) ao tratarem do Pacote Anticrime, “A lei 13.964/19, ao prever o juiz das garantias, mudou todo o formato inaugural da persecução penal e consagrou o modelo acusatório que já estava constitucionalmente previsto”. Essas referências demonstram que a adoção do modelo acusatório seria uma tábua de salvação do processo penal, no entanto, isso desconsidera aspectos mais sensíveis do processo penal.

Esse culto ao processo acusatório é um *slogan* político, como acena Montero Aroca (2015, p. 66), ao tempo em que destaca, “[...] *me preocupa, primero, el grave error en que se incurría por la doctrina cuando sostenía de modo reiterado que existen dos sistemas procesales penales enfrentados que se suelen denominar proceso acusatorio y proceso inquisitivo*”.

Para tanto, esta crítica decorre da insistente reprodução da doutrina, especialmente na Espanha, quanto à existência dos sistemas processuais acusatório e inquisitório, residindo o alerta na confusão conceitual que há quanto ao que seja processo acusatório. Nessa perspectiva, Montero Aroca (2015, p. 68) expõe, “[...] *sobre del principio acusatorio advierto que no se está ya ante una custeión*

terminológica, sino ante la imprecisión conceptual de quien está hablando o escribiendo, por lo que el oyente o el lector acaba por no saber cuál es el mensaje que se le quiere transmitir”.

Além da confusão conceitual, Damaska (2000) alerta que o mínimo de cada tipo de sistema é instável e em constante mudança, optando o autor trabalhar na perspectiva dos modelos hierárquico e paritário. Essencialmente, no primeiro temos a burocracia clássica, com profissionais organizados hierarquicamente e com decisões tomadas tecnicamente, o segundo composto por um corpo não profissional, em um único nível de poder e com bases em normas comuns e *standards* da comunidade.

Montero Aroca (2015) fazendo uma autocrítica, a qual endossamos, aponta ser natural que após a publicação de alguns trabalhos sobre um tema, que o autor prossiga na mesma linha de pensamento. Entretanto, caso o autor continue a dizer o mesmo depois de quinze anos, o que disse no primeiro dia de conclusão, está assim, morto cientificamente. Porém, se com o transcurso do tempo passa a sustentar algo exatamente oposto do que disse antes, terá encontrado o “Caminho de Damasco”, devendo ser alertado que o dito antes não estava bem refletido. Mesmo em relação a essas mudanças de pensamento jurídico, ressalta Montero Aroca (2015, p. 69), *“Lo inadmisibile sería que produjeran cambios sustanciales en cada uno de los trabajos publicados, pues entonces no cabría hablar propiamente de falta de meditación sino de frivolidade”.*

Pela razão acima, a discussão da função do processo deve superar o binômio inquisitório/acusatório. A perspectiva do processo deve passar a ter outro referencial, o que torna o debate inquisitório/acusatório epidérmico.

Ponderando Bachmaier Winter (2008, p. 46) que a identificação de um processo como acusatório, tido por ideal, já o inquisitório, apontado como negativo, é reducionista e incorreto, afirmando que esse debate perdeu grande parte de sua utilidade, pelo menos como eixo das reformas penais nas democracias ocidentais. Dessa maneira, a autora aponta que os Tratados Internacionais e Constituições têm alcançado amplo entendimento sobre as garantias processuais no processo penal, deixando de ter interesse *“[...] acusatorio como icono de todos los avances”.*

Consequentemente, Bachmaier Winter (2008, p. 47) aponta como solução, *“[...] el estudio será mucho más fructífero si se analizan los diversos mecanismos através de los cuales se articulan las garantías del proceso penal en los diferentes procesos acusatorios”.*

Apontando na mesma direção, Gérard Soulier (2004, p. 212) indica que o primordial são as regras do processo, as quais devem nortear o processo, independente de acusatório ou inquisitório. O autor destaca que esta “ideia de princípios diretores” orienta o projeto da Comissão de Justiça Penal e Direitos Humanos.

Quando analisamos os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no debate das violações aos direitos e garantias fundamentais relacionados ao processo penal, o assunto parece indicar a superação do binômio inquisitório/acusatório. Nesse sentido, resta evidente que da leitura das diversas decisões das citadas Cortes, estas não se reportam ao exame da possível violação da garantia processual se se tratar numa perspectiva inquisitório/acusatório, ao contrário, o enfrentamento da matéria processual penal se dá pela análise da violação desta ou aquela garantia processual eventualmente violada, notadamente o artigo 8º da CADH para a CIDH e, o artigo 6º da Convenção Europeia para o Tribunal Europeu. Isso leva a entender que a preocupação dos Tribunais Internacionais está centrada nas garantias processuais e não se o processo penal de um país tem natureza inquisitória ou acusatória.

Considerando a superação inquisitório/acusatório, partiremos para o enfoque da função do processo a partir das garantias processuais. Tendo assim, a perspectiva do processo como *“ley del más débil”* (Ferrajoli, 1999, p. 13). Superando a ideia estrita de que o processo penal “serve para realização da lei penal”, exposta por Binder (2003,) como uma visão estrita, por isso a necessidade de entender o que é o processo penal e sua função.

Ressalta-se que a explicação específica da função do processo penal, somente a partir do sistema de garantias, não conseguirá atingir todas as finalidades que são postas. Portanto, a função do processo penal será complementada com os direitos humanos.

Pautando o exame do processo, notadamente, a partir das garantias processuais, denominadas pela CADH de garantias judiciais em seu artigo 8º, o caminho é através do referencial mínimo das Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Afinal, quando se fala de Tratados e Convenções Internacionais está se colocando um patamar mínimo de direitos, no caso, de garantias processuais mínimas. Assim como foi emitida a Opinião Consultiva 11/90, pela CIDH, § 24, *“Denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas,*

otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal” (Costa Rica, 2014).

Mais especificamente, a linha do processo penal a ser posta tem total relação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como pondera Cançado Trindade (2003) que, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, houve este processo de generalização de proteção internacional, sendo fortificado e confirmado por diversos instrumentos internacionais de proteção, tanto globais, como regionais, a exemplo da CADH, recorte do presente trabalho. E, ainda que o Direito Internacional dos Direitos Humanos seja recente, esse se deu por exigência do direito internacional na positivação dos direitos humanos no plano interno (Pérez Luño, 2021).

No plano interno, o Brasil, através de seu bloco de constitucionalidade (art. 2º e 5º, da CF/88), abriu caminho para a adesão aos Tratados Internacionais, incrementando a possibilidade de maior proteção da tutela dos direitos humanos. Esclarece Droit (2019, p. 283) que o bloco de constitucionalidade foi ampliado com a conceituada decisão do Conselho Constitucional da França em 1971 e, desde então, a Constituição incorporou seu preâmbulo na Constituição de 1958 que se referia diretamente à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, desfechando a autora, “O interesse do bloco reside na sua capacidade de evolução social, o que sem dúvida contribui para o fortalecimento do Estado de Direito”.

Com o bloco de constitucionalidade, conforme Ramos, (2020 p. 563) há a possibilidade de adesão a outros “direitos e garantias” expressos em Tratados Internacionais, que não apenas os que estão inseridos na Constituição, tanto assim que Canotilho (2003) ao comentar a Constituição portuguesa, anota que essa aceita outros direitos fundamentais decorrentes das normas de direito internacional.

Como esclarece Cunha Júnior (2010, p. 634) conseqüentemente, “[...] os direitos fundamentais não se resumem àqueles tipificados na Constituição, máxime quando ela própria contém “cláusula aberta” ou “norma de *fattispecie* aberta” de direitos fundamentais, admitindo que outros direitos, além daqueles que prevê”. Tal abertura é perceptível, também, quando o Brasil coloca a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, artigo 1º, III, da CF/88, inovação constitucional, pois, até então, inexistia em outra Constituição. Neste particular, os direitos humanos são reforçados quando a Constituição Federal de 1988 coloca a “prevalência dos direitos humanos” como princípio nas relações internacionais. Esclarece Sarlet (2009) que a dignidade da pessoa humana tem recente positivação,

especialmente por ser antigo e que só depois da 2ª Guerra Mundial a dignidade da pessoa humana começou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente pelo reconhecimento da Declaração Universal da ONU de 1948, apesar disso muitas Constituições não positivaram a dignidade da pessoa.

No plano internacional, com mais destaque, em face do problema da pesquisa, a CADH, ratificada pelo Brasil em 1992, apesar de ter sido criada em 1962. Lapso temporal que, por si, demonstra a lentidão do Brasil no tema dos direitos humanos.

Com base na CADH e como ponto de partida, será trabalhado e examinado o processo penal e sua função. E, visto os direitos humanos como referencial, que o processo penal tem uma função a ser seguida, tanto assim que Barros (2009, p. 14) destaca a visão do processo como garantia fundada na Constituição e “co-dependente (*sic*) dos direitos fundamentais”.

Antes de abordar a função do processo penal, o trabalho tratará da expressão “direito humanos”, tendo por referencial Pérez Luño (2021) e Marie-Anne Cohendet (2008).

Para o primeiro, há grande ambiguidade na expressão direitos humanos ou direitos do homem, passando por avaliações artísticas, literárias, cinematográficas e como bandeira de reivindicações de grupos que se consideram marginalizados. Dessa maneira, “o campo de uso do termo ‘direitos humanos’, seu significado tornou-se mais impreciso”, sendo necessário reconhecer que não há uma visão unânime do seu significado, mesmo assim, é possível compreender com Marie-Anne Cohendet (2008, p. 161) que os direitos humanos, *droits de l’homme* são prerrogativas reconhecidas aos indivíduos e inerentes à pessoa humana, essenciais à democracia e à paz, estabelecidas pelas Constituição e/ou Convenções Internacionais, sendo assegurado o seu respeito, ainda que em face do Estado.

Na visão de Pérez Luño (2021), os direitos fundamentais, *droits fondamentaux* aparecem na França em meados de 1770, no movimento que gerou a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1789, esclarecendo Cohendet (2008, p. 162) que a expressão “direitos fundamentais” é reservada aos direitos humanos de valor constitucional. Sendo apontado que, há linha que usa “direitos fundamentais” para caracterizar direitos humanos postos na legislação interna, tendo em vista que a “fórmula ‘direitos humanos’ é a mais comum no plano das declarações e convenções internacionais” (Pérez Luño, 2021, p. 12).

Dentre os autores nacionais, Sarlet (2007, p. 109), seguindo a linha acima sobre a falta de consenso nos conceitos e a ambiguidade, inclusive da Constituição de 1988 e da Constituição Espanhola. De todo modo, como ponderou o autor, “[...] não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos”, havendo assim, nítida aproximação. Inclusive, os direitos humanos podem se tornar direitos fundamentais, desde que aqueles sejam incorporados à normativa nacional (Silva Neto, 2010, p. 632).

Há íntima relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Contudo, existe distinção entre direitos humanos e os direitos fundamentais, sendo os direitos fundamentais os positivados no direito constitucional do Estado. Enquanto isso, os direitos humanos têm ligação com o direito internacional e almejam validade universal e supranacional (Sarlet, 2007). E, mesmo havendo aproximação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, inexiste igualdade. Direitos fundamentais é o conjunto de direitos do sistema constitucional, enquanto os direitos do homem ou direitos humanos são os empregados em tratados e convenções internacionais (Silva Neto, 2010).

Seguindo uma linha próxima, Mazzuoli (2021) concorda com a posição anterior, em relação aos direitos fundamentais e direitos humanos, mas quanto aos direitos do homem, o autor propõe que esse seja um tipo diferente, pois para esse não haveria escrituração, não estando no direito interno ou internacional, sendo justificada no jusnaturalismo.

O rol dos direitos fundamentais fica aquém, do rol dos direitos humanos estabelecidos em declarações internacionais. Ademais, a eficácia jurídica e social dos direitos humanos que não estão no rol dos direitos fundamentais depende da recepção no ordenamento interno, necessitando da cooperação do Estado (Sarlet, 2007).

Em posição distinta, José Afonso da Silva (1998, p. 40) critica o uso da expressão “direitos humanos e direitos do homem”. Apesar da primeira ser a expressão preferida em documentos internacionais, o autor justifica que somente “[...] o ser humano pode ser titular de direitos”, mas o próprio autor faz reserva a sua posição, quando acrescenta a formação de um direito especial protetivo dos animais. O autor prefere o uso da terminologia direitos fundamentais do homem, pois sintetizam a concepção mundial de cada ordenamento jurídico e no aspecto dos fundamentais estão as condições necessárias a pessoas humana se realizar e conviver, resumindo,

“Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais”.

Posta essa questão conceitual, é preciso indicar o caminho pela qual o trabalho seguirá.

Considerando os posicionamentos anteriores, o escrito adotará a posição Pérez Luño (2021) e Sarlet, (2007) assumindo, em suma, a terminologia “direitos humanos” para àqueles direitos que têm tutela na esfera internacional e direitos fundamentais, os que encontram amparo no direito constitucional, ou seja, na normativa interna. Contudo, não se desconsidera a íntima relação entre direitos humanos e fundamentais, inclusive na possibilidade dos direitos humanos se tornarem fundamentais.

Retomando a busca da função do processo penal e tendo os direitos humanos como a base de todo ordenamento jurídico, a totalidade do sistema penal deve respeitar a dignidade da pessoa humana, esclarecendo Piovesan e Cruz (2021, p. 35), “Não se trata de um direito autônomo, mas sim do princípio central em que se baseiam todos os direitos humanos”. Portanto, essa impõe, dentre outras implicações, a vedação da pena de morte⁶, da pena perpétua, do banimento, da crueldade, das provas ilícitas e garantindo o respeito à integridade física e psíquica, além de outros direitos na seara penal⁷. Vale o registro de Aua Baldé (2020) que, exceto o sistema africano de direitos humanos, os sistemas americano e europeu aceitam a possibilidade da pena de morte, apesar do sistema africano não proibir expressamente e da abolição dessa pena ganhar espaço, no entanto, a autora, com base em posicionamento da Comissão Africana de Direitos Humanos e da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, apontou que a pena de morte é aceita, desde que respeitadas as garantias judiciais.

A atividade jurisdicional, pensada numa perspectiva dos direitos humanos, nos artigos. 1º, III e 4º, II da CF, é o meio legítimo de aplicação da pena, *nulla poena siene iudicio*, no que as garantias processuais devem ser respeitadas. Inclusive, a CIDH, no *Caso Velez Loor versus Panamá*, decidiu que as garantias se aplicam, também, aos processos administrativos (Costa Rica, 2010).

⁶ O Código Penal Militar admite a pena de morte, em vários dispositivos a partir do art. 355.

⁷ Exemplificativamente podem ser citados como referenciais normativos, além da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, ratificada pelo Brasil em 1989, às Regras de Bangkok, às Regras de Mandela e os Princípios de Yogyakarta.

Mais especificamente no âmbito processual penal, temos como direito fundamental a presunção de inocência, ou seja, é o *status quo* de todo imputado até que seja provado o contrário. E sua importância surge, como explica Vegas Torres (1993, p. 35), no apoio a um modelo de processo penal de traço liberal, no qual “[...] se mira fundamentadamente a estabelecer garantias para [...] *el imputado frente a la actuación punitiva estatal*”. Complementando, o autor afirma que a presunção de inocência é “[...] *como criterio inspirador de todo el ordenamento procesal penal*”.

Quanto à desconstituição da inocência, esta deve ser realizada dentro do “juízo regular”, sintetizando Ferrajoli (2000, p. 438) ao abordar a jurisdição penal como “[...] a imunidade dos cidadãos contra o arbítrio e a intromissão inquisitiva, com a defesa dos fracos mediante regras dos jogos iguais para todos, com a dignidade da pessoa do imputado”. No mesmo contexto, Muchanga (2020) esclarece que a presunção de inocência é ligada à dignidade da pessoa humana, de tal modo que o “arguido” é detentor da presunção de inocência e, assim, deve ser tratado com dignidade durante todo o processo.

Cabendo neste ponto questionar qual a função do processo penal, tendo por referencial os direitos humanos, mas não por um referencial escolhido aleatoriamente, mas sim, por força de referenciais normativos, como a CF e a CADH. Posta esta premissa, aliada à ideia de um processo inspirado pela presunção de inocência, deve prevalecer a liberdade como regra e, somente afastada, após provado os fatos penalmente relevantes pelo exercício da jurisdição que justifiquem concluir pela responsabilidade penal, como alerta Lopes Júnior (2008, p. 21), “O processo com instituição estatal, é única estrutura que se reconhece como legítima para imposição de pena”.

Não qualquer processo, e sim ao que atende aos direitos humanos. Nesse sentido, se o processo é o meio de aplicação da pena e essa sendo um ato de limitação de um direito fundamental, como a liberdade, que mais do que outros ramos do direito, é o mais invasivo em termos de direitos fundamentais. Afinal, a pena restringe a liberdade, contato social, trabalho e mesmo aspectos aos quais não deveria refletir, como a integridade física e moral, tanto assim que foi declarado o Estado de Coisa Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (Brasil, 2023).

Nesse contexto, vislumbrando a possibilidade de uma pena, o processo penal deve servir como um escudo protetivo do imputado em face de eventual penal. Por

isso, Ferrajoli (2000) entende serem as garantias, como a da liberdade, como fins legitimados pelos meios. E, prossegue o autor visualizando no processo a minimização da violência e arbítrio, feitos por intermédio das garantias processuais. Pensar de modo oposto, significaria visualizar o processo com a finalidade única de aplicação de pena e, nada mais, ou seja, o processo teria apenas função de aplicar a pena, o que é uma perspectiva incompleta e possivelmente autoritária, pois se assim fosse o processo, funcionaria numa marcha punitiva e o processo deixaria de ser meio de defesa do acusado e instrumento delimitador do poder punitivo, desconsiderando o sentido das garantias judiciais/processuais, a exemplo das inúmeras constantes no artigo 8º da CADH ou no artigo 5º, da CF/88.

Para Steiner (2000, p. 103), as garantias, “[...] as chamadas garantias penais, destacando vários princípios relativos à proteção da pessoa, em face do poder-dever repressivo do Estado”. Pensamento que, sustenta a hipótese do processo como um meio de defesa do imputado.

Das considerações anteriores, aparece o processo como uma forma a ser respeitada, na análise da responsabilidade penal. No entanto, não a forma pela formalidade, mas sim, a forma como garantia (Binder, 2003a), contra o uso abusivo do poder punitivo. Por isso e de maneira clara, Binder (2003b, p. 25) assinala o processo como um sistema de garantias no qual, “Seu objetivo é, essencialmente proteger a liberdade e a dignidade da pessoa”.

Com a liberdade e o exercício dos direitos humanos como pressupostos, a restrição desses é a exceção. Portanto, a forma assegura todo o caminho para a restrição⁸ de um direito humano, tal como a liberdade. De modo contrário, a ausência de forma retiraria os limites ao poder punitivo estatal e é por essa quebra de limites e violações às formas processuais, entendidas como garantias que residem, dentre outros aspectos, a crítica à nulidade relativa e o princípio do prejuízo⁹, justamente por relativizar as garantias processuais.

Então, o processo penal tem como função tutelar todos estes direitos. Como aduz Giacomolli (2008, p. 11), “O processo, a pena e o cárcere não podem servir de instrumento ou meio de degradação humana, ao aniquilamento da essência do ser,

⁸ Restrição de direito fundamental é a limitação legítima e fundamentada, ao contrário da violação que é a restrição ilegítima e arbitrária.

⁹ Nesse sentido, tanto o STF, como STJ, vem reiteradamente aplicando o princípio do prejuízo no âmbito do processo penal.

de sua qualidade humana”. Por esse aspecto, adotamos como referencial um processo como um sistema de garantias e o direito internacional dos direitos humanos, os quais tutelam o acusado contra o poder punitivo do Estado.

2.2 O DUPLO PRONUNCIAMENTO NO BRASIL

Neste subcapítulo trataremos do duplo grau de jurisdição e questões relacionadas a seus fundamentos históricos, conceituações, nexos com a Constituição Federal e sua normatividade. Antes, esclarecendo que, no tocante ao nascedouro do duplo grau o exame, será feito especificamente a partir do Brasil e suas Constituições, sem, no entanto, desconsiderar que o duplo grau tem antecedentes às nossas Constituições em outros ordenamentos jurídicos¹⁰. Entretanto, o viés da abordagem visa expor uma compreensão do direito brasileiro, preponderantemente, independente de referência a outros países.

A primeira constituição brasileira foi a Constituição do Império de 1824 e justamente à originalista para o país coube estabelecer expressamente o duplo grau no título relativo ao Poder Judicial, artigo 158. “Para julgar as causas em segunda e última instância, haverá nas províncias do Império as relações que forem necessárias para comodidade dos povos” (Penteado, 2006, p. 111). Necessário anotar, ainda, sobre a Constituição de 1824, que essa foi influenciada pelo Iluminismo, tendo garantido ainda que de modo não generalizado, vários direitos fundamentais, sendo o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 um fundamento para elaboração da Constituição de 1824 (Lima, 2004). Daí Cunha Júnior (2010) destaca que aquela carta magna teve influência francesa, pois adotou expressamente o duplo grau de jurisdição. Esclarece Lima (2010) que a Magna Carta, em 1215, foi a grande conquista em termos de direitos fundamentais, prevendo o devido processo legal, mas não ocorreu o tratamento do duplo grau de jurisdição nessa.

Superada a Constituição originalista brasileira, todas as demais não trataram do duplo grau, não bastando que essas disciplinassem as instâncias dos órgãos judiciais para, assim, supor que haveria o duplo grau. Assim, Penteado (2006, p. 111) aduz, que “Se bastasse essa indicação dos diversos órgãos judiciários para se extrair essa garantia, seria dispensável a menção expressa ao duplo grau de jurisdição, como

¹⁰ Para uma análise da temática em outros períodos e outros ordenamentos, sugerimos SIDOU (1978).

o fez a Constituição do Império”. Logo, houve um intervalo histórico de longa duração na previsão do duplo grau até chegarmos a atual Constituição.

E quanto à Constituição¹¹ vigente, há previsão do duplo grau de jurisdição? A questão tem duas respostas. A primeira, defendida por Giacomolli (2014), Casara (2018) Nery Junior (1988), Calmon de Passos (1982), Cruz (2002), Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001), Badaró (1999), Santos (2012), Ramos (2020), Wambier e Talamini (2016), Medina (2016) e Sarlet (1996), apresenta algumas variações entre os autores, mas converge na ideia de que o duplo grau, embora não expresso na Constituição, decorre do devido processo legal. Ressalte-se que inclusive o Supremo Tribunal Federal¹² tem aceitação desse posicionamento doutrinário, defendendo-se ainda os doutrinadores respectivos que o duplo grau é efeito da estrutura do Poder Judiciário e da ideia do Estado Democrático de Direito. De outro lado, temos a corrente que entende que o duplo grau está expresso na Constituição. Wunderlich(2002), Nogueira(2020) e Lima(2004) seguem essa linha. Em essência, embora partam dos mesmos fatos que a primeira abordagem, chegam a uma conclusão diferente.

Ainda, nos termos da primeira corrente, Casara (2018, p. 119) esclarece que, “[...] a dimensão constitucional do *double degré* deriva do sistema constitucional [...]”, colocando o autor como ponto de partida de adesão ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, concluindo que a incorporação dessa garantia ocorreu com os artigos 2º e 5º da CF/88.

¹¹ Na perspectiva do direito comparado, encontramos as Constituições com expressa previsão do direito a recorrer, Portugal, art. 32. 1, Colômbia, art. 31, Chile, art. 20, Dinamarca art. 71. 4, Equador art. 76. 7, m, Finlândia, seção 21 Irlanda, art. 34. 4, Rússia art. 50. 2, contudo, sem expressa previsão de recurso temos a Venezuela, Espanha, França e Uruguai. Todas estas Constituições podem ser encontradas no site <https://www.constituteproject.org/#%2F>.

¹² HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. PROCESSAMENTO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. DECRETO DE CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO PREJUDICADO. PRISÃO PREVENTIVA SUBSISTENTE ENQUANTO PERDURAREM OS MOTIVOS QUE A MOTIVARAM. ORDEM CONCEDIDA I - Independe do recolhimento à prisão o regular processamento de recurso de apelação do condenado. II - O decreto de prisão preventiva, porém, pode subsistir enquanto perdurarem os motivos que justificaram a sua decretação. III - A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP. IV - O acesso à instância resursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. V - Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação Código de Processo Penal. VI - A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior. VII - Ordem concedida. (HC 88420, Relator: Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 17-04-2007, DJe-032 DIVULG 06-06-2007).

Sintetizando a ideia da perspectiva dos tratados internacionais, desfecha, “O direito ao duplo pronunciamento, embora não expresso na CF/88, se infere da integração ao ordenamento jurídico dos diplomas internacionais e da estrutura constitucional” (Giacomolli, 2014, p. 291).

A primeira corrente tem paralelos entre as Constituições do Brasil e da Espanha. Nesse sentido, Chamorro Bernal (2005, p. 485-486), ao tratar da Constituição espanhola, esclarece que não há um direito constitucional à dupla instância. E coloca que essa possibilidade decorre do artigo 14 §5 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), como sintetizou o autor, “[...] *dicho Pacto la exigira, formaba parte del derecho de acceso a los Tribunales de los ciudadanos españoles*”. Outros autores espanhóis (Chamorro Bernal, *et al*, 2000) também aderem a essa linha, ponderando que com a vigência da Constituição espanhola, a segunda instância passou a ter nova dimensão, mas por força do artigo 14 § 5, do PIDCP que faz parte do ordenamento interno da Espanha por força dos artigos 10.2 e 96.1 da Constituição. Teresa Armenta Deu (2013) complementa que a dupla instância passou a ser uma tendência geral a partir da reforma processual penal em 1988 e consagrada em 2003, com posterior reforma da Lei Orgânica do Poder Judicial, tais aspectos demonstram, ao menos, que a dupla instância na Espanha é um fato relativamente recente.

Na Itália, destaca Chiavario (1982. p. 182), ao se reportar sobre o posicionamento da Corte Constitucional Italiana, que esse tribunal entende que o *doppio grado di giurisdizione* não é uma garantia que esteja estabelecida em um patamar constitucional. Com base nisso, aponta o autor que o legislador poderia excluir o direito ao recurso de algumas decisões, mesmo assim, a Corte Constitucional declarou inconstitucional algumas limitações recursais por serem injustificadas, com base na isonomia e nos artigos 3º e 24 da Constituição italiana.

A Espanha tem uma perspectiva que coincide com o da Constituição do Brasil, em não ter o duplo grau base expressa na Constituição. Isso seria decorrente de tratados internacionais, inclusive o próprio PIDCP, ao qual o Brasil subscreveu, além de outros tratados, assim como a Espanha.

A segunda corrente, por sua vez, fundamenta o duplo grau de jurisdição em três aspectos centrais: o devido processo legal, a estrutura dos tribunais e a ampla defesa. Como destaca Lima (2004, p.84), essa perspectiva sustenta que “no Direito Processual Penal é possível afirmar que o princípio do duplo grau de jurisdição é uma garantia expressa”. Nessa linha, argumenta-se que o duplo grau está implicitamente

reconhecido na Constituição por meio das garantias processuais e da organização do Poder Judiciário. Para Nogueira (2020), essa previsão constitucional se confirma, especialmente com base na possibilidade de interposição de recurso ordinário contra decisão da Justiça Federal em crime políticos (Lei 7.170/83)¹³.

Quanto às razões das linhas anteriormente citadas, algumas observações precisam ser acrescentadas. O fato de a Constituição estabelecer recursos para o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça na sua redação, não significa que esteja garantido o duplo grau, pois o recurso extraordinário e o recurso especial não são decorrentes e não asseguram o duplo grau. Nesse sentido, há respaldo em Badaró (2020) e, na Espanha encontramos o mesmo entendimento em Arangüena Fanego (1999). Ou, como circunscreve Lara López (2014), ao fazer uma análise dos recursos de natureza extraordinária que esses não implicam numa “terceira instância”. Ademais, não parece haver expressa previsão do duplo grau de jurisdição pela possibilidade de recurso ordinário nos casos de crimes políticos. Enfim, se acertada fosse essa hipótese, o duplo grau seria restrito a esse caso, sem levar em consideração a revogação da lei que tratava de crimes políticos, além da corrente que sustentava que os crimes políticos não foram recepcionados pela vigente Constituição, o que esvazia o argumento do duplo grau nas hipóteses de recurso ordinário.

Ainda em relação à última corrente, Lopes Júnior (2020) esclarece que apesar de bem-intencionados os argumentos da última linha de pensamento, a Constituição não tem o duplo grau de modo expresso. Tanto assim que, observando a vigente Constituição colombiana no aspecto do direito ao recurso, essa tem, no artigo 29, a garantia do devido processo, mas tem especificado o direito de apelar no artigo 31. Logo, se a referência ao devido processo legal fosse suficiente, não haveria o dispositivo legal subsequente, artigo 31.

Dessa forma, considera-se que a primeira corrente é a mais adequada, ainda que com algumas ressalvas. Esse entendimento sustenta que a Constituição não previu expressamente o duplo grau de jurisdição, o que está alinhado a uma leitura convencional e coerente com a Constituição de 1988. Se o constituinte quisesse, poderia tê-lo incluído no texto, como fez a Constituição de 1824. No entanto, optou por não fazê-lo, mesmo em uma Carta marcada pela forte ênfase nos direitos e garantias fundamentais, como demonstram os artigos 5º e 6º. Ainda assim, há a

¹³ A Lei 7.170/83, também conhecida como Lei de Segurança Nacional, foi revogada pela Lei 14.197/2021, em 1 de setembro de 2021.

possibilidade de incorporação de novos direitos e garantias fundamentais, conforme disposto nos artigos 2º e 5º da Constituição, tema que será abordado no subcapítulo 2.3.2.

Outro aspecto relevante é o fato de o duplo grau de jurisdição ser uma garantia do direito processual penal, entendimento predominante mesmo entre autores de processo civil no Brasil, nesse particular entendem Nelson Nery (1988) e Wambier e Talamini (2016). No âmbito internacional, para Canotilho (2003), o duplo grau seria imposição penal em Portugal, por força da sua Constituição, sendo discutível sua generalização no civil e administrativo, esclarecendo que o duplo grau tem justificativa em processos sancionatórios, tais como falência e processos disciplinares. E, ao que parece, na perspectiva de Canotilho (2003), a CIDH, através da Opinião Consultiva 11 (Costa Rica, 1990) ainda que não tenha direcionado à Opinião Consultiva 11 especificamente ao direito de recorrer, entendeu que devem ser garantidas as garantias mínimas inseridas no artigo. 8.2 da CADH aos outros tipos de processos.

En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal.

Essa Opinião Consultiva 11 indica a necessidade de garantias processuais mínimas aos processos não criminais. Portanto, partindo da premissa da Opinião Consultiva 11, o duplo grau seria também uma garantia do processo civil. Inclusive, para Desportes e Lazerges-Cousquer (2015), o duplo grau de jurisdição, como garantia a boa justiça, seria para qualquer assunto, mas com importância especial para a matéria penal, diante dos efeitos de uma sanção penal, esses autores não delimitam necessariamente o duplo grau para a esfera penal, mas destacam a sua relevância nesse ramo. De todo modo, Desportes e Lazerges-Cousquer (2015) aponta que o artigo 14 § 5 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Protocolo 7, artigo 2.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) tratam do duplo grau em matéria penal, ou seja, por esses dispositivos, não havendo duplo grau em outras normativas.

No âmbito europeu, de maneira diferente, Damien Roets (1997) ao analisar a Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis

e Políticos, aponta que o duplo grau de jurisdição é consagração própria da matéria penal. Tal explanação demonstra qual o caminho (processual penal) percorrido para alavancar e consagrar o duplo grau. Para Sergio Sottani (1998), ainda no âmbito europeu, destaca que aparenta ser difícil que o direito ao duplo grau de jurisdição possa ser efeito de um conhecimento internacional.

Ainda sobre a sistemática recursal, Paulo Albuquerque (2019, p. 340), apresenta a jurisprudência do TEDH, no sentido que essa entende que o direito de acesso aos tribunais não é um *jus cogens*, fazendo a seguinte divisão. O direito de acesso a um tribunal no civil não é absoluto, pois “[...] pode estar sujeito às limitações permitidas por implicação”, mas nos processos criminais o direito de acesso é mais imperativo do que em processos civis, já que “Enquanto essas últimas podem ainda ser sujeitas a limitações implícitas, nos casos criminais essas serão muito menos importantes que em casos civis”.

Partindo para uma visão dos processualistas da África e numa leitura decolonial, o pensamento é distinto entre os congêneres artigos 8.2.h, da CADH, 14 § 5, do PIDCP, em face do artigo 7.1.a., da Carta Africana. Mamadú Embaló (2020, p. 505 e 514) destacou que as garantias do artigo 7.1 da Carta Africana “[...] valem não só para o processo penal, mas para todos os casos em que ocorra violação de direitos fundamentais”, e acrescenta o autor que essa garantia se coloca, ainda, em face de qualquer órgão estatal que possa violar os direitos humanos, enquanto os artigos 8.2.h, da CADH e o 14 § 5, do PIDCP, aplicam-se ao processo penal.

Como foi apontado, o ex-juiz da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Ângelo Matusse (2020, p. 485 e seg.), posiciona-se de tal modo que, o magistrado esclareceu que a CADHP, no tocante ao artigo 7.1. a, não impõe a natureza da lesão para obter acesso aos órgãos nacionais e arremata: “[...] podendo ser de índole criminal, civil, administrativa, fiscal, aduaneira, laboral, disciplinar, dentre outras”. Logo, a visão africana é expansiva, em relação à americana e europeia.

Apresentadas as duas correntes, favorável e contra, à existência expressa do duplo grau de jurisdição no Pacto Cidadão de 1988, é preciso responder as razões do debate. A hipótese é para saber qual o nível de responsabilidade por eventual violação ao duplo grau. Caso esse esteja na Constituição, mas incorporado por força de Tratados Internacionais, há as consequências internacionais dessa adesão, entenda-se, desse compromisso internacional firmado em Tratados Internacionais, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

De forma contrária, sendo o duplo grau tido por expresso na Lei Suprema do Brasil, cabe(ria) ao Supremo Tribunal Federal, no papel de guardião da Constituição, decidir acerca da violação do duplo grau. Portanto, a importância da distinção vai além do plano acadêmico e alcança o aspecto prático, ou seja, o âmbito de responsabilização, nacional ou internacional.

Feita a exposição das linhas, adotaremos a primeira corrente, com algumas restrições e variações, ou seja, considerando-a como decorrente da perspectiva dos Tratados Internacionais (Giacomolli, 2014). Já no que diz respeito aos tratados internacionais, estes asseguram especificamente o direito ao recurso, como previsto no artigo 8.2.h da CADH, e não o duplo grau de jurisdição de maneira expressa, mas fornecem os instrumentos para sua implementação, o que será distinguido e explicado adiante.

A tese adota o entendimento de que os Tratados Internacionais de direitos humanos e no caso, a CADH, com a mesma hierarquia da Constituição Federal. Nesse sentido, entendem Trindade, (2003), Dirley da Cunha, (2010) e como sintetiza Ingo Sarlet (2012, p. 124):

A tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos.

Todavia, não é desconhecida a tese firmada pelo STF, no RE 466.343 (Brasil, 2008), pela supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Desde então, não mais existe apenas o controle dos direitos fundamentais no plano interno. Como explica Cançado Trindade (2003), há uma transferência da regulação de temas tradicionalmente pertencentes ao direito constitucional para os Tratados de Direitos Humanos. Assim, os direitos fundamentais passam a ter maior visibilidade e garantia.

A CF/88, até então com o seu controle de constitucionalidade, deixa de ser o único parâmetro, filtro de controle da legislação interna. Mediante a adesão aos Tratados Internacionais, passamos a ter uma nova modalidade, o controle de convencionalidade, o que será explicado. Então, se o controle de constitucionalidade

tem como parâmetro a Constituição, o controle de convencionalidade tem por indicador os Tratados Internacionais e, novamente, como referencial a CADH, também.

Quando uma norma interna não respeita a Constituição, é possível dizer que essa é inconstitucional. De outro modo, se uma norma não respeitar os diversos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, poder-se-á dizer que a norma interna é inconvençional, isto é, não passa numa filtragem convencional.

Deve ser esclarecido que o primeiro controle é o interno, o controle de constitucionalidade. Cunha Júnior (2010, p. 40) entende o controle de constitucionalidade como “[...] uma garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma constituição rígida”.

Para num segundo momento, ocorrer o controle externo, o Controle de Convencionalidade. Nesse particular, Trindade, (2003, p. 96) atribui aos Estados a “responsabilidade primária”, quando forem insuficientes os instrumentos protetivos do direito interno. Por isso, a necessidade de exaurir os recursos interno, antes de provocar os organismos internacionais.

Dentre as vantagens do controle de convencionalidade interno é evitar a sobrecarga do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Além disso, há a potencialização das normas convencionais, de tal modo que o exame da compatibilidade das normas internas não recaia, exclusivamente, na Comissão IDH e na Corte IDH (Piovesan e Cruz, 2021).

Ademais, ainda que se possa pensar que esse controle de convencionalidade caiba especificamente ao Poder Judiciário, através do controle concentrado e difuso, é um erro. Como afirmou a Corte IDH no caso *Caso Vera Rojas versus Chile*, cabe às distintas autoridades estatais, no espaço de sua competência, o dever de fazer este Controle e de ofício, perfazendo um controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais.

la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (Costa Rica, 2021, § 138 Chile).

Por tal razão, é possível inferir que compete aos demais poderes e órgãos estatais esse controle, também cabe a esses a observância das garantias judiciais (art. 8º CADH), como também se posicionou a Corte IDH, “[...] *de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las personas tienen derecho a ser oídas, con las debidas garantías*” (*ibidem*).

No âmbito do controle da normativa interna, Ramos (2019) propõe a teoria do duplo controle de constitucionalidade e convencionalidade. Para o autor, a primeira é de ordem preventiva e baseada no “Diálogo das Cortes”, com o Supremo Tribunal Federal se baseando em entendimento dos órgãos internacionais aos quais o Brasil está sujeito e, no segundo caso, inexistente ou sendo insuficiente o “Diálogo das Cortes”, aparece o controle de convencionalidade numa etapa seguinte, que pode ser feito pelo judiciário, autoridades administrativas e pela Corte IDH.

Os direitos humanos, nesse sentido, passam a ter dupla proteção, controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional, para que se exija a dupla aprovação. Sem o respeito a dupla filtragem estaremos frente a um ilícito, como desfecha o autor, “Essa teoria do duplo controle permite a convivência entre as ordens normativas justapostas na defesa de direitos humanos” (Ramos, 2019, p. 419)

A partir daqui, então, que temos a possibilidade de responsabilização decorrente da eventual violação as normas convencionais (Melo, 2004). Tais condenações podem gerar diversos tipos de condenações, como a garantia de não repetição (Costa Rica, 2021, § 286 El Salvador), investigação e determinação da verdade (Costa Rica, 2021, § 149) combate à impunidade e entrega de restos mortais (Costa Rica, 2018, § 302) dano material e imaterial (Costa Rica, 2021, § 201) dentre outras condenações.

De todo modo, a mais desejável é a plena restituição, contudo, nos temas de violação de direitos humanos, como por exemplo morte e tortura, não é possível a plena restituição. Tendo assim se manifestado a Corte IDH em relação ao Brasil.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum) que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y

*reparar las consecuencias que las infracciones produjeron*²⁷². En este sentido, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación a fin de resarcir los daños de manera integral por lo que, además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados (*ibidem.*, § 164).

Posto, também, o referencial internacional do tema, é preciso expor os aspectos conceituais do que se entenda por duplo grau de jurisdição. Por isso, serão tomados como parâmetros os autores nacionais e estrangeiros, possibilitando reconhecer possíveis diferenças nas visões do duplo grau.

Para Jaques Penteado (2006, p. 41), duplo grau de jurisdição “[...] é a garantia outorgada ao vencido de obter uma nova decisão, por órgão jurisdicional superior e dentro do mesmo processo que substitua a primitiva resolução recorrida”. Neste ponto, chama atenção a necessidade de revisão por órgão judicial superior. E o “dentro do mesmo processo”, nesse particular, significa que o direito tem de ser exercido antes do trânsito em julgado, caso contrário não se trata de duplo grau de jurisdição e recurso, mas sim, outras vias impugnativas, ou seja, as ações de impugnação¹⁴, as quais estão ligadas à inafastabilidade da jurisdição e não ao duplo grau.

Para Desportes e Lazerges-Cousquer (2015), o duplo grau de jurisdição é uma garantia essencial da adequada justiça. E isso possibilita o reexame de uma decisão, por uma jurisdição superior, em especial na matéria penal.

De modo sintético, Ricardo Gloeckner e Tiago Mendes (2018, p. 278) apresentam a definição, “[...] uma garantia da pessoa acusada que garante o direito à revisão, ou seja, uma segunda (dupla) análise da decisão condenatória, um direito ao duplo convencimento sobre a condenação”. Por esse conceito, não há necessidade de revisão por órgão superior, bastando novo reexame, além disso os autores delimitaram essa garantia ao acusado.

Finalizando o pensamento dos autores nacionais, Gustavo Badaró (2020, s/p) expressa que, “[...] o mínimo a se extrair de tal direito é que seria um modelo de sistema judiciário segundo o qual o conteúdo das decisões de mérito poderia ser objeto de duas instituições sucessivas, por órgãos diversos”. Ao autor, basta que os órgãos sejam diversos e não necessariamente que tenha uma relação inferior *versus* superior, em suma, o autor trabalha o duplo grau como um sistema de revisão.

¹⁴ No subcapítulo 2.3 trataremos a natureza jurídica das ações de impugnação e dos recursos.

A perspectiva anteriormente mencionada é alinhada com Gianfranco Ciani (2008, p. 175) ao entender que, o *doppio grado di giudizio* tem origem doutrinária e é um modelo processual em que qualquer controvérsia deve ser submetida a dois exames de mérito, em juízo diversos, prevalecendo o segundo julgamento, nesse aspecto, a apelação surge como o meio ordinário de impugnação. Contudo, o autor destaca que a Corte de Estrasburgo afirmou que o direito de recorrer do artigo 2º, Protocolo 7, adicional da CEDH, impõe que o ordenamento interno viabilize o reexame da sentença por uma jurisdição superior, mas isso não implica necessariamente outro reexame de mérito.

Dentre os autores estrangeiros, Vegas Torres (1993, p. 197) define o duplo grau de jurisdição, “[...] como un “derecho de quien há sido declarado culpable de un delito a que el fallo condenatório y la pena que se hayan impuesto sean sometidos a un Tribunal superior””. Interessante observar que o autor restringe esse direito à defesa, mas exige que o reexame seja feito por “tribunal” superior. Linha a qual se adequa a Teresa Armenta Deu (2013), ao expor que a dupla instância tem como exigência técnica, a dupla possibilidade de o julgamento do objeto em litígio por órgão distinto e superior.

Prosseguindo nos aspectos conceituais, Coral Aranguena Fanego (1999, p. 26), sustenta “[...] el instrumento más idóneo para corregir los eventuales errores en que haya podido incurrir el juzgador de instancia, tanto jurídicos como fácticos”, e como instrumento de realização, a autora conclui que, “A este fin el único medio de impugnación apto-la apelación”. Nessa definição, a autora não distingue a necessidade de revisão por órgão superior e aponta a necessidade de revisão fática e jurídica.

O entendimento acima é alinhado ao de Canotilho (2003. p. 667), quando ao analisar a Constituição portuguesa destaca que o duplo grau de jurisdição é “[...] a possibilidade de obter o reexame de uma decisão jurisdicional, em sede de mérito, por um outro juiz pertencente a um grau de jurisdição superior”.

Por seu turno, Ferrajoli (2002 p. 38) aponta que o duplo grau é “[...] garantizado por la doble instancia de jurisdicción, doble instancia que es, al mismo tiempo, una garantía de legalidad y de responsabilidad contra la arbitrariedad”. Ao tratar de “doble instancia de jurisdição”, há a indicação da necessidade de uma instância superior.

Uma ponderação complementar precisa ser feita antes de prosseguir na abordagem do assunto. Nesse instante, é necessário para iniciar e dar contornos ao

conceito de duplo grau de jurisdição, se efetivamente essa é a nomenclatura mais adequada (Desportes, 2015 e Silva, 2000). Mas, antes de buscar qual o conceito mais apropriado para o duplo grau de jurisdição, é preciso esclarecer o que seja instância e grau. Tal esclarecimento auxiliará no entendimento mais adequado ao duplo grau de jurisdição. Eduardo Coutere (1998) aponta a instância como sendo cada etapa ou grau do processo. Nesse aspecto, se aceito rigorosamente a denominação de duplo grau de jurisdição, seria acolher que esse pressupõe a revisão por instância distinta, logo, superior, aliás, inferior não faria sentido, o que será esclarecido.

Há outro aspecto em relação à terminologia, agora de ordem crítica, André Ramos Tavares (2021) e Chiovenda (1998) ponderam que é incorreto usar a nomenclatura “duplo grau de jurisdição”, por ser a jurisdição expressão da soberania. Logo, só podendo a jurisdição ser una. Desse modo, Tavares (2021) reputa que essa seja atécnica a terminologia “duplo grau de jurisdição” e propõe tratar o tema com a denominação de “duplo grau de cognição ou julgamento de lides”. Enquanto isso, Fazzalari (2006, p. 66) denomina de “duplo grau de cognição de mérito”, justificando ser buscado uma nova fase de análise do mérito. Já Osvaldo Gozaíne (2015, p. 262) denomina de dupla instância, o que parece ser razoável ante à duplicidade de instâncias para a “dupla” e, ainda, há autores que usam duplo grau e dupla instância de forma indistinta (Montero Aroca, 1997, p. 177).

Pelas razões expostas, a Corte IDH denominou como *dobles conformidades judiciales* (dupla conformidade judicial). Em termos semelhantes, Giacomolli (2014) trata o duplo grau de jurisdição como o direito ao “duplo pronunciamento”¹⁵. Posicionamentos que são possíveis chegar após as considerações feitas inicialmente, razão pela qual este estudo passa a adotar como terminologia o duplo pronunciamento. É preciso acrescentar, ainda em relação à terminologia, que o duplo grau de jurisdição ou mais resumidamente, duplo grau, não tem origem normativa, mas sim, criação da doutrina (Ciani, 2008).

Feito tais esclarecimentos, passemos à divergência surgida dos conceitos apresentados. Ao que parece, após a exposição de autores nacionais e estrangeiros, o grande ponto de divergência está na necessidade ou não do duplo pronunciamento ser exercido perante “juiz ou tribunal superior”.

¹⁵ O trabalho considera a existência da diferença entre dupla conformidade e duplo pronunciamento, o que será explicado ao longo do texto.

É preciso que o duplo grau de jurisdição ou, como afirmado, o duplo pronunciamento, seja feito, literalmente, por juiz ou tribunal “superior” em instância (grau), diverso ou basta na mesma instância? Como intérprete último da CADH, a palavra final deve ser feita pela Corte IDH, pois é a partir de suas opiniões consultivas e decisões que os países se orientam e são responsabilizados. Ademais, e principalmente com fundamento nos seus precedentes que há a compatibilização da ordem interna a externa.

Posta a Corte IDH como elemento determinante para desfechar, nos termos deste trabalho, a (des)necessidade de juiz ou tribunal “superior” para respeitar o duplo pronunciamento e o rigor na sua denominação. Com fundamento na interpretação que a Corte deu ao artigo 8.2.h (garantias judiciais) da Convenção, esse direito ao recurso que será analisada a problemática da (des)necessidade de outra instância, como também, é baseado nos precedentes que são construídos os requisitos dos recursos, o que será enfrentado no subcapítulo seguinte. Esclarecendo que as hipóteses propostas são fruto da análise conjunta das diversas decisões e da conclusão que essas permitam chegar, de modo que a referência a uma decisão, em determinada situação, não implica em contexto isolado, mas sim, numa parte que é construída desde o conjunto das decisões, especialmente a partir dos anos 2000, quando começaram a surgir as decisões sobre os meios de impugnação, ou seja, os recursos propriamente ditos e também as ações de impugnação, mais especificamente, o *habeas corpus*, o que não é o recorte do trabalho.

Deste modo, a Corte IDH estabeleceu, dentre outros aspectos, que o direito a recorrer precisa ser garantido antes do trânsito em julgado, “[...] *antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada*”, e a decisão prossegue que o “[...] *derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona*” (Costa Rica, 2004, Série C, Nº 107, § 158).

Essa primeira orientação parece ser coerente com a natureza jurídica do recurso, tema a ser exposto no subcapítulo seguinte, 2.3. Pensar em impugnação após o trânsito em julgado é tratar das ações de impugnação e não de recurso.

O problema de impugnar uma decisão transitada em julgada está na pouca viabilidade de êxito (Lopes Júnior., 2020). Por exemplo, o *habeas corpus* não cabe dilação probatória, inviabilizando maiores discussões, enquanto na revisão criminal,

tem quem defenda o *in dubio pro societates* (Nucci, 2022). Também, nas ações de impugnação não há o efeito suspensivo, em regra, diferente dos recursos. Tais argumentos justificam o posicionamento da Corte IDH quanto aos recursos terem que ser exercidos antes do trânsito em julgado.

A posição da Corte é que esse duplo pronunciamento e, ainda sem responder especialmente se é preciso outro juiz ou tribunal superior, gera mais credibilidade ao ato judicial estatal, conferindo mais segurança e proteção aos direitos humanos. E a manifestação da Corte quanto à (des)necessidade de haver tribunal superior na mesma instância foi feita no *Caso Barreto Leiva versus Venezuela*.

Nessa sentença foi decidido que:

[...] al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si asilo considera pertinente (Costa Rica, 2009, Série C, N° 206, § 89).

Esse caso apreciou um processo de competência originária. Nele foi questionado pela parte vitimada, a violação ao direito de recorrer, nos termos do artigo 8.2. h, da CADH, pois aquela foi julgada e condenada num Tribunal de única instância, sem chance de impugnar a decisão. A Corte decidiu, nesse caso, que ao não existir um tribunal de maior hierarquia, através de uma sala ou câmara do mesmo órgão colegiado e com diferente composição para examinar o recurso e poderes para revogar a decisão inicial, foi violado o direito de recorrer (revisão). A contrário, se houvesse um órgão colegiado e com composição distinta do anterior, com poderes de revisão da decisão, estaria atendido o direito de recorrer, o que não aconteceu, segundo a decisão.

Esse posicionamento foi reafirmando após cinco anos, no *Caso Liakat Ali Alibux versus Suriname*, reforçando a importância dos dois casos:

[...] la Corte interpreta que al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo

considera pertinente. En este sentido, la Corte ha señalado que puede establecerse (Costa Rica, 2014, Série C, Nº 276, § 105).

Nessa oportunidade, a Corte mais uma vez entendeu que o direito de recorrer não depende de um juiz ou tribunal superior. Todavia, nessa hipótese, assim como na outra (Barreto Leiva), tratavam de processos de competência originária, os quais não tinham um tribunal superior, de forma que para ser exercido o direito ao recurso, a Corte se manifestou que é possível suprir a falta do tribunal superior com a revisão por um órgão superior e com diferente composição da que sentenciou o processo inicialmente. Em suma, especificamente, em casos de competência originária, a Corte decidiu compensar a inexistência de instância superior para recorrer com nova apreciação do caso por órgão na mesma instância, porém, com composição distinta da anterior.

Em relação ao Brasil e na perspectiva de Gilmar Mendes (2010), não seria cabível o duplo grau nos processos de competência originária, em face da Constituição consagrar esse tipo de competência e não haver especificação de cabimento de recurso ordinário. De modo que, o autor sustenta não ser cabível o duplo grau nem por lei, nem por tratados e convenções internacionais, entendimento que é seguido por outros autores do processo penal.

Todavia, a problemática não parece estar resolvida apenas tomando como orientação as duas decisões anteriormente citadas, pois aquelas têm a sua especificidade, o julgamento de processos de competência originária. Então, até no plano fático e estrutural não há juiz ou tribunal superior a ser acessado.

As decisões (Barreto Leiva e Liakat Ali Alibux), em suma, não respondem ao problema quanto à (des)necessidade de um juiz ou tribunal superior. Pois, os casos de competência originária são a exceção e, mais ainda com a interpretação restritiva do STF quanto a sua incidência. Dessa forma, a regra é que os processos penais iniciem na primeira instância¹⁶, e é com norte nesse tipo de situação que deve ser esclarecido o problema, sem claro, desconsiderar a existência dos processos de competência originária.

Quando a Corte IDH trata de processos que iniciam na primeira instância, o entendimento sobre precisar ou não de instância superior é diferente, até por esses

¹⁶ As regras sobre a competência dos processos comuns, em geral, são estabelecidas pela matéria (art. 74 do CPP e 109 da CF) e pelo local do crime (art. 70 do CPP).

casos serem mais comuns. Baseado nessas decisões que foram formuladas as hipóteses.

O *Leading Case* que pode ser considerado é o do *Caso Herrera Ulloa versus Costa Rica*, que de tamanha importância foi citada em diversas decisões (ibidem., 2004, Série C Nº 107, § 158). Havendo a Corte decidido que, é necessário “[...] permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”. Ficou claro dessa passagem, posta em inúmeras outras decisões que, a Corte exige um juiz ou tribunal de hierarquia superior, diferente dos excepcionais casos de competência originária, há uma evidente exigência pela Corte para atender o direito de revisão a ocorrência de órgão hierarquicamente superior, tanto que esta decisão foi transcrita e repetida em diversas decisões.

O entendimento da Corte IDH parece ser o mesmo de Marques (2000, p. 22) ao fazer a distinção entre juízo *a quo* e *ad quem*. Para o autor, há outro grau de jurisdição quando ocorre novo julgamento, “[...] discriminando-se perfeitamente o juízo *a quo* e o juízo *ad quem*, se o órgão que julga o recurso tem competência diversa do que proferiu a decisão recorrida, diversidade de competência que ao nosso ver decorre da ‘superior jerarquía orgánica’”.

Essa conclusão da Corte, também pode ser feita, por exemplo, a partir da interpretação da decisão do *Caso Barreto Leiva*, quando esta diz que “[...] la Corte interpreta que al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal”, *está satisfeita com órgão distinto e com poderes para revisar a decisão. Isto possibilita entender que é preferível ter um “tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal”* e, não necessariamente, outra instância (ibidem., 2009, Série C, Nº 206, § 90).

No entanto, diante dessa ausência, registre-se, nos processos de competência originária, essa falta é compensada para que o exercício do direito de recurso seja efetivado, com uma sala ou câmara do mesmo colegiado, que possa reapreciar a causa.

Por essa razão, Gabriela Jugo (2002, p. 282) assinala que a determinação de um “tribunal superior” entendido como hierarquicamente superior, depende da organização judicial doméstica. Desse modo, para a autora o que é importante é “*Lo que sí debe existir es otro tribunal distinto y con facultades para cambiar la decisión*”.

Ficou demonstrado o seguinte das duas situações: uma, nos processos de competência originária, outra, com processos iniciados na primeira instância, os

comuns. Então, deve ser considerado que o exercício do duplo pronunciamento, como regra, requer um juiz ou tribunal de hierarquia superior, como regra, conforme o *Caso Herrera Ulloa*, exceto se for de competência originária e consoante entendimento expressado no *Caso Barreto Leiva e Liakat Ali Alibux* (*ibidem.*, 2009, *Serie C*, Nº 206, § 90), nessas situações excepcionais.

Devendo ser esclarecido que a existência de processos de competência originária, por si, não viola o duplo pronunciamento. Nesse particular, a Corte, ainda no *Caso Barreto Leiva* assinalou, “[...] *puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana*”. Todavia, a Corte condicionou os processos de competência originária a que, “*Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio*” (*ibidem.*).

Postura reafirmada no *Caso Liakat Ali Alibux versus Suriname*, inclusive com base em orientação do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e na Convenção Europeia de Direitos do Homem.

[...] el Comité de Derechos Humanos ha señalado en sus decisiones que, el derecho a recurrir el fallo debe garantizarse sin importar el rango de la persona juzgada por lo que “si bien la legislación [de un] Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal (Costa Rica, 2014, Série C, Nº 276, § 91).

Tecendo críticas ao duplo pronunciamento no processo de competência originária e alertando que é preferível a terminologia “duplo pronunciamento”, Rafael Nogueira (2020)¹⁷ é contra o processo de instância única, afirmando que esse contraria a CADH. Justificando o autor que, os processos de competência originária não asseguram o amplo reexame de matéria fática e jurídica, diferente dos processos com mais de uma instância.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2005) ao ser discutido o duplo pronunciamento em relação ao cabimento de embargos infringentes em processo de competência originária decidiu, por maioria, ser cabível os embargos infringentes. Em

¹⁷ Saliente-se que o autor defende, com base na doutrina já existente, que ante a inexistência de instância superior, nos casos de processos de competência originária, caberia o julgamento inicial ao órgão fracionário, cabendo ao pleno o julgamento do recurso.

voto condutor do desempate, o então ministro Celso de Mello decidiu pela admissibilidade dos embargos infringentes, levantando-se dentre os fundamentos, o fato do duplo grau ser expresso na Convenção Americana. No entanto, o próprio ministro destacou a limitação dos embargos infringentes para concretizar o duplo grau. Destacando que, os embargos infringentes, “mostram-se insuficientes à plena realização de um direito fundamental assegurado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. Inclusive, o STF (Brasil, 2007) em decisão posterior, decidiu que duplo grau decorria do devido processo legal.

Após essa exposição, o duplo pronunciamento, em termos sucintos, na perspectiva dessa tese, pode ser entendido como o direito conferido à parte imputada de recorrer de uma decisão potencialmente desfavorável a um juiz ou tribunal de hierarquia superior, visando à nova reapreciação daquela. Para Jugo, (2002). a revisão da decisão por um “tribunal superior”, entendido como hierarquicamente superior dependerá da organização judicial de cada país, mas o que deve haver é um tribunal “distinto” e com poderes de revisão a decisão impugnada. Em outras palavras, é um sistema de revisão judicial feito através do direito ao recurso.

Pontuando que o direito ao duplo pronunciamento não assegura o direito de inúmeras revisões, mas apenas um reexame pela instância superior (Badaró, 2020). Reforçando que o acesso às instâncias extraordinárias e o STF através do recurso extraordinário não assegura o duplo pronunciamento

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Brasil, 1988).

O STJ pelo recurso especial, também, não representa efeito do duplo pronunciamento.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais

dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (Brasil, 1988).

Fazendo uma análise com base no princípio da proporcionalidade e razoabilidade, não seria adequado a possibilidade de inúmeras e sucessivas revisões, pois, então, o processo não chegaria ao final ou, chegando, não atenderia a duração razoável. Em relação à extensão do reexame, matéria jurídica e probatória, abordaremos essas questões no subcapítulo 2.3.

Vista a necessidade de haver um juiz ou tribunal de hierarquia superior para atender o duplo pronunciamento, não termina ainda a discussão em torno desse aspecto, sendo preciso mais um debate sobre as garantias, no caso, o respeito às garantias processuais em todas as fases do processo. De acordo com a interpretação da Corte, no *Caso Castillo Petruzzi versus Peru*.

El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él (Costa Rica, 1999, Série C, Nº 52, § 161).

Em outros termos, essa decisão da Corte atesta que as garantias processuais se estendem, também, na fase recursal. Portanto, as garantias processuais, tais como a duração razoável do processo, juiz ou tribunal competente, contraditório, imparcialidade, presunção de inocência e outras garantias se incluem na fase recursal, não se esvaziando pelo término do processo na instância inicial.

Ainda sobre as garantias processuais penais, é importante a observação de Barros (2009, p. 17) sobre a interdependência desses, de maneira que uma garantia não exclui a outra, apesar de conteúdos específicos, concluindo a autora, “[...] ao

desrespeitar um dos princípios se afeta também, de forma reflexa, os outros princípios fundantes.”.

Analisando os exemplos anteriores, não é possível crer um recurso com prazo indefinido de julgamento. Há crítica referente, por exemplo, às Súmulas 21 e 52, do STJ, que enunciam que, encerrada a instrução criminal ou pronunciado o réu, fica superado o excesso de prazo (Lopes Júnior, 2009). É inviável o julgamento do recurso por instância superior incompetente, dentro da dialética processual, subtrair do imputado o direito de arrazoar seu apelo ou, então, contrarrazoar, isso para quem aceite a possibilidade de recurso da acusação. Da mesma forma, considerar o imputado culpado diante de uma sentença ainda pendente de reapreciação, ou seja, sem o trânsito em julgado é inadmissível, como também, o reexame da causa por um juiz que já apreciou o caso na instância inicial, inclusive como decidiu em o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no *Caso Piersack versus Belgica* (1982).

Conceituado e delimitado o duplo grau de jurisdição ou, nos termos seguidos pelo trabalho, o duplo pronunciamento. Passemos à razão de ser do duplo pronunciamento, seus fundamentos nos aspectos favoráveis e contrários.

A primeira reflexão é saber que existem questionamentos sobre qual a melhor orientação para o sistema processual, se de instância única ou de dupla instância.

No sistema processual com única instância, não há possibilidade de recurso ordinário em face das decisões ou sentenças definitivas. De modo diferente, um modelo processual de dupla instância tem cabimento rever, no mesmo processo, a decisão, sendo submetida a dois graus de jurisdição por meio da interposição de recurso, o qual abre a 2ª instância que irá decidir sobre o recurso da parte (Lara López, 2014).

Como expõe Lara López (2014), sempre houve uma tensão entre qual sistema, unidade ou dualidade de instância deveria ser estabelecido, tema que antes de ser jurídico é de ordem política, o qual relaciona a posição da pessoa em face da autoridade estatal, onde a limitação máxima do recurso se relaciona à ideologia de um Estado autoritário. O autor pondera que independentemente da confirmação da 2ª instância, a problemática não é exclusiva do processo penal, cabendo a análise da questão sobre diferentes perspectivas, dentre as quais a visão do processo como instrumento eminentemente técnico e, que as críticas seriam que a 2ª instância é uma anomalia por supor ineficácia na 1ª instância e, outro, é a necessidade do processo com as garantias.

Postas essas questões, será exposto mais diretamente, os aspectos favoráveis e contrários ao sistema com dupla instância. Esclarecendo que, não há a pretensão de exauri-los, mas sim, apontar os principais argumentos.

Ao tratar dos pronunciamentos judiciais, Giuseppe Sotgiu (1947) aponta que à vista de uma análise puramente jurídica, num ordenamento ideal de justiça, não caberia rever o conteúdo do pronunciamento judicial, além da desnecessidade de prolongar o processo. No entanto, o próprio autor destaca que é inegável o fenômeno da revisão, que é variável no tempo e em cada ordenamento estatal, a necessidade de dar ao cidadão um meio de buscar reparar as decisões dos órgãos judiciais, pois é fato natural a imperfeição desses. Esclarecendo que, o termo revisão aqui não é utilizado no sentido de revisão criminal.

Não poderia ser diferente as chances de erro nos pronunciamentos judiciais. Afinal, as decisões são resultados do trabalho humano e, como tal, há natural possibilidade de erros pela imperfeição humana. Nisso, estão sendo abordados os erros involuntários, pois existem os “erros voluntários”, ou seja, os dolosos, aqui já se constituindo em crimes contra a Administração Pública e, mais especificamente, os crimes com a Administração da Justiça, artigos 338 a 359 do CP. Independente do erro, para Aranha (2006, p. 6), as decisões podem ser ditadas ou influenciadas pela “amizade, animadversão, medo, servilismo, suborno ou outros interesses inconfessáveis”.

Frente à possibilidade de erro, Lara López (2014, p. 103) sugere que se poderia resumir os argumentos favoráveis à dupla instância à falibilidade humana, como pontua, *“Que la condición humana tendo a la imperfección es un asunto que, independientemente de su fundamento, queda fuera de toda duda”*. Então, diante dessa natural chance de erro, há a justificativa de revisão por órgão diverso.

O autor destaca que essa possibilidade de revisão, denominada por ele de correção, a qual responde, além do interesse da parte que se sente prejudicada, como também, a sociedade interessada em decisões justas e acertadas. Interessante no particular, é que Lara López (2014, p. 104) relaciona a revisão à ideia de erro na matéria de fato para atender à dupla instância, justificando o recurso com matéria de fato para efetivar a dupla instância, pois em relação à matéria jurídica existe o recurso de [...] *casación, como desfecha o autor, ‘el erros de derecho es perfectamente controlable en un sistema de única instancia com un recurso de casación’*”.

Ao fazer uma análise da prova como fator racional da decisão, Ferrer Beltrán (2007, p. 41) concorda com a possibilidade de erros no processo. E, assim, o autor entende que *“El reconocimiento de que una decisión produce efectos jurídicos no conlleva necesariamente que deba negarse la posibilidad de que esa decisión sea errónea”*. Logo, esse erro justifica a existência dos meios de impugnação para correção dos erros na valoração da prova que, numa perspectiva do autor, é uma análise racional.

Por essas razões, Del Pozzo (1957) aponta que a impugnação serve como um reexame crítico da decisão. Para tanto, o autor faz uma analogia à expressão popular de origem latina, que “quatro olhos veem melhor do que dois” *Aspiciunt oculi duo lumina clarius uno* (Tosi, 1996, p. 904).

Retomando mais detidamente a possibilidade de revisão, Glauco Giostra (2021) questiona qual a garantia que a decisão posterior seja melhor do que a decisão impugnada. Nesse sentido, o autor ainda reforça que essa problemática existe há milênios e aponta que o jurisconsulto romano Ulpiano alertava não haver garantia ao recorrente de um resultado melhor.

Especificamente quanto aos argumentos contrários à dupla instância, de que não há garantia de uma decisão melhor após a impugnação, Barja Quiroga (2004, p. 453) questiona que se estabelecer uma 2ª instância gera mais garantia, por que não colocar cinco ou seis instâncias para aumentar a chance de acerto? No entanto, esse autor defende que os argumentos a favor da 2ª instância são mais sólidos que os contrários e *“[...] se redicen a negar que en la doble instancia exista una mayor garantia de acierto”*.

Aos argumentos de uma 4ª ou 5ª instância, pode ser agregado o fato da grande quantidade de recursos, o que pode implicar numa queda da qualidade das decisões. Inclusive, com a possibilidade desses recursos serem julgados monocraticamente, subtraindo o recurso do debate colegiado e do exame plural, além da jurisprudência defensiva, os quais criam barreiras para o conhecimento dos recursos.

Costuma-se designar por “jurisprudência defensiva” a postura, adotada sobretudo por tribunais superiores, excessivamente rigorosa e exigente no que tange ao preenchimento dos requisitos de cabimento de recursos. O rigor, não raro, ultrapassa os limites do razoável. Embora absurdas, as teses seriam uma “defesa” empregada pelas Cortes diante de uma quantidade de recursos supostamente capaz de inviabilizar o seu funcionamento, ou de transformá-las em uma mera e ordinária

“terceira instância” recursal. O termo reconhece que as “teses” invocadas para que não se conheçam dos recursos chegam mesmo a ser ilícitas, mas a circunstância de serem usadas na defesa da soberania das Cortes excluiria essa ilicitude, legitimando-a (Machado Segundo, 2016, p. 513).

Assim, também, em nada adiantaria a criação de outras instâncias diante da dificuldade de acesso a elas, e exemplificando a hipótese de limitação das instâncias, encontramos a Constituição do México, artigo 23, o qual limita o juízo criminal a três instâncias (Estados Unidos Mexicanos, 1917, rev., 2015).

Além disso, o Direito, como ciência jurídica, deve estar sujeito à falseabilidade de suas hipóteses, conforme a teoria de Karl Popper (2001). Da mesma forma, as decisões judiciais devem ser passíveis de revisão e contestação. Sendo a decisão uma hipótese, sua validade só pode ser confirmada ou refutada quando submetida a novos testes — ou, no contexto jurídico, ao exame recursal. Assim, ao ser reavaliada, a decisão pode se consolidar como precedente ou ser superada, tornando-se uma “teoria antiga”. Para Glauco Giostra (2021, p. 50), “[...] no caso da jurisdição penal não é dos resultados que se pode julgar a aceitabilidade de um método, mas é do método que se pode estabelecer a aceitabilidade dos resultados”. Logo, o recurso é método.

Coincidindo com o mesmo pensamento, no entanto, numa perspectiva mais jurídica, Ferrajoli (2000, p. 484) esclarece que dentre as características do processo é que o “juízo se desenvolva com as garantias processuais em matéria de prova e defesa que permitam a sua verificação e sua falseabilidade”. Concluindo, tanto a aproximação entre os autores parece adequada que Ferrajoli (2000) e Popper Karl (2001) trabalham com o processo de verificação no método de prova e refutação pelo *modus tollens*.

Ainda que a decisão judicial seja passível de erro, mesmo após posterior reexame, essa parece ser a melhor sistemática (dupla instância). Então, não necessariamente a revisão por instância superior vá trazer maior segurança, mas sim, que o tema recorrido será analisado duas vezes e por pessoas diferentes (Lara López, 2014). Tal aspecto possibilita um maior debate e fiscalização sobre o caso, evitando que o processo inicie e acabe aos olhos de um único julgador, o que até pode ocorrer, por exemplo, ante a não interposição de um recurso e a voluntariedade desse, tanto assim que a CADH assegura o direito a recurso e não a obrigatoriedade de seu uso.

Em sentido diverso, Giacomolli (2008, p. 99) entende que nas sentenças condenatórias a voluntariedade não seria aceitável. E para haver a adequação da legislação nacional para dar efetividade ao duplo pronunciamento, seria preciso que a defesa se manifestasse no processo em face de não impugnar, assim conclui o autor, “O silêncio do condenado e do defensor obriga o magistrado a instar para que se manifestem acerca do recurso sempre que houver restrição a direitos fundamentais”. Apesar da posição do autor, a doutrina nacional, sem fazer uma filtragem da CADH, nesse ponto, entende, na sua maioria, pela voluntariedade dos recursos.

Apesar de contundentes os argumentos a favor da dupla instância, há corrente contrária, o que propõe um modelo de única instância. Um dos seus argumentos seria os gastos para manter mais instâncias, pois demandaria mais julgadores e, tais custos, acabariam sendo suportados pela parte com as taxas judiciais para recorrer, além disso, há necessidade da segurança jurídica para as partes que precisam ter um desfecho do processo em algum momento (Lara López, 2014).

Outro argumento contrário à dupla instância é a possibilidade de o recurso favorecer a quem está litigando sem fundamento. Nesse sentido, quem tem direito estaria tolhido de exercê-lo por causa de eventual recurso e efeito suspensivo, bem como a demora no julgamento. No entanto, esse argumento não deve prevalecer no processo penal, porque nesse âmbito, eventual execução da sentença condenatória (prisão), desconstituída por recurso, não pode ser recomposta à parte, pois o tempo é irreversível e o máximo que pode ser feito é uma indenização, mas não a recomposição temporal e, mesmo assim, há muita restrição pelo STJ (Brasil, 2022) em conceder indenização nesses casos, inclusive em conhecer dos recursos, o que reforça o cuidado com as prisões (Lara López, 2014)

Há argumentos que podem ser considerados intermediários entre a dupla instância e a instância única. Ricardo Levene (1993. p. 114) pondera que, o problema da dupla ou única instância está ligado a composição da instância, para o autor, a dupla instância tem fundamento de ser quando a primeira instância é “unilateral”, mas se for colegiado, não haveria razão de haver a dupla instância, pois prolonga os processos, apesar de reforçar o acerto das decisões. De todo modo, o autor defende um processo penal de única instância, com a composição colegiada.

Para Lara López (2014), o argumento de peso contra a dupla instância é a inexistência do princípio da imediação nas instâncias superiores. Nesse particular, Vasconcelos (2020, p. 297-298) sustenta a necessidade de adequar o recurso à

oralidade e imediação, para tal fim, propõe, inclusive, seguindo a tendência internacional, o uso dos meios tecnológicos de gravação audiovisual, franqueando a reprodução e controle pelo tribunal em relação às provas orais feitas na instância inicial, alertando o autor da impossibilidade do tribunal ter contato com aspectos não verbais, não obsta o respeito à imediação e oralidade, pois “A imediação não abarca tais elementos metajurídicos de expressões gestuais ou anímicas não racionalmente controláveis.”

Em relação ao aspecto político, há o ponto favorável à dupla conformidade, pois a decisão deve estar sujeita a recurso, uma vez que a falta de controle ocasionaria um poder ilimitado, o qual não se compatibiliza com um Estado de Direito (Grinover, Gomes Filho e Fernandes, 2001).

Justamente essa impossibilidade de a decisão ser imune, atende à ideia de democracia, conforme *caput* do artigo 1º da CF, quando então a decisão passa a ser passível de controle por meio dos recursos e do reexame pelo órgão superior. A viabilidade de reexame, naturalmente acaba por fazer com que o julgador inicial saiba que está submetido a controle recursal. Por efeito, em tese, o julgador adotará maiores cautelas na tomada da decisão. Logo, é até viável dizer que o cabimento do recurso exerce um efeito psicológico no julgador inicial, frente à possível reexame.

Quanto à visão do recurso como meio de controle, é interessante a observação de Maier (2008) que o recurso não foi concebido como garantia do acusado ou condenado, mas sim, uma maneira dos tribunais superiores exercerem o controle em face dos tribunais inferiores. Portanto, a ideia de impugnação não era a justiça da decisão, mas uma forma de exercício de poder, tanto que a organização judicial era e é hierárquica, apesar da mudança das concepções dos fins dos recursos (Damaska, 2000).

Tendo por base os argumentos favoráveis à dupla instância, bem como nas ponderações contrárias previamente expostas, adota-se, nesta tese, a defesa desse modelo. Contudo, longe de serem desconsideradas, as críticas à dupla instância devem ser compreendidas não como razões para sua supressão, mas como elementos que possibilitam seu aperfeiçoamento. Assim, a presente abordagem sustenta a manutenção da dupla instância como princípio estruturante. No que concerne ao fundamento jurídico dessa normatividade, a questão será aprofundada no subcapítulo 2.3.2.

2.3 DIREITO AO RECURSO

Antes de adentrar ao direito ao recurso, artigo 8.2.h da CADH, far-se-á uma introdução a respeito da normatividade dele. Desse modo, será mais clara a análise do direito ao recurso, em especial ao aspecto conceitual e a natureza jurídica. Abordar a normatividade de algum instituto é tratar qual ou quais os seus fundamentos legais.

O primeiro aspecto a ser questionado quanto ao direito ao recurso em relação ao Brasil, não poderia deixar de ser a forma como o ordenamento jurídico interno dispõe sobre o tema. Como até nesta ocasião foi exposto na tese, o direito ao recurso é norma convencional. Dessa maneira, em termos de legislação nacional, a única que declarou expressamente o direito fundamental e, mais especificamente, o duplo pronunciamento, foi a Constituição de 1824.

Há particular observação da doutrina no sentido de que a dignidade da pessoa humana é fundamento da criação dos recursos, dos órgãos judiciais e tribunais (Greco, 2015). Tal ponderação pode levar a entender que a dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III da Constituição Federal e artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, são fundamentos legais dos recursos.

Feitas essas considerações em relação à lacuna na legislação interna, resta observar o fundamento legal a partir da normativa internacional, especialmente àquelas as quais o Brasil se comprometeu respeitar, isso é, ratificou. Tal aspecto não retira a importância de outros documentos internacionais que tratam do direito ao recurso, mas que não são diretamente ligados ao Brasil, todavia, são importantes para demonstrar o nível de expansão do direito ao recurso.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como exposto ao longo desta tese, assegura o direito ao recurso no artigo 8.2.h “[...] o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. E ao ter a garantia do direito ao recurso, assegurou o sistema de duplo pronunciamento, o que também encontra base no direito ao contraditório e direito de defesa, artigo 5º, LV, da Constituição brasileira vigente, segundo parcela da doutrina, como exposto no subcapítulo 2.2.

Inclusive, o referido dispositivo convencional de tamanha importância é citado em diversas decisões dos tribunais superiores que tratam diretamente da temática, como no debate sobre a prerrogativa de foro (Brasil, 2020). Outro documento internacional subscrito pelo Brasil foi o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no qual dispõe no seu artigo 14 § 5 que, “Toda pessoa declarada

culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”. E, da mesma forma, que a CADH ao garantir o direito ao recurso, assegurou o duplo pronunciamento.

Observando que o Brasil aderiu tanto à CADH como ao PIDCP, fica clara a referência normativa internacional do instituto do direito ao recurso. Em suma, há previsão em dois documentos aos quais o Brasil se obrigou a aplicar no âmbito internacional e na sua estrutura, especialmente processual penal.

Como documento internacional subscrito pelo Brasil, entretanto de aplicabilidade externa e que também assegura o direito ao recurso, tem o Estatuto de Roma, expondo no artigo 82.2, “Quer o Estado interessado quer o Procurador poderão recorrer da decisão proferida pelo Juízo de Instrução, mediante autorização deste, nos termos do artigo 57, parágrafo 3º, alínea”.

Ainda no âmbito internacional, a Agenda 2030 (Brasil, 2022) pauta nos seus objetivos de desenvolvimento sustentável, o objetivo 16.3, o qual aponta como fim, “Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos”. Neste ponto, apesar de não ser expresso o direito ao recurso, o “acesso à justiça” tem ampla relação com o tema dos recursos, já que o direito ao recurso faz parte e possibilita o acesso à justiça, artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal e artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Segundo Ramos (2023, p. 909), o acesso à justiça “[...] consiste na faculdade de requerer a manifestação do Poder Judiciário sobre pretensa ameaça de lesão ou lesão a direito”. Portanto, mesmo que reflexamente, a Agenda 2030 também é fundamento normativo do direito ao recurso, apesar desse aspecto ser inexplorado pela doutrina¹⁸.

No continente europeu, o direito ao recurso tem base legal na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, especificamente no Protocolo 7, artigos 1 e 2. Andrea Echeverria e Marcelo Varela (2018, p. 1 e 15) apontam sobre esse dispositivo que, “Exatamente, em razão da clareza da redação do dispositivo, há poucos julgados da Corte Europeia questionando o alcance dessa garantia”.

Qualquer pessoa declarada culpada de uma infracção penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a

¹⁸ Neste sentido, basta analisar os trabalhos acadêmicos e livros de processo, seja de penal, seja de civil, para constatar que o tema da Agenda 2030 não é enfrentado, apesar de sua relevância para as ciências jurídicas.

declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei. Este direito pode ser objecto de excepções em relação a infracções menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.

Destaque-se, que Irineu Cabral (2005), ao tratar do artigo 2, do Protocolo 7, da CEDH, apontou que as garantias do duplo grau não são aplicáveis às decisões de autoridades que não são tribunais, nos termos do artigo 6 da CEDH. Enquanto Desportes e Lazerges-Cousquer (2015) esclarece que, a abrangência do artigo 2, do Protocolo 7, é sobre a decisão condenatória.

Há, também, por parte do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), diversas decisões sobre o tema. O importante sobre ter conhecimento da existência desse referencial, é o intercâmbio que existe entre a CIDH e o TEDH. Mesmo com essa relação, inclusive institucional entre as cortes, deve ser alertado que a normativa principal do TEDH, Convenção Europeia, em seu Protocolo 7, admite exceções ao entender por “infracções menores”, ou seja, o que talvez se entenderia no Brasil como crimes de menor potencial ofensivo.

Mudando da visão eurocêntrica, especificamente, na África e, igualmente importante, ocorre a Carta de Banjul artigo 7.1. a, “[...] o direito de recorrer aos tribunais nacionais competentes contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes em vigor” (Quênia, 1981) Do mesmo modo, a Corte Africana dos Direitos dos Humanos e dos Povos estabelece intercâmbio com a CIDH. Isso, reforça a necessidade de saber se o direito ao recurso tem base expressa na Carta de Banjul, também.

Assim, Mamadú (2020) aponta esse dispositivo legal como garantia a qualquer pessoa a ter o direito do recurso aos tribunais, por violação a direitos fundamentais. Desse modo, o ex-juiz da Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Ângelo Matusse (2020) salienta que, o artigo 7, da Carta Africana assegura que o direito ao acesso a um tribunal “competente” e imparcial é componente do direito a um julgamento justo.

A amplitude e extensão normativa do direito ao recurso é constatada através de seu referencial nos diversos Tratados Internacionais e no desenvolvimento da

jurisprudência desses. Assim, a busca de uma maior compreensão e troca de experiências entre os Tribunais Regionais de Direitos Humanos justifica a manutenção do intercâmbio. Ademais, o exercício do direito ao recurso, independe da regularidade ou não da decisão impugnada, alerta Chiavario (2001) e isso demonstra a visão do recurso como uma medida de controle.

O fato de o direito ao recurso não ter base expressamente na legislação nacional, mas sim, em Tratados Internacionais aos quais o Brasil se comprometeu a respeitar, reforça a importância e a responsabilidade internacional das garantias mínimas existentes nesses tratados. O que motivou o recorte nos documentos internacionais e na jurisprudência dos Tribunais de Direitos Humanos, notadamente, a Corte IDH. Em consequência desse aspecto, exemplificativamente, no âmbito administrativo do Poder Judiciário brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça tem a Resolução 364/2001 que trata das decisões da Corte IDH e sua aplicabilidade no Brasil.

Art. 1º Fica instituída no âmbito deste Conselho a Unidade de Monitoramento e Fiscalização das decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado brasileiro, vinculada ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas.

A partir daqui, especificamente, será tratado do direito ao recurso para buscar introduzir a compreensão da sistemática recursal no Brasil e seus problemas. Desse modo, será iniciada parte da exposição do conceito de direito ao recurso e, após o seu conteúdo, entendido como a sua extensão, fazendo, intercaladamente, outras abordagens que eventualmente forem necessárias para a compreensão dos pontos anteriormente elencados. Destacando que, esse direito surge de uma decisão judicial e se dirige contra essa (Leone, 1963).

Antes, contudo, de iniciar a abordagem do direito ao recurso, é preciso fazer um alerta em função de algumas reflexões sobre a Teoria geral do processo. O processo penal, diferente do processo civil, lida com bem indisponível, a liberdade do cidadão imputado, por isso, como já destacamos no subcapítulo 2.1, a pena depende do processo, inexistindo pena sem processo. Diferente é a esfera do processo civil, aqui o direito material tem existência sem necessariamente haver um processo.

Na linha da reflexão anterior, há, inclusive, distinção entre o ensino do processo civil e do processo penal. Nesse particular, Alcalá-Zamora y Castillo (1992, p. 110) expõe que o processo penal está em quantidade e qualidade muito menor do que o processo civil, mencionando que dentre outros fatores, na Itália, até o ano de 1938, o ensino do direito processual penal era uma parte do direito penal material e que se dedicava mais a esse. Posteriormente, segundo o autor, foram criadas cátedras *ad hoc* e havia um receio incompreensível dos processualistas penais da Itália, em face dos processualistas civis, “[...] *a quienes miran más como hermanostros que como hermanos*”.

Lançando questionamentos nessa generalização processual, Casara (2018) apresenta ponderações entre os aspectos estruturais do processo civil e penal, pois no processo civil os sujeitos parciais são postos como iguais, havendo tratamento dispare na razão da desigualdade no caso concreto. Enquanto no processo penal, as partes são “estruturalmente desiguais” e, na busca da igualdade material, o processo penal se torna um instrumento de garantia do acusado. Tal reflexão demonstra que, estruturalmente, há uma desigualdade de posição entre as partes no civil e penal, o que implica em ônus distintos¹⁹.

Por sua vez, também Lopes Júnior (2008) endossa a reflexão à Teoria geral do processo, assinalando a indevida transposição de conceitos civilísticos para o processo penal. Mais precisamente na defesa de uma teoria dos próprios recursos para o processo penal, encontramos referencial em Leonardo Costa de Paula (2017).

Diferente das colocações da corrente anterior, há autores estrangeiros e nacionais que acolhem uma linha da teoria geral do processo, a exemplo de autores do processo civil (Didier, 2022), ou mesmo de uma leitura de obras clássicas do processo penal, como percebido do tratamento desse nos moldes do processual civil. Por todos, observemos como Tourinho Filho (2010) aborda o processo penal a partir de uma Teoria geral do processo civil, trazendo institutos do processo civil para o penal, por exemplo as condições da ação e nulidades.

Postas essas posições, será adotado um referencial distinto da Teoria geral do processo, assumindo, assim, a perspectiva de uma teoria mais centrada ao processo penal. Então, serão levadas em consideração as especificidades e o bem em jogo do

¹⁹ Um exemplo de ônus distintos entre o penal e civil é o ônus probatório, no processo penal, o acusado não tem ônus, diferente do processo civil, entendimento este não alinhado com a Teoria Geral do Processo.

processo penal, lembrando que a ideia do processo como um jogo remonta à visão de Calamandrei (1999). Apesar dessa opção, trataremos também dos aspectos conceituais de autores do processo civil, naturalmente, como exposto, respeitando os limites conceituais e os bens em disputa entre os ramos do processo penal e civil.

Para Aranha (2006, p. 3), o recurso, “Em sentido vulgar significa todo o meio empregado por alguém para vencer uma dificuldade, a ação invocadora de auxílio, o valimento, o socorro de alguém, a proteção, o refúgio, o abrigo etc.” A partir daqui será exposto o conceito de recurso no âmbito processual penal, mas em caráter prévio e visando evitar confusões conceituais, também é preciso conceituar aspectos mais gerais das impugnações, para depois trilhar o conceito de recurso.

Mientras la palabra italiana ricorso tiene sentido un tanto ambíguo, la española recurso es sinónimo casi siempre de medio impugnativo y, en todo caso, éste es su significado procesalmente dominante” (Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Estudios de teoría general e historia del proceso. T. II. México, Universidad Nacional Autónoma de México (1992. p. 461).

Observando a classificação de Lara López (2014), do mesmo modo, Del Pozzo (1957) faz a mesma relação entre gênero e espécie, mas nem todas as formas de impugnação judicial são recursos. Tal aspecto levou o autor à constatação inicial, que o recurso é uma espécie do gênero meios de impugnação.

Na esfera processual civil, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016) entendem que todos os meios de impugnação visam à revisão de uma decisão, mas nem todos os meios de impugnação são recursos, sendo o recurso diferente dos outros meios de impugnação, exercido voluntariamente e no mesmo processo, assim, as formas de impugnação que não se adequem ao conceito de recurso serão entendidos como sucedâneos recursais, inclusive as ações autônomas de impugnação. Para Wambier e Talamini (2016), os meios de impugnação são formas de controle da decisão feitos por manifestação das partes, e esses meios são divididos em medidas ou ações impugnativas autônomas, gerando outro processo e aqueles meios usados no próprio processo, são os recursos.

Ainda há, como atentou Lara López (2014), mesmo que discordando, o debate da doutrina minoritária que considera recursos somente os quais tenham efeito devolutivo. Ponto que o autor refuta, argumentando que o aspecto de ter efeito devolutivo ou não, está relacionado à eficácia prática.

Para Carlo Morselli (2003), a impugnação é uma expressão de um mecanismo contraditório do ordenamento jurídico que viabiliza o reexame de uma decisão judicial. Havendo assim, a substituição de uma decisão prejudicial por outra, proferida por juiz distinto.

Por sua vez, Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Dominguez (1999, p. 707) conceituam “*impugnación*” como ato da parte que se considera prejudicada por uma decisão judicial que, “[...] *ya sea por su ilegalidade, ya por su injusticia, en consecuencia, su nulida o rescisión [...]*”, esclarecendo que recursos são impugnações em sentido estrito, sendo compreendido como “*medios de gravamen*”²⁰, que almejam substituir a decisão judicial que prejudica o recorrente, mas que não necessariamente precisa ser ilegal ou ilícita.

De maneira similar, Gilberto Lozzi (2010) define “*impugnazioni*” como instrumentos processuais pelos quais a parte recorre em face de uma decisão judicial, visando ter um controle de mérito ou legitimidade. Para o autor, a impugnação normalmente visa a um provimento não irrevogável, ou seja, não transitado em julgado, distinguindo entre os meios de impugnação, a apelação para as decisões não transitadas em julgado e o recurso de cassação para as decisões com trânsito em julgado. Na mesma linha, Ubertis (2008b), acrescenta que as impugnações ordinárias, em regra, têm efeito suspensivo.

Inserido nesse mesmo contexto, Giovanni Leone (1963) distingue direito de impugnação de meios de impugnação, apontando que os dois são relacionados ao mesmo fenômeno jurídico. Sendo o direito de impugnação, o poder surgido em função da decisão do juiz se dirigindo contra ela, de outro modo, os meios de impugnação são o direito à impugnação em desenvolvimento no instante que atua aquele, tanto assim, que o autor esclarece que a palavra “meio” representa o veículo do procedimento. Sendo possível afirmar que, os meios de impugnação dão vida ao direito de impugnação/recorrer, esses são instrumentos do “sistema” duplo pronunciamento (Leone, 1963)

Atentando à classificação do autor, que nesse mesmo sentido, entendem Conso e Grevi (2006), a denominação que os meios extraordinários visam atacar decisões transitadas em julgado. E, como desdobramento do direito de impugnação há os meios ordinários, exercidos com a apelação e/ou recurso de cassação.

²⁰ Podendo ser traduzido como meios de avaliação.

O processo canônico também, aborda o tema de recursos. E nesse, os meios de impugnação são nominados como recursos, ainda que nem todos tenham as mesmas características processuais (Hernández, 1956).

A classificação da doutrina estrangeira como exposto, leva em consideração critérios classificatórios que são adotados pelos autores nacionais. No entanto, isso não significa que o Brasil adote a mesma denominação. No plano interno, os autores entendem como recursos ordinários, os que possibilitam reexame de matéria de fato e direito, reservando os extraordinários para os recursos que apenas admitem reexame de matéria de direito. Há quem faça ainda uma outra classificação tendo por fundamento a normatividade, daí os recursos podem ser constitucionais, legais ou regimentais, a depender do fundamento ser a Constituição, o CPP ou o regimentos internos dos tribunais (Aranha, 2006).

Na perspectiva dos autores nacionais (Grinover, Gomes Filho e Fernandes, 2001), esclarecem que tanto os recursos como as ações de impugnações servem para atacar uma decisão judicial, mas apontam ser corriqueiro fazer a distinção que a primeira serve em face de decisões não transitadas em julgado e, a segunda, para decisões com trânsito em julgado. Inclusive, os autores destacam que essa classificação é utilizada por alguns sistemas jurídicos para distinguir os recursos extraordinários dos ordinários, exatamente como apresentamos através dos autores estrangeiros. No entanto, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001) arrematam a distinção entre os recursos e as ações de impugnações não com base na coisa julgada, afinal, o *habeas corpus* e o mandado de segurança podem ser usados antes do trânsito em julgado, por isso, os autores colocam como fator distintivo o fato do recurso não instaurar uma nova relação processual, tendo prosseguimento desse, enquanto as ações de impugnação geram uma nova relação processual, posicionamento que é seguido por autores contemporâneos (Badaró, 2020).

No tocante ao critério de haver ou não o trânsito em julgado da decisão atacada, no Brasil esse fator é usado em grande escala. Isso para distinguir os recursos das ações de impugnações, diferente da doutrina estrangeira.

Feitas tais distinções, especialmente entre recurso e ações de impugnação, chega-se ao conceito de recurso, principiando com autores de processo civil.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 512), o recurso é “[...] o meio de impugnação de decisões judiciais, voluntário, interno ou a seu aprimoramento”. Por

seu turno, Medina (2016, p. 1258) aponta que recurso são “[...] meios de impugnação às decisões judiciais provocadas no mesmo processo”.

Em sentido semelhante, para Wambier e Talamini (2016, p. 468), os recursos são “[...] meios impugnativos das decisões que se realizam dentro do próprio processo em que foi a decisão foi proferida”. Assim, dos autores de processo civil, parece haver consenso quanto aos recursos serem instrumentos usados no mesmo processo ao qual a decisão foi proferida, ainda sem trânsito em julgado.

Os conceitos apresentados pelos autores de processo civil, ocupam-se estritamente de aspetos técnicos. O que parece justificável, se no processo civil o bem em litígio é disponível.

Alcançando autores de processo penal, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2011, p. 31) vislumbram o recurso como “[...] meio voluntário de impugnação de decisões, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão”, conceito acompanhado por autores contemporâneos (Badaró, 2020).

Na Espanha, o posicionamento é paralelo ao do Brasil. Por exemplo, os autores entendem que o recurso “[...] *es un acto de parte el que se solicita la modificación de una resolución, que produce un gravamen al recurrente, en el mismo proceso en que aquella fue dictada*” (Oliva Santos *et al*, 2000, p. 613).

Tais conceitos, ao que parecem, permeiam grande parte dos autores, desde os clássicos aos contemporâneos. Neste ponto, centrando a abordagem nos processualistas penais, os quais abordam o conceito em aspectos estritamente técnicos.

De outro modo, Tiago Mendes (2018, p. 22) apresenta visão distinta a esse tipo de conceituação dos recursos. Para ele, os conceitos anteriormente citados, possibilitam o tratamento indistinto entre os recursos civis e penais, “[...] afasta o caráter de garantia do direito ao recurso”.

Partindo de uma visão do processo como sistema de garantia de Ferrajoli (2000) e, já posta no subcapítulo 2.1, o processo, como sustentado na tese, deve ser uma garantia do acusado, *nulla poena sine iudicio* e o recurso uma consequência desse sistema de garantia. Portanto, fazer uma análise essencialmente técnica do recurso é insuficiente, sendo preciso complementar e uni-la, em face da função do processo numa perspectiva desse sistema de garantia.

Antecipadamente, vale expor o alerta de Maier (2004), quanto à dificuldade de aceitar mudanças de concepção conceitual.

Para o autor:

Las dos convenciones interpretadas conjuntamente, están llamadas a modificar, a nuestro juicio - al menos en el área de los recursos contra la sentencia al cual nos referimos en adelante-, la base político-criminal del concepto de recurso en el Derecho Procesal Penal actual (p. 724).

É com eixo nesse referencial que buscaremos outra visão do conceito de recurso, não desconsiderando as anteriores, mas complementando a partir da função do processo.

Para Maier (2004), tendo por diretrizes os Pactos Internacionais (Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos), os recursos têm uma função da garantia e não mais como um meio de controle, como exposto no subcapítulo 2.1. O autor vislumbra o recurso como direito exclusivo do acusado, do direito ao recurso como condição da pena, nesse sentido esclarece que o poder punitivo estatal é cercado de limites e garantias individuais para evitar abusos e arbitrariedades.

Em termos conclusivos, Maier (2004, p. 715) aponta que o direito a recurso “[...] sólo le corresponde al condenado, en explícita alusión al carácter de garantía que representa el recurso contra la condena en el Derecho moderno, tributario del Estado de Derecho”.

Partindo, portanto, da compreensão do autor anteriormente mencionado, o conceito comum de recurso inicialmente exposto, parte de aspectos essencialmente técnicos, demonstrando a necessidade de complementação dos conceitos comumente aceitos no Brasil. Dessa forma, o autor demonstra a relação do direito ao recurso como um mecanismo (garantia), no conceito do sistema de garantias.

A vertente do recurso como garantia é também vista por Binder (2003, p. 222), que engloba nesse contexto também as impugnações. Desse modo, sustenta o autor, que “[...] a ‘impugnação’ da sentença e de outros veredictos importantes, vincula-se às garantias judiciais mínimas”.

No Brasil, encontramos visão conceitual semelhante à apontada anterior, ainda que não seja a mais comum. Nessa linha, aponta Tiago Mendes (2018, p. 22) que o recurso como uma “[...] garantia para proteção de direitos [...]”.

Numa visão do recurso como garantia, Casara (2018, p. 130) assinala que, “[...] diante de suas peculiaridades, que acabam por defini-lo como um instrumento estatal de contenção do poder penal em garantia do indivíduo”. Entendimento que embasa a hipótese conceitual do recurso como garantia.

Postos esses aspectos, o recurso pode ser conceituado como uma garantia protetiva da liberdade do acusado, sendo esse instrumento o meio de impugnar uma decisão, fundado no contraditório e na presunção de inocência. Esse sistema de impugnações, conceito aqui proposto, parece encontrar paralelo com a ideia de Ferrajoli (2002, p. 38) em relação ao sistema de impugnações, “[...] *una garantía de legalidade y de responsabilidad contra la arbitrariedad*”.

Proposto, então, mesmo após a enunciação conceitual anterior, que o recurso não deve ser visto apenas em termos técnicos há de ser aglutinado num contexto geral no qual está inserido. No caso, o processo penal e esse como elemento maior é o referencial dos seus componentes, devendo se adequar às garantias judiciais do artigo 8, da CADH.

Como desdobramento da análise conceitual do recurso e, diante do umbilical nexo entre o conceito e a natureza jurídica do recurso, será feita uma breve contextualização desse. Compreendendo, portanto, mais claramente, os limites do recurso.

De maneira objetiva, no processo penal, os autores de um modo em geral entendem a natureza jurídica do recurso como desdobramento do direito de ação, havendo autores (Grinover, Gomes Filho e Fernandes, 2001) que coloquem o recurso como modalidade do direito de ação e de defesa.

No âmbito do processo civil, os autores também adotam o entendimento do recurso como prolongamento do direito de ação. Nessa linha, sustentam Wambier e Talamini (2016), o recurso como extensão do direito de ação e, de modo semelhante, entende Medina (2016), ao expor o recurso como integrante do direito de ação. Aliás, o correto é afirmar que são os autores do processo penal que também adotam uma visão do processo civil, pois, com a Teoria Geral do Processo (civil), acaba-se, em suma, levando ao tratamento indistinto entre os dois ramos do processo.

A demonstração do trato indistinto da teoria pode ser encontrada na posição de Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001, p. 32) ao afirmarem que, “[...] tanto no processo civil, como no processo penal, a doutrina prefere hoje conceituar o poder de

recorrer como aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa”.

Ainda sobre a natureza jurídica, para o direito processual canônico, Hernández (1956) aponta que os recursos têm princípios de ordem objetiva e subjetiva. O primeiro como resultante do direito de defesa e o segundo, o dever do Estado de alcançar a justiça, de sorte que a verdade ficará mais garantida se a sentença for submetida à revisão.

Apesar do entendimento do recurso como desdobramento do direito de ação ser o mais aceito, possivelmente, esse não seja o mais apropriado, havendo linha diversa.

Em outro viés, Tiago Mendes (2018) ponderando sobre alguns aspectos da tese majoritária, esclarece que o fato de que o réu, ao recorrer, não estaria prolongando a ação, mas sim, evitando o trânsito em julgado da sentença, permanecendo a mesma relação processual, que seu fim ocorre com o trânsito em julgado. Ademais, o autor tendo por referencial a teoria da situação jurídica de James Goldschmidt (1961), aponta que a impugnação recursal representa uma nova situação jurídica. Já para Lopes Júnior (2020), não ocorre nova situação jurídica, mas sim, o desdobramento da pretensão acusatória, sem, contudo, haver o desdobramento do direito de ação.

Não parece ser o recurso desdobramento da ação, pois a ação em si é exaurida com seu ajuizamento. O que ocorre é o seu andamento e desdobramento do processo mesmo, seja na fase cognitiva, seja na eventual fase recursal.

Sintetizando com Tiago Mendes (2018, p. 229), “[...] abandonar a ideia de que o recurso é o prolongamento ou desdobramento de algo, seja da ação, seja do processo ou do direito de defesa”. A razão dessa hipótese, segundo o autor é “[...] dar ao recurso o viés de direito a ser exercido em desfavor do poder punitivo, uma garantia da pessoa acusada, o que se mostra completamente incompatível com a ideia de prolongamento da ação”, por isso, o autor refuta a legitimidade da acusação para recorrer. No mesmo sentido, entende parcela dos autores do processo penal, como Prado (2001); Giacomolli (2014); Casara (2018) e Maier (2008).

A reflexão sobre a natureza jurídica avaliza o aspecto conceitual do recurso como uma garantia do acusado contra o poder punitivo estatal. Não sendo mero instrumento processual e técnico da parte, como é visto no processo civil.

Apresentado o conceito de recurso, é importante para melhor compreensão do tema, distinguir recurso do duplo pronunciamento, confusão comum na abordagem do tema. Apontando no sentido dessa distinção, Marina Santos (2012, p. 84) sustenta que o duplo pronunciamento, chamado pela autora de duplo grau, é o direito de único reexame, enquanto o direito de recorrer, tratado por ela como expressão mais genérica, uma vez que “[...] indica o direito de também, com base em insatisfação quanto ao conteúdo decisório, ter-se reexaminada qualquer pretensão já apreciada e decidida pelo juiz da causa”. Desfechando, a autora indica que o duplo pronunciamento abarca as justificativas para possibilitar a parte dupla apreciação.

A distinção acima, pode ser encontrada em Djanira Sá (1999, p. 90) quando esclarece que, “Em sede de apelação, que é o meio pelo qual se efetiva o duplo grau de jurisdição”. Em termos mais gerais, o recurso é o instrumento de realização do direito ao recurso, o que poderia até fazer uma analogia destes com o direito penal e processual, no qual o processo é instrumento de realização do direito penal.

Na visão de Rafael Nogueira (2020, p. 207-208), o direito ao recurso é o direito à impugnação, enquanto o duplo grau é o direito ao recurso, “[...] impondo-se nele um elemento a mais em relação ao direito ao recurso, a saber, o reexame por órgão jurisdicional superior”. Além disso, o autor esclarece que pode haver o direito ao recurso sem duplo grau, mas não duplo grau sem direito ao recurso. É possível exemplificar o direito ao recurso, sem o duplo pronunciamento, através do recurso em sentido estrito, artigo 581, do CPP e, agravo em execução penal, artigo 197, da Lei de execução penal, quando o juiz se retrata da própria decisão impugnada.

Para Tavares (2021), o direito ao recurso não implica necessariamente no duplo grau e, em outros casos, pode haver o duplo grau, sem o recurso. Nessa linha, Gozáni (2015) esclarece que, em muitos casos, a dupla instância é confundida com o direito ao recurso, de maneira que pode ocorrer a dupla instância, sem o direito ao recurso, da mesma forma que é possível haver recurso em uma única instância.

Exemplificando com casos que se aproximam mais do processo civil, mas que servem ao entendimento do ponto, e Tavares (2021) aduz que sendo o recurso ato voluntário da parte, poderia não existir, mas, mesmo assim, não deixaria de haver o duplo grau, apontando o caso do artigo 475, do Código de Processo Civil (CPC) que, trazendo para o processo penal, seria análogo ao recurso de ofício do artigo 574, I, do Código de Processo Penal (CPP). Nessa ocasião, registrando nossa discordância

com os recursos de ofício, ao menos no processo penal, em face da inércia da jurisdição e imparcialidade.

Complementando a relação e distinção entre direito ao recurso e duplo pronunciamento, traz o autor citado, o caso dos embargos de declaração, no qual esse recurso se dirige contra o mesmo órgão que proferiu a decisão, fato que afastaria o duplo pronunciamento, exemplo que serve para o processo penal e civil.

Na esfera das autoras estrangeiras, Teresa Armenta Deu (2008) discorre que o duplo grau ou dupla instância é um sistema processual que incorpora dois exames e decisões sucessivas feitos por órgãos distintos. Concluindo, a autora afirma que, a apelação e a dupla instância, mesmo estritamente relacionadas, não são o mesmo instrumento.

Resta, nos termos até aqui propostos, a tênue distinção entre recurso e duplo pronunciamento. Compreendido o primeiro como o meio, instrumento de realização do segundo, o que fica(ria) acéfalo, sem aquele. Havendo entre ambos um nexo de direito e garantia, tanto que Nogueira (2020) coloca que não há duplo grau sem o direito ao recurso, ideia que será tratado mais à frente.

Retomando a natura jurídica do recurso, é importante compreendê-la para ficar claro o fim e alcance do recurso. Para Favarotto (2012, p. 156), tomando como referencial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aponta que o direito ao recurso “[...] es un derecho fundamental de natureza convencional y constitucional”. Resumindo, o autor coloca como uma exteriorização do direito de defesa, tendo sido seu reconhecimento fruto das pressões normativas ligadas às convenções internacionais.

No Brasil, é corriqueira a assertiva do recurso como o desdobramento ou prolongamento do direito da ação. Fato, inclusive, que leva a distinção das ações de impugnação. No entanto, são pertinentes as reflexões de Mendes (2018), ante às confusões entre ação e processo, uma vez que ajuizada a ação, estaria exaurido o direito de ação, estando em curso o processo em si e a outra crítica ao tratamento dado aos recursos do processo penal à luz da Teoria Geral do Processo, propondo o autor uma Teoria Geral dos Recursos do Processo Penal, que encontra paralelo com a visão de autores do processo penal que defendem uma teoria própria para o processo penal.

Para comprovar a similitude, para não dizer mais taxativamente a identidade de tratamento das concepções sobre a natureza jurídica entre o processo civil e o

penal, basta observar como os autores do processo civil vislumbram a natureza jurídica do recurso, ou seja, como desdobramento do direito de ação (Wambier e Talamini, 2016).

Feitas as ponderações anteriores, pensamos que a visão da natureza do recurso como extensão do direito de ação afasta a essência do processo penal, como um processo em que está em jogo são bens distintos (indisponíveis) do processo civil (disponíveis). Essa linha de pensamento já é um ponto de partida para questionar a natureza jurídica, como até então é posta, quase consensualmente, ao menos no Brasil. Entre autores estrangeiros, encontramos Leone (1963) que entende ser o direito de impugnação como reflexo do direito de ação e sintetiza o direito de impugnação a categoria de direito de ação.

Vista a questão a partir do referencial normativo da presente Tese (CADH), a linha de Favarotto (2012) parece ser a mais coerente. Pois, está-se tratando do direito ao recurso, sendo sua base a Convenção Americana, essa trata de direitos fundamentais, e é aceitável concordar com o autor quando sustenta que o direito ao recurso é um direito fundamental convencional. Apenas se discorda dele, pelo menos em termos de Brasil, quanto a ser constitucional, pois conforme exposto no subcapítulo 2.1, já que a vigente Constituição não tratou do duplo pronunciamento e, mesmo que o trabalho esteja, nesse momento, abordando a natureza do direito ao recurso e não do duplo pronunciamento, há nítida relação entre ambos, o que então afasta a base constitucional do direito ao recurso, restando a perspectiva recursal na base convencional.

Delimitado o conceito e natureza jurídica do recurso, será apresentada a sua extensão e/ou conteúdo, termos a serem tratados indistintamente. A importância de compreender a extensão do recurso vai além da busca do rigor técnico, como também, saber se o recurso no Brasil atende aos requisitos da efetividade postos pela Corte IDH. Esclarecendo que primeiramente será tratada a extensão dos recursos, posteriormente, os requisitos de efetividade da Corte IDH, finalmente, a interface desses.

Pontuando que, inicialmente, empregaremos o termo “extensão” para entender o alcance do recurso. Ademais, trataremos, especificamente, da extensão do recurso e não do duplo pronunciamento, pois o recurso, como já apresentado, é instrumento de concretização do segundo, por isso, far-se-á a abordagem nessa perspectiva, sem, contudo, desconsiderar que há autores que fazem de modo distinto.

Com o nível da extensão do recurso poderá ser entendido qual o nível do reexame e, assim, possibilitar responder se há efetividade do recurso. Sinalizando o referencial normativo, como já exposto no subcapítulo 2.2.1, é a CADH, especialmente, o artigo 8.2.h, o que também pode ser feito através do PIDCP, no seu artigo 14, uma vez que não há conflito (Badaró, 2020).

Os recortes e referenciais na CADH e mesmo no PIDCP, e não na CEDH, têm relevância prática e teórica. O problema da CEDH, notadamente no artigo 2º, Protocolo 7, são as possibilidades de restrição ao direito ao recurso. Criticando essas limitações, Daniel Pastor (2001, p. 92) entende ser “[...] diretamente imoral”, especialmente, por deixar a cargo dos Estados a discricionariedade sobre os recursos, de modo que assim não estaria violado a CEDH a limitação dos recursos em aspectos de questões jurídicas e possibilidade de rejeição sumária.

A razão dessas possibilidades de restrição europeia está na teoria da margem de apreciação. Através dessa teoria, os tribunais, no caso, o TEDH delega aos Estados subscritores da CEDH, a aplicação de uma garantia, como o direito ao recurso. Diferentemente, é quando os tribunais não concedem aos Estados subscritores dos seus tratados uma discricionariedade na aplicação de uma garantia, a exemplo da CIDH, tanto assim que Echeverria e Varella (2018, p. 1 e 15) apontam que, “O preenchimento das lacunas interpretativas do artigo 8. 2. h da CADH da Convenção Americana foi sendo devidamente construído pela jurisprudência da CIDH”.

Nesse sentido, as autoras mencionam os debates da Corte IDH sobre acesso aos tribunais superiores, reexame total de sentença da 1ª instância, com matéria de fato e direito, foro privilegiado e recurso. E, parece assistir razão às autoras, pois a leitura da CADH não é tão clara, tais diretrizes, no entanto, a Corte IDH, por meio da sua jurisprudência deu essa interpretação à medida que os casos foram surgindo, como serão postos no subcapítulo 3.2.

De forma distinta, está o TEDH sobre a margem de apreciação. Esclarecem Albuquerque e Sckell (2021, p. 343-380), que a Corte Europeia de Direitos Humanos entende que os direitos humanos estão baseados nos sistemas constitucionais dos Estados subscritores, elucidam que, a CEDH e os direitos humanos são vistos a partir de uma tradição europeia, sendo “[...] de divergente fundamentação dos Direitos Humanos que decorre o divergente modo de interpretação do Direito utilizado pelas

Cortes”. Entretanto, é destacado pelos autores que, nos “casos difíceis” a Corte Europeia muda a técnica de interpretação e usa o princípio da proporcionalidade.

Em suma, o TEDH decide com base a “margem de apreciação”, que possibilita adequar a posição do TEDH à tradição dos países subscritores da CEDH, tanto assim que Barreto (2005, p. 377) esclarece que exercício e o fundamento do artigo 2º, do Protocolo 7, da CEDH, pode ser normatizado pela legislação nacional. Desfechando, o juiz do TEDH aduz que “[...] a jurisprudência de Estrasburgo vai nesse sentido: o Estado goza de um largo poder de apreciação para consagrar as modalidades de exercício daquele direito o que implica a possibilidade de o limitar, por exemplo, às questões de direito”.

De maneira diferente, a Corte IDH tem uma visão universalista dos direitos humanos, buscando como princípio de interpretação, em casos mais complexos, a “cláusula mais favorável” na aplicação (Albuquerque e Sckell, 2020, p. 343-380).

Feitas as considerações sobre a teoria da margem de apreciação, num primeiro momento, não haveria maiores problemas, pois o Brasil não subscreveu a CEDH. Todavia, a Corte Interamericana, Europeia e a Africana mantêm relação, o que poderá levar a influência da Corte europeia sobre as demais, conforme expressa menção de suas próprias decisões. Essa influência ocorre especialmente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em face da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como demonstraram Albuquerque e Sckell (2020), quando fica claro que a Corte IDH utiliza como fundamento as decisões do TEDH em mais da metade de suas decisões, enquanto esse usa em menos de 1% das suas decisões, esse aspecto mostra que a relação é basicamente via de mão única.

Interessante, nesse particular, é fazer uma relação da CADH e a Carta Africana. Adlezio Agostinho (2020, p. 181) pontua que esses tratados internacionais partem de uma base comum lastreada “[...] nos atributos da pessoa humana”. Já, em relação aos respectivos tribunais regionais de direitos humanos e suas sentenças, o autor ressalta que, apesar de não ser comum, o TADHP e a CIDH, fazerem referência entre si nas suas decisões, com a “globalização jurisprudencial” passa a ter uma ligação, mesmo que de forma não expressa, porém ideológica e doutrinária. Destaca, ainda, o autor que os dois sistemas, interamericano e africano, trabalham com a mesma base, a dignidade da pessoa humana, a qual “[...] ocupa o epicentro de todos os mecanismos de proteção dos direitos humanos”.

Desse quadro, parece ter razão Ramos (2019, p. 189), ao expor que essa teoria poderia gerar uma “pseudointernacionalização” dos direitos humanos, já que a interpretação seria “nacional. E, destaca o autor que, isso é uma ameaça à interpretação aos direitos humanos, mesmo havendo diversos tratados internacionais sobre o tema e com décadas da Carta da ONU.

Ainda sobre a relação entre a Corte IDH e a Corte Africana, Agostinho (2020, p. 202) esclarece que há características comuns entre esses, mas que não se visa a uma uniformidade total, que a universalidade não é uniformidade, mas sim, “[...] enriquecida pelas particularidades regionais”. Desfechando que o sistema interamericano é o mais próximo do sistema africano, em face de questões sociais, históricas e antropológicas, assim, por força da antiguidade do sistema interamericano, esse é o que mais pode auxiliar ao sistema africano.

Por sua vez, Vasconcelos (2020) esclarece que o TEDH relativiza o direito ao recurso, gerando uma doutrina alinhada no sentido da inexistência de um direito absoluto ao recurso. Inclusive, no Brasil há entendimento restritivo quanto ao direito ao recurso, como, por exemplo, nos casos dos processos de competência originária (Mendes, Coelho, Branco, 2010 e Lopes Júnior, 2020), há a possibilidade de condenação após absolvição e aumento de pena na segunda instância, esses últimos casos malmente enfrentados pela doutrina.

A posição do TEDH e de muitos autores nacionais, como Giacomolli (2014), quanto à restrição ao duplo pronunciamento, não poder prevalecer, seja pelo Brasil ter subscrito a CADH e essa não ter feito ressalvas, seja por força do entendimento da Corte no *Caso Mohamed*.

El Estado ha sostenido que sería permitido establecer excepciones al derecho a recurrir condenas penales (supra párr. 68), con base en que el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales permite determinadas excepciones⁸⁷. Al respecto, la Corte no coincide con el alcance que Argentina otorga a esa norma del Sistema Europeo para interpretar la correspondiente norma de la Convención Americana, ya que precisamente esta última no previó excepciones como sí lo hizo expresamente la disposición del Sistema Europeo (Costa Rica, 2012, Série C, Nº 255, § 94).

Na visão de autores mais recentes, o trabalho segue a linha da Corte IDH, para não haver ressalvas ao duplo pronunciamento (Vasconcelos, 2020). Nesses termos,

pautado na impossibilidade de restrição ao duplo pronunciamento, que vai ser examinada a extensão ao direito ao recurso.

Pressuposta a extensão como o nível de reexame do recurso, fica o questionamento: qual o seu alcance? E, será buscada uma hipótese com base em autores nacionais e estrangeiros, ao final, com decisões da Corte IDH inerentes ao tema.

Autores clássicos, como Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001), indicam a existência de uma grande tendência ao reexame ser limitado às questões de direito, salvo situações excepcionais, prestigiando o princípio da imediação do juiz da instrução com as provas.

Autores como Lopes Júnior (2020, s/p) sustenta que a imediação e a oralidade são necessárias ao juízo penal, “[...] é a plena análise das questões fáticas em segundo grau gera uma indesejável condicionante, que é o fato de a prova ser praticada no julgamento de primeiro grau”.

Tal hipótese será centrada na discussão da (im)possibilidade de reexame das questões probatórias na segunda instância. Discussão em face da amplitude do recurso.

Essa distinção de fato *versus* direito é nebulosa. Nieva Fenoll (2000, p. 128), ao fazer uma análise desse tema, aponta dentre algumas das razões dessa distinção, o controle do volume de processo no Tribunal Supremo Espanhol, hipótese aplicável ao Brasil, já que essa distinção é muito utilizada como um filtro recursal, complementado, o autor pondera que, “*Reconózcase de una vez por todas que la distinción hecho y derecho es dogmática, que no es aplicable a la práctica*”.

Para Vasconcelos (2020), tal dicotomia é complexa e até inviável, tendo sido construída na origem dos recursos para que o monarca pudesse exercer o controle sobre as questões jurídicas, pois as questões de fato não interessavam. Logo, é pertinente acentuar que há críticas à dualidade entre questões fáticas e jurídicas. No entanto, é partindo dessas premissas que o STJ e o STF estabelecem um dos seus principais filtros recursais relativos aos seus recursos, notadamente através da Súmula 7, do STJ, “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” e a Súmula 279, do STF “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (Brasil, 1963; 1990).

Na mesma linha de raciocínio, a doutrina brasileira toma como parâmetro essa dicotomia para classificar os recursos em ordinários e extraordinários.

Aderindo ao entendimento mais ampliativo no recurso, Vasconcelos (2020) aponta a necessidade de ampla revisão, tanto fática, como jurídica, englobando o mérito. De forma que, a valoração probatória não atinja a presunção de inocência.

Para Nogueira (2020), a concretização do duplo grau, denominada de duplo pronunciamento, acontece com a reapreciação fática e jurídica da causa por colegiado. Dessa ponderação é possível entender a efetividade do direito ao recurso ao amplo reexame.

Na perspectiva de Giacomolli (2014), o duplo pronunciamento está ligado à revisão fática e jurídica, ou então, haverá limitação ao duplo pronunciamento. Contudo, de modo distinto da posição de Nogueira, Giacomolli (2014, p. 292-293) defende que há um direito ao duplo pronunciamento, assim, o juiz de primeiro grau pode reformar a sua própria decisão através de recurso em sentido estrito e agravo em execução penal. Então, esse duplo pronunciamento não se vincula a um órgão unipessoal ou colegiado superior hierarquicamente, mas “[...] à reapreciação por um magistrado ou colegiado com poder funcional superior, com entidade suficiente para revisão a decisão impugnada, distinto, do primeiro decisor”.

Aderindo ao amplo reexame das questões, Jaques Penteado (2006) propõe que o reexame possibilite a revisão das provas. Com isso, deixaria de ter as críticas relativas à imediação e oralidade.

No âmbito dos autores de processo civil, Araken de Assis (2021, s/p) entende pela ampla revisão, explicando o autor que, “O trabalho no tribunal sempre ocupará a mesma área da construção primitiva e, como é natural à fiscalização da obra alheia, aquilata os mesmos materiais utilizados no primeiro grau”.

Dentre os autores estrangeiros e fazendo uma transição entre a América Latina e a Europa, é forte a ideia da necessidade de ampla revisão.

Para Nieva Fenoll (2012), ao tratar do direito ao recurso no PIDCP e, mesmo no Protocolo 7, da CEDH, sustenta que essas são normas mínimas e, em estando em jogo a presunção de inocência e a liberdade, não podem ser tratados restritivamente. Propondo o autor que, com o fim de reduzir a falibilidade humana, a revisão seja global, notadamente probatória, bem como das normas legais.

Ainda fazendo uma interpretação do PIDCP, Aranguena Fanego (1999, p. 3) propõe para atender ao mencionado tratado, que a sentença condenatória possa ser impugnada em relação ao direito e à valoração dos fatos. A autora, parafraseando Bettiol (1966), aduz que o duplo grau deve ser um regime político aberto, de modo

que, o condenado tem direito que sua causa seja “[...] *reconsiderada en toda su extensión*”, alertando que o caráter extraordinário do recurso de “*casación*” e por sua finalidade principal de uniformizar a lei, esse não é o recurso adequado para atender ao duplo grau.

Na França, apesar da adesão à CEDH e ao PIDCP, há reserva de interpretação em matéria recursal penal. Desse modo, a revisão por um tribunal superior pode ser a revisão da aplicação da lei, por exemplo, através do recurso de cassação (France, 1997).

Na América Latina, Maier (2008) aponta que o direito ao recurso do condenado, previsto nas convenções internacionais, assegura um novo juízo relativo ao erro de percepções dos limites probatórios e nas relações jurídicas. Sendo indicado a apelação como solução do problema do duplo pronunciamento.

Sugerindo a necessidade de revisão fática na segunda instância, encontramos Loyola (2013), que se baseia em entendimento da Corte IDH e da Comissão IDH. Tal posicionamento demonstra que, a Corte é critério interpretativo dos autores.

Interessante pontuar que os autores estrangeiros fazem uma leitura da extensão do recurso a partir do PIDCP. Referida interpretação é plenamente cabível no processo penal brasileiro, pois o Brasil aderiu a esse tratado. Logo, se o que, por enquanto, não é o caso de sustentar categoricamente, será tomada a posição da referência estrangeira, a extensão do recurso é ampla, no entanto, para confirmar essa hipótese é preciso analisar o referencial nacional, dentro do recorte da efetividade do duplo pronunciamento no Brasil.

Ao olhar de Giacomolli (2014, p. 292-293), o direito ao duplo pronunciamento é o alvo do recurso, pois há possibilidade de revisão fática e jurídica (*erro in procedendo* e *erro in iudicando*). Outro aspecto levantado é a possibilidade de o recurso ser submetido a filtro prévio de admissibilidade, para só após, superada essa etapa, ser analisado o mérito recursal. No entanto, há uma questão levantada pelo autor, baseado no *Caso Gomes Lung versus Brasil*, “[...] não basta a previsão para que seja garantido o direito ao duplo grau de jurisdicional, mas o meio impugnativo há de ser eficaz”.

Ao fazer uma análise do acesso aos tribunais na África, Albuquerque (2020), com base em posicionamento da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, sustenta que o tribunal de apelação deve fazer revisão dos fatos e direito.

Mesmo quando inexistir previsão nominal de recurso, haverá direito ao duplo pronunciamento, não se aplicando a taxatividade recursal. Sendo aplicado, analogicamente, os meios de impugnação. Vasconcelos (2020, p. 136) coloca como “ponto nuclear” do direito ao recurso, a amplitude do reexame da decisão condenatória. Defendendo que, a aptidão do recurso é ligada à revisão fática e jurídica, relacionando “[...] o direito ao recurso como questionamento da sentença e a proteção da presunção de inocência”.

Seguindo essa linha, Badaró (2020) adota a linha construtiva dos recursos assegurados pela CADH à ampla revisão, fática e jurídica. Ponto interessante da reflexão é a ligação da necessidade da revisão como garantia da CADH.

A posição apontada é acompanhada por autores clássicos (Penteado, 2006), mas ressaltam a dificuldade na distinção entre matéria fática e jurídica. Tendo autores contemporâneos (Nogueira, 2020), também, defendido a ampla revisão da matéria decidida no processo, porém esclarecem que os recursos extraordinários não atendem à ampla revisão, pois, nesses é inviável o reexame probatório.

Da leitura dos autores estrangeiros e nacionais e, da interpretação desses, tanto do PIDCP, como a CADH, o reexame deve ser amplo. Só que ainda fica o questionamento acerca do que seja a amplitude, como deve ser interpretado esse “amplo”?

Refletindo sobre essa questão, Giacomolli (2014) esclarece que, o direito ao recurso não é uma garantia de reexame do que foi decidido inicialmente. Na visão dele, a revisão é ampla, fática e jurídica, mas não ilimitada.

Também aceitando a revisão fática e jurídica, Nogueira (2020, p. 278) entende essa revisão mais ampla do que o autor anterior, aduzindo que, “[...] a possibilidade de reexame de toda a matéria decidida e da matéria que deveria ser decidida”. Logo, o autor confere à revisão, inclusive, ao que não foi decidido, o problema dessa hipótese é a possibilidade de supressão de instância.

De modo um pouco mais restritivo do que Nogueira (2020), Vasconcelos (2020, p. 133), defende o reexame fático e jurídico, esclarecendo que o “[...] exame integral da decisão [...]” não impõe uma revisão automática da sentença, porém determina que, “[...] as hipóteses de procedência do recurso devem possibilitar um controle amplo dos aspectos impugnados da sentença condenatória”. Desfechando a questão, Gozáni (2010) esclarece que a revisão não pode abrir uma nova instância de

exploração e prova, mas determinar o direito que possibilite ao tribunal revisar a causa de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que ensejaram a condenação.

Diante das posições postas, a posição mais restritiva parece ser a mais adequada, sem que isso impeça a revisão fática e jurídica. Pensar de modo contrário pode ensejar a supressão de instância e, assim, o conhecimento da matéria por uma única instância.

2.3.1 Recurso: direito ou garantia?

A temática do trabalho envolve o direito ao recurso inserido no artigo 8.2.h, da CADH. Baseado nesse referencial normativo, não parece ter dúvidas de que estamos tratando dos direitos humanos.

Como estamos abordando, em termos gerais, os direitos humanos, imediatamente, surge o pensamento de Bobbio (2004), sobre o problema grave dos direitos humanos atualmente não ser a sua fundamentação, o que de certa forma já foi e é feito ao longo do tempo, mas sim, a tutela dos direitos humanos. Problemática, segundo o autor, de ordem jurídica e num aspecto mais amplo, político, daí a importância do debate.

A proteção do recurso, então, faz-se como um direito ou uma garantia? É um ponto a ser esclarecido, mas não antes sem especificar o que seja direito e garantia, e, assim, responder se o recurso é um direito ou uma garantia, pois ao falar em direito ao recurso, o pensamento é ser um direito. Nesse particular, Silva (2000) aponta que o direito ao recurso é um direito fundamental.

Tomando Ruy Barbosa como norte, Silva (1998, p. 38) salienta que os direitos são disposições “meramente declaratórias”, enquanto as garantias são assecuratórias, estão na defesa dos direitos, limitando o poder. Nesse sentido, Badeni (1994) destaca que na prática, os termos “direitos” e “garantias” são utilizados como sinônimos, mas na linguagem jurídica são completamente diferentes. De maneira que os direitos são regulações jurídicas sobre a liberdade, enquanto as garantias são “instrumentos” para efetivação dos direitos.

Do raciocínio desses autores, parece haver uma relação de instrumentalidade das assecuratórias, em face das disposições declaratórias. Há uma relação de acessoriedade.

Numa abordagem crítica é possível constatar que a Constituição Federal de 1988 não faz distinção entre direitos e garantias. Exemplo disso é o Capítulo I, Título II, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, porém como destaca Silva (1998, p. 189), “[...] boa parte dele constitui-se de garantias, fato que demonstra certa nebulosidade no tratamento. Ela se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias”. Por essas razões, o autor pondera que a doutrina também não auxilia muito no entendimento do que seja direito e garantia.

Seguindo no debate, Streck e Oliveira (2012) denominam de garantias instrumentais os remédios que servem para corrigir uma violação ao direito material constitucional ou processual. Em outros termos, as garantias são instrumentos, os meios de salvaguardar um direito, a exemplo da liberdade e do devido processo penal, que são, exemplificativamente, os mais afetados no processo penal. No mesmo sentido, Tavares (2021) coloca o *habeas corpus* dentre as garantias constitucionais dos direitos fundamentais.

Esses autores colocam o *habeas corpus*, como uma das principais garantias instrumentais brasileira. Desse modo, o *habeas corpus*, no sentido genérico, é uma forma de impugnação tal como o recurso e já exposto no subcapítulo 2.3. Essa é uma concepção da Corte IDH, pois quando trata do direito ao recurso e do *habeas corpus*, faz-o muitas vezes indistintamente. Não havendo, portanto, razão para não considerar o recurso como uma garantia ao lado do *habeas corpus*, como então, o trabalho será alinhado na perspectiva do recurso como uma garantia, ainda que seja usual a terminologia “direito ao recurso” que, quando usada nesse trabalho, será feita em virtude do costume, apesar da discordância nossa (Urani, 2023).

Essa perspectiva é compatível com Silva (1998, p. 192), sendo taxativo, “[...] essas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para tutela de um direito principal”. Objetivamente, os recursos são instrumentos de tutela da liberdade, esse o bem passível de ser atingido no processo penal.

Há linha de pensamento com Vasconcelos (2020), que entende a dificuldade prática em distinguir o recurso como garantia ou direito. Segundo essa visão, há o direito do réu de impugnar a decisão junto a um tribunal superior, o recurso funcionando como garantia de outros direitos, a exemplo do devido processo legal, razão pela qual Badaró (2014) entende o recurso como um “direito-garantia”.

Do mesmo modo, Cunha Júnior (2010, p. 617) aponta que “[...] é indubitoso que as garantias, em certo sentido, são também direitos, que chamaremos de *direitos-*

garantia, pois destinados à proteção de outros direitos. Não existem por si mesmas, mas para amparar, tutelar os direitos”. Pensamento que parece acertado, pois o recurso está entre os aspectos do “direito” e da “garantia”.

O pensamento dos três autores está na linha de Canotilho (2003. p. 396) ao esclarecer que “[...] as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o carácter instrumental de proteção dos direitos”. E lista, dentre outros exemplos, como garantia, o direito de acesso aos tribunais e o direito ao *habeas corpus*. Essa posição do autor aponta no sentido de um mutualismo entre o “direito” e “garantia”, já que coloca o direito como uma garantia.

2.3.2 Fundamento normativo do direito ao recurso

Neste subcapítulo será apontado o fundamento normativo do direito ao recurso, como anunciado anteriormente. Nesse sentido e, como foi tangenciado, o bloco de constitucionalidade, o qual precisa ter seu conceito apresentado para melhor entendimento da exposição, pode ser visto nas palavras de Normanton (2021, p. 115) como “[...] o instituto decorrente da existência de normas constitucionais fora do texto constitucional; e pode ser conceituado como o conjunto composto de normas (princípios e regras) não inscritos no texto da Constituição (mas que possuem estatura e natureza jurídica de normas constitucionais) e do texto constitucional”.

Segundo a autora, no Brasil a defesa desse instituto é fundada no § 2º, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, reforçando a opção constitucional em relação à expansão da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais no Brasil. De modo que os direitos e garantias fundamentais não são apenas os expressos na Constituição, mas também, os constantes nos tratados internacionais de direitos humanos.

Por essa razão, Valério Mazzuoli (2021) entende que no caminho da proteção dos direitos humanos que iniciou, desde a segunda guerra mundial, a Constituição Federal de 1988 deu um grande avanço na abertura do sistema nacional ao sistema internacional de tutela dos direitos humanos, com o § 2º, do artigo 5º, da vigente Carta Magna. Sendo possível concluir com Cunha Júnior (2010, p. 640) que “[...] podemos afirmar que a Constituição brasileira reconhece outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Partindo, como aqui exposto, da premissa que há na Constituição uma cláusula de abertura legal para a legislação externa, por intermédio do § 2º, do artigo 5º, é possível aceitar que os tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento interno e isso parece ser o mais sensato, afinal, os direitos humanos têm dentre as suas características, a progressividade. Adotando neste trabalho, a paridade hierárquica entre os tratados de direitos humanos e a Constituição Federal brasileira.

Ademais, o ingresso dos tratados de direitos humanos no ordenamento interno não decorre somente do bloco de constitucionalidade. Isso é, compromisso constitucional também, derivado dos fundamentos do Brasil, artigo 1º, III e dos princípios regentes no âmbito das relações internacionais, artigo 4º, II da Carta Magna.

Quanto aos tratados aderidos pelo Brasil, pode ser citado a CADH. Esse recorte do trabalho e, mais especificamente as garantias judiciais do artigo 8. A Convenção Americana assegura diversas garantias judiciais, dentre esse rol, está o direito ao recurso, artigo 8.2.h “[...] direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Sarlet (1996) defende que o direito de recorrer é um direito fundamental, com fonte no direito internacional, no artigo 8.2.h da CADH, o qual ingressou no ordenamento jurídico interno, por força do bloco de constitucionalidade e não por disposição expressa na Constituição.

Importante registrar que da parcela doutrinária, como Gustavo Badaró (2023); Teresa Armenta Deu (2013); Paulo Pinto de Albuquerque (2020); Daniel Maljar (2003); Bonet Navarro (2000); e, Ângelo Matusse (2020) apontam que o artigo 8.2.h, da CADH e seus equivalentes artigos 14 § 5 do PIDCP e 7,1, “a” da CADHP correspondem ao direito ao recurso. Enquanto outra parcela, a exemplo de Geraldo Prado (2001); Ana Paula Barcello (2020); Jaques Penteado (2006); Leonardo Greco (2015); Rubens Casara (2018); Maurício Zanoide de Moraes (2000); Guilherme Dezem (2016); Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Dominguez (1999), Marcelo Solimine (2008); Jorge Pirozzo, Barja de Quiroga (2004) e Irineu Cabral Barreto (2005), seria o duplo grau de jurisdição ou dupla instância, os dois últimos autores, em relação ao artigo 2º, do Protocolo 7, da CEDH. De sorte que, o trabalho adere ao primeiro posicionamento, pelas razões expostas no subcapítulo 2.2, sobre o que é direito ao recurso e duplo pronunciamento, além das diferenças entre ambos.

Paralelamente, na Europa, Canotilho (2003) explica que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, independentemente de sua recepção no plano constitucional,

bem como a jurisprudência do Tribunal Europeu para Direitos do Homem tem um “bloco de juridicidade”, isso como a Convenção Americana é para o Brasil. Interessante que, o autor exemplifica como “parâmetro de juridicidade” o artigo 6, da Convenção Europeia²¹, o qual trata do *due process*, aspecto relacionado ao direito ao recurso.

Tendo a legislação nacional deixado de tratar expressamente do duplo pronunciamento, mas sim, indiretamente, através da estrutura dos tribunais (Giacomolli, 2014), posteriormente, cabendo à CADH tratar, especialmente, do direito à impugnação no artigo 8.2.h, competindo à CADH, no dispositivo mencionado, garantir o direito ao recurso, pois como explica Nogueira (2020), não há duplo grau sem direito ao recurso. Então, a adesão do Brasil à CADH preenche uma lacuna processual recursal, já que o Brasil não tinha expressado o duplo pronunciamento, o que foi complementado e, até de certa forma, corrigida a falha do tema impugnações, com direito ao recurso na CADH.

Na Espanha, os autores²² têm uma posição parecida com a existente no Brasil sobre a normatividade. Assim, mencionam que a existência do recurso não atende fundamento de “índole constitucional” e nem de ordem político legislativa, mas quando apresentam a base legal, apontam o artigo 14 § 5, do PIDCP, e como efeito deste dispositivo, o Tribunal Constitucional espanhol entende que o direito ao recurso é parte do direito a tutela efetiva e uma das garantias que orientam o processo penal (Oliva Santos, 2000, p. 614).

Nesses termos, o trabalho assume como fundamento normativo e convencional do direito ao recurso à Convenção, artigo 8.2.h. Essa opção tem por efeito as consequências da jurisdição da Corte IDH e, naturalmente, a possibilidade de responsabilização internacional, a necessidade de adequação da legislação interna a externa e respeito à jurisprudência internacional.

²¹ No artigo 6 da CEDH estão as garantias processuais, a exemplo da presunção de inocência, direito de defesa técnica, intérprete e de tempo para prepara a defesa.

²² Oliva Santos, Andrés de la; Aragonese Martínez, Sara; Hinojosa Segovia, Rafael; Muerza Esparza, Julio; Tomé García, José Antonio. Derecho procesal penal. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 2000.

3 A IMPUGNAÇÃO NO BRASIL

Após ser feito no capítulo 1 a abordagem e distinção das questões conceituais do processo penal, especialmente, sobre recurso e o duplo pronunciamento, os quais vão servir de referenciais para o problema do trabalho, qual seja: há eficácia do recurso no Brasil? O problema da pesquisa terá a base teórica do capítulo anterior.

A partir deste capítulo intermediário, então, será feito o levantamento do problema do trabalho e, para tanto, será feito um estudo das diversas formas de impugnação no Brasil, em seguida, uma análise se o sistema do duplo pronunciamento no Brasil é brasileiro, partindo de países ocidentais, tais como a Argentina e Colômbia. Dessa forma, no último subcapítulo, a explicação do problema a partir do *Caso Mohamed* da Corte IDH.

3.1 MECANISMOS DE FUNCIONAMENTO DO DUPLO PRONUNCIAMENTO NO BRASIL

O duplo pronunciamento, conforme exposto ao longo do capítulo 2, assegura o direito de revisão de uma decisão. Também ficou apontado que o Brasil não assegura o duplo pronunciamento na vigente Carta Magna. De modo que essa garantia, em tema recursal, é posta reflexamente na CADH, através do direito ao recurso, o qual, ainda, tem tratamento na jurisprudência da Corte IDH (Costa Rica, 2012).

Além disso ficou claro que o duplo pronunciamento é materializado através do recurso. Logo, tendo em vista que o problema da pesquisa é a (in)eficácia do direito ao recurso no Brasil, é importante analisar quais os recursos que oportunizam essa garantia e, assim, poder enfrentar o problema da pesquisa.

Neste subcapítulo será feita uma exposição dos mecanismos de funcionamento dos recursos no Brasil, abordados com maior ou menor intensidade, dependendo da relação com o problema. Enfrentando reveses como a legitimidade, procedimento, extensão e efeitos dos recursos. Portanto, se o capítulo anterior foi a base teórica do direito ao recurso e do recurso em si, a partir daqui será passado ao aspecto mais pragmático do funcionamento dos recursos.

Ainda em caráter inicial, não serão tratados os recursos extraordinários, já que esses não são voltados ao duplo pronunciamento e tal exposição foi realizada ao longo do capítulo 1. Devendo, também, ser antecipado que, preponderantemente,

serão utilizados referenciais nacionais, tendo em vista que serão tratados os recursos no Brasil, ainda que eventualmente esses guardem similitude com recursos de outros países.

Dessa maneira, indica-se a ordem de estudo dos recursos: a apelação; o recurso em sentido estrito; agravo em execução penal; embargos infringentes e de nulidade; e, embargos de declaração. Reiterando, todos são recursos ordinários e a ordem da análise não implica no estudo.

A apelação tem origem no Direito romano com a *appellatio* e foi efeito do poder absolutista que avocou as funções que antes eram de outros juízes (Sidou, 1978). Explicando Sidou (1978, p. 26), “O sentido centralizador do Estado romano instaurado em império, fez da apelação um meio altamente significativo em busca de sua concentração política e administrativa”.

Complementando tal posição, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001, p. 111) apontam que a apelação penal em Roma podia renovar o juízo, com substituição da sentença anterior, além de ter sempre o efeito suspensivo, mas cabível a *reformatio in pejus* e a apelação. Conforme os autores, “[...] de regra, um remédio contra a injustiça da sentença e não contra a sua invalidade”. Interessante, que muitos aspectos são iguais à atual apelação.

A escolha de iniciar com a apelação ocorre por ser esse um recurso paradigma (Wambier e Talamini, 2016), funcionando seu regime, em geral, para outros recursos de natureza ordinária, sendo para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016) um recurso padrão. E mesmo que, a colocação anterior provenha de autores do processo civil, adequam-se aos recursos no processo penal.

As razões elencadas motivaram a opção pela apelação no início do estudo, pois dentre todos os recursos, ele é o mais difundido e conhecido por todas as legislações (Tourinho Filho, 2010). Consistindo na apelação o recurso ordinário por excelência, conforme Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001, p. 112), “É eficaz instrumento processual para a atuação do princípio do duplo grau de jurisdição”. E a apelação, segundo Araken de Assis (2021, p. 52) pode ser concebida pelo fato de que “Nenhum outro recurso exhibe igual majestade”.

Nas palavras de Conso e Grevi (2006, p. 819), a apelação pode ser conceituada nos seguintes termos:

L'appello è il mezzo d'impugnazione ordinario mediante il quale le parti che vi abbiano interesse e ritengano viziata, per motivi di fatto o di diritto, la decisione del giudice di primo grado, chiedono, con riferimento ad uno o più capi del provvedimento, una decisione del giudice di secondo grado.

Esclarecendo que apesar do conceito dos autores utilizarem a palavra “viziata” e sua tradução ser viciada, não significa que a apelação sirva só para vícios. Como ficou claro na conceituação.

Para Aragoneses Alonso (1997, p. 523) “[...] es el recurso de apelación es aquel por el que se pretende un nuevo examen por un Tribunal superior de la causa ya falado en primera instancia”. Interessante que o autor coloca a apelação como um recurso vertical, já que irá ser decidido por um Tribunal superior que profere a decisão.

No Brasil, Lopes Júnior (2020, s/p) conceitua como “[...] um meio de impugnação ordinário por excelência (podendo ser total ou parcial), que autoriza um órgão jurisdicional de grau superior a revisar”. Visualização que não destoa dos autores estrangeiros, até por ser a apelação um recurso por excelência.

O vigente CPP, nas disposições gerais dos recursos, estabelece no artigo 577, “O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor”. Portanto, do dispositivo legal, resta clara a bilateralidade dos recursos, mais especificamente, a apelação. Nessa linha, segue a maioria dos autores (Grinover, Gomes Filho e Fernandes, 2001).

Também possibilita o artigo 598 do CPP, a legitimidade da apelação no rito do júri pelo assistente de acusação, diante da inércia do Ministério Público. Tendo precedentes, franqueando a legitimidade do assistente até para aumentar a pena. Tal posicionamento vem sendo aceito sem maiores aportes críticos, havendo linha de entendimento diversa e a exposição contribui para o desenvolvimento do trabalho (Brasil, 1941).

A partir de uma oposição à Teoria Geral do Processo, Mendes (2018) propõe o recurso como direito do réu, apenas, e não da acusação. Nessa vertente, o autor sugere a substituição da categoria “interesse de agir”, a qual abarca ideia de legitimidade e interesse recursal pelo prejuízo material, em face da condenação. Para a acusação não haveria legitimidade recursal, pois inexistente prejuízo a essa, já que, em suma, no processo penal não há lide e a acusação pública ou de iniciativa privada, não são titulares do direito material posto em juízo.

Nesses termos, Mendes (2018, p. 128) sublinha que, “Resumidamente, o prejuízo a direito que demonstra o interesse recursal do imputado não encontra correspondência no acusador que detém apenas pretensão”. E, conclui pela impossibilidade de a acusação recorrer “[...] a eventual frustração desta é insuficiente para fundamentar o interesse recursal contra uma decisão absolutória.”.

Por sua vez, Prado (2001, p. 113) busca um giro na discussão da disciplina dos recursos, não mais pelo aspecto formal, mas sim, pelo aspecto substancial, especialmente pelo PIDCP e a CADH, por ambos estabelecerem “[...] a previsão de recursos para assegurar o princípio do duplo grau de jurisdição é *exclusiva da defesa*”. Propondo, o autor, a unilateralidade dos recursos no processo penal, a defesa.

Uma das questões críticas apontadas é que, se a acusação não convenceu o juiz inicialmente, não se aceitaria que o tribunal, sem contato geralmente com as provas e com os mesmos argumentos iniciais, que possam reformar a sentença inicial de absolutória em condenatória, sendo limitada a uma atividade de interpretação de texto. Ademais, eventual condenação surgida no tribunal não poderá ser alvo de recurso que vise à reapreciação probatória, pois a segunda instância esgota a possibilidade crítica das provas, fato que gera uma “situação paradoxal” (Prado, 2001)

Trazendo o Direito inglês e o Direito norte-americano, o recurso é exclusivo da defesa, exceto quanto às decisões interlocutórias (Prado, 2001).

Delimitando a legitimidade recursal só ao réu, Casara (2018) explica que no processo penal não se pode falar de direito de ação, por haver o dever de iniciar o processo, face ao princípio da obrigatoriedade, mas não há o dever de recorrer à segunda instância. Por isso, o autor defende o recurso como uma garantia do indivíduo, como abordamos ao tratar da natureza jurídica do recurso. Apenas discorda-se do autor quanto à existência do princípio da obrigatoriedade, como explicamos em outro momento, sendo aqui a opção pelo princípio da oportunidade, reforçando a ideia do recurso exclusivo do réu (Urani e Silva, 2017).

Na esfera dos autores estrangeiros, Maier (2008, p. 727) aborda a legitimidade recursal. O autor entende que, possibilitar recurso ao acusador representa uma nova instância de persecução. O que “*sera, sin, duda, una condena de ‘primeira instancia’*” e, da mesma forma, se a condenação é aumentada em função de um recurso da acusação”. Referido contexto, adequa-se à sistemática recursal brasileira.

Ainda em relação à questionada legitimidade recursal da acusação. Maier (2008) esclarece que frente à uma condenação surgida na segunda instância, em

razão de apelo da acusação, haverá o direito de recurso do condenado recorrido, visando questionar a prova da dupla conformidade, o que implica numa terceira instância²³ ante um tribunal superior, parecido a um *regressus in infinitum*, já que a perspectiva bilateral dos recursos é possível que o acusador alcance uma condenação diante de um tribunal de última instância. Esse posicionamento, mesmo sendo oriundo do direito comparado, adequa-se à sistemática recursal brasileira, logo, com os mesmos problemas.

Para concluir a ideia da (i)legitimidade dos recursos, é interessante a interpretação que o autor fez da dupla conformidade, em analogia à uma operação matemática. Logo, a “exatidão” da sentença condenatória processualmente analisando, seria dependente de um reexame por outro órgão superior, chegando a uma grande probabilidade de acerto. Por essa razão e partindo da premissa de Vegas Torres (1993, p. 197), com base no artigo 14 § 5, da PIDCP, a 2ª instância é exclusiva do réu, esclarecendo a respeito da “doble instancia” e, que essa não deve ser concedida à acusação quando ocorrer absolvição. Tendo o trabalho optado pelo duplo pronunciamento e não dupla conformidade, já que o direito ao recurso, previsto tanto na CADH, como no PIDCP é uma faculdade do réu e não uma obrigação do sistema recursal.

Partindo de tais premissas, ainda que minoritária no Brasil, pensamos que deve ser superada a bilateralidade dos recursos, para se adequar à CADH, artigo 8.2.h e ao PIDCP, artigo 14 § 5.

Passando à questão da legitimidade, adentra-se à finalidade da apelação. Conforme Arangüena Fanego (1999), só a apelação é o instrumento adequado para acessar a segunda instância, em paralelo, a autora refuta a *casación* como inadequada para atender ao duplo grau, dado o seu caráter extraordinário. Isso, nos mesmos termos do Brasil, pois a *casación* encontra similitude nos recursos extraordinários.

Por seu turno, Letelier Loyola (2013) defende que a apelação é consequência do duplo grau de jurisdição, nesta tese denominado de duplo pronunciamento.

Enquanto isso, Fazzalari (2006, p. 197) esclarece que “A instauração de “segundo grau” constitui o “apelo”, havendo uma nova fase de análise do mérito.

²³ A Constituição de México, art. 23, estabelece que nenhum juízo criminal pode ter mais de três instâncias.

Nesse sentido, há o denominado pelo autor de “princípio do ‘duplo grau’ de cognição de mérito”.

Por causa dessa colocação, é possível entender a razão de Giacomolli (2014) afirmar que o duplo pronunciamento é ligado à revisão fática e jurídica, sendo o recurso de apelação o meio de concretização do duplo pronunciamento.

Quanto ao cabimento da apelação, o CPP regulamenta o tema no artigo 593, em outros termos, cabível à apelação de sentenças definitivas, absolutórias e condenatórias do juiz singular. Também, cabem às “decisões definitivas” ou “com força de definitivas” que não sejam oponíveis pelo Recurso em Sentido Estrito (RSE), o que para Badaró (2020) há uma dificuldade doutrinária em conceituar essas “decisões”. Para o autor, “decisões definitivas” são definitivas *lato sensu*, concluindo o processo, mas sem condenar ou absolver o réu, como no caso da extinção de punibilidade, enquanto as decisões “com força de definitivas” resolvem processos incidentais, mas não decidem o processo principal, logo, não absolvem ou condenam o réu, como é a hipótese de uma decisão que trata do levantamento do sequestro.

Apesar desse conceito, o tratamento conceitual da matéria não é uníssono.

Visando aclarar a questão, para Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001), decisão com força de definitiva, apreciaria procedimento e processos incidentes, as quais encerram o processo sem examinar o mérito. Tourinho (2010) acrescenta que, as decisões definitivas *lato sensu* do artigo 593, II, do CPP, julgam o mérito, mas não estão nos termos das sentenças absolutórias ou condenatórias, citando como exemplo, a decisão que analisa o pedido de restituição.

Ainda é cabível à apelação das decisões do tribunal do júri, artigo 593, III, do CPP, especificamente, em quatro alíneas. Apenas atentando que no ato da interposição, o apelante, ao indicar qual ou quais das alíneas pretende fundamentar seu recurso estará vinculado às suas razões recursais. Havendo a Súmula 713, do STF, esclarecendo o assunto, “O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição” (Brasil, 2003).

Em relação à Súmula 713, do STF, o trabalho tem certa ressalva. Nada obsta que o recurso possa ser provido em relação à matéria de ordem pública, ainda que não arguida pela defesa. Ademais, caso a apelação indique, erroneamente, uma alínea, porém, as suas razões sejam compatíveis com outra alínea, será possível o conhecimento e provimento do apelo, em atenção ao princípio da fungibilidade, aspecto a ser abordado no subcapítulo 3.2.

Por fim e, como forma de esclarecer, resumidamente, o cabimento da apelação, é oponível quando não houver possibilidade de interposição do RSE, isso, em termos gerais, ou seja, a apelação e o RSE são excludentes, a teor da interpretação do artigo 4º e 593, § 4º do CPP, “Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra” (Brasil, 1941).

A partir daqui, será examinado o procedimento da apelação nos aspectos que estão mais ligados à efetividade do duplo pronunciamento, sendo relevante abordar as duas formas de interposição reguladas no artigo 600 do CPP.

Uma das formas de interposição é mediante petição, a mais comum ou por termo nos autos, que é o pleito oral posto a termo nos autos. Assim, também pode o recorrente interpor a petição de apelo, concomitante com suas razões recursais, essas a fundamentação da apelação. Também, pode o recorrente optar por arrazoar na instância superior, como autoriza o artigo 600 § 4º, do CPP, via exclusiva do réu (Moreira, 2022; LOPES Júnior, 2020), apesar do STJ entender de modo diverso, decidindo que o Ministério Público pode arrazoar na instância superior, diante da isonomia e paridade (Brasil, 2018).

Quanto à possibilidade do artigo 600 § 4º, do CPP para arrazoar, é critério do apelante, não podendo o juiz obrigar àquele a recorrer junto com as razões, sob pena de violar direito estabelecido no CPP, invadir a estratégia defensiva e fragilizar o exercício do direito ao recurso, materializado no recurso e sua forma de manuseio (Brasil, 2019). Em relação ao prazo para arrazoar, o artigo 600, do CPP estabelece 8 (oito) dias, no entanto, o artigo 601 dispõe que, “Findos os prazos para razões, os autos serão remetidos à instância superior, com as razões ou sem elas [...]” (Brasil, 1941).

A diretriz do artigo 601, do CPP, ao possibilitar a remessa do processo à instância superior, sem razões, viola o exercício do direito ao recurso. Caso, assim fosse, não estaria desenvolvida a motivação do recurso, inclusive, impedindo a instância superior de analisar o porquê do apelo, não haveria dialética processual, nem ampla defesa, por efeito, como apontamos, ocorreria violação ao duplo pronunciamento. Desse modo, há linha de pensamento apontando não ser acertada a falta de apresentação das razões recursais, assim como das contrarrazões, entendimento ao qual é compartilhado (Grinover, Gomes Filho e Fernandes, 2001).

Outro aspecto é que o prazo de interposição do recurso é peremptório, todavia, o prazo das razões não, sendo a sua apresentação fora do prazo mera irregularidade

(Brasil, 2022). Como justificativa disso temos o contraditório e ampla defesa, que no contexto recursal, concretizam o direito ao recurso. Ainda em relação ao prazo para apresentar as razões, esse só começa a fluir após a intimação do recorrente, em atenção à publicidade e contraditório, que também, nesse contexto, efetivam o direito ao recurso.

Seguindo no aspecto das razões recursais, o artigo 600 § 1º, do CPP, permite que o assistente, se houver, arrazoe o recurso do Ministério Público. Para além das críticas já apresentadas em relação à legitimidade do assistente para recorrer e que, nesse ponto da tese, permanece integralmente, a chance do assistente arrazoar desequilibra o processo e, conseqüentemente, a isonomia, já que a acusação estará potencializada, pois além de uma instituição pública que tem o dever de persecução penal, o MP (art. 129, da CF), há a possibilidade também da Defensoria Pública atuar como assistente qualificado da vítima (art., 4º, XI, da LC, 80/94), enquanto isso, no outro polo do processo, o réu conta com seus recursos para patrocínio particular de defensor ou então, a Defensoria Pública, onde só 47,4% das 2.598 comarcas são atendidas pela Defensoria Pública do Estado (Rio Grande do Sul, 2022).

Superado esses pontos, qual a razão de apresentar as razões na superior instância? O processo é um jogo (Calamandrei, 1999), desta forma, as partes devem atuar estrategicamente na busca da vitória. Essa, alcançada, ainda, com a captura psíquica do julgador, ou seja, o convencimento do juiz e/ou jurados, no caso do júri (Cordeiro, 2000).

Se as partes querem vencer no processo e, especialmente, o recorrente que já está em desvantagem ante uma sentença inicialmente desfavorável, pode utilizar a faculdade do artigo 600 § 4º do CPP, para arrazoar na instância superior, é uma estratégia perspicaz. Em outros termos, se sabemos, antecipadamente, quem é o relator da apelação, como decorrência natural do artigo 600 § 4º, do CPP, o recorrente poderá compatibilizar as razões do seu recurso ao entendimento do relator. Por exemplo, juntando precedentes do próprio julgador, preparando a sustentação oral e mesmo antevendo possíveis resultados, com base em decisões anteriores do relator. Nesse sentido, Lopes Júnior (2020, s/p) destaca “[...] a principal vantagem é saber quem irá julgar o apelo, ou ainda, com ‘quem se está falando’”.

A faculdade do artigo 600 § 4º, do CPP está alinhada ao artigo 8.2.c, da CADH e artigo 14 § 3 b, do PIDCP, que garante ao acusado tempo e meios suficientes para preparar sua defesa. Consistindo a 2ª instância uma nova fase de cognição (Fazzalari,

2006), iniciando com o recurso em face da sentença, é natural que a parte recorrente precise de tempo razoável para amadurecer sua tese recursal, de maneira que o processo não seja tão rápido e nem tão lento (Lopes Júnior, 2004).

Tratando ainda da ritualística da apelação, cabe discutir mais dois pontos. O parecer do Ministério Público na 2ª instância e a sustentação oral.

Para Queiroz (2015, s/p), ao examinar a questão do parecer na instância superior, afirma que não há distinção da condição de fiscal da lei e de autor da ação penal, sustentando que o MP é sempre autor da ação, independente da instância e, que a função constitucional é a mesma, independentemente de como atuar. Em suma, baseado nesses argumentos, o autor indica ser insustentável a intervenção ministerial na 2ª instância como fiscal, esclarecendo, “[...] posição inclusive que não raro ofende o contraditório e a ampla defesa”, acrescentando o questionamento da impossibilidade da recepção desse modo de atuação em virtude da Constituição Federal.

Por essa razão, Barros (2019, p. 59) expõe, a partir da teoria do procedimento em contraditório de Fazzalari (2006) que, sendo as partes destinatárias dos atos finais, “[...] não é possível que uma parte que atua como acusador possa no mesmo processo atuar como fiscal da lei, imparcial ao resultado final do processo”.

Fazendo críticas à intervenção do MP, Cruz (2002, p. 95) esclarece que, o parecer “[...] esconde a função acusatória que, em outras manifestações do Parquet, como v.g. nas alegações finais ou na denúncia”. Novamente, tal aspecto fragiliza o recurso defensivo, principalmente, potencializa a acusação, com desequilíbrio da paridade de armas, em suma, todos esses aspectos fragilizam a garantia do direito ao recurso. Inclusive, há referência dos acórdãos aos pareceres do MP em 2ª instância, demonstrando que esses reforçam a acusação.

Apesar dessas reflexões, a manifestação ministerial ocorre normalmente e sem maiores questionamentos. A exemplo do que dispõem os regimentos internos do STJ, artigo 62 e do STF, artigo 49 (Brasil, 2023).

Superada a problemática do parecer, também há questionamentos sobre a fragilidade do direito ao recurso no tocante à sustentação oral. Conforme autoriza o Estatuto da OAB, artigo 7º, XII e artigo 159 § 2º do Regimento Interno (RI) do STJ, a sustentação oral do recorrente é manifestação facultativa da defesa na fase recursal, apesar disso, reforça o contraditório e ampla defesa, por efeito, tonifica o direito ao recurso, o que se alinha às garantias judiciais da CADH, que são “mínimas” e não

máximas. Logo, a sustentação oral é um avanço na tutela do direito ao recurso e, por vezes, conseguindo mudar o rumo da decisão.

A problemática da sustentação oral é relativa à ordem das manifestações orais. Há uma praxe do MP falar por último, inclusive, há disposição normativa nesse sentido, artigo 159 § 2º, do RI, do STJ (Brasil. 2023).

Desconsidera-se que a defesa tem a última palavra, a participação final é da defesa. Por fundamento no contraditório, “[...] que ele seja o último a intervir no processo”, como explicam Vital Moreira e Canotilho (2015, p. 206).

A intervenção defensiva é independente da posição do réu, mesmo se recorrente sempre será o último, aponta Cruz (2002). A razão de ser, para o autor, é que analisando a ação penal na totalidade e, não só em fases, o acusado sempre está na defesa e acrescenta-se, diferente do processo civil, no qual o réu pode assumir a posição de autor na reconvenção.

A referida inversão na ordem das manifestações viola o contraditório e a partir de Fazzalari (2006, p. 125), as partes são destinatárias do ato, sentença final. Logo, enquanto possíveis destinatários da sentença, as partes têm “legitimação para agir” e conclui o autor, “A própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um ‘interessado’ e um ‘contra-interessado’ (*sic*), sobre um dos quais o ato final é destinado”.

Prosseguindo no contexto da sustentação oral, os regimentos internos, em geral, estabelecem prazo de 15 (quinze) minutos de fala. No entanto, quando fosse o caso de agravo regimental em matéria penal, não cabia sustentação oral, inviabilizando a participação da defesa, pois muitos *habeas corpus* não eram e não são conhecidos monocraticamente. Tal aspecto impedia a participação defensiva por completo, ao menos no aspecto da oralidade.

Com a Emenda Regimental 41, de 21 de setembro de 2022, o agravante passou a ter 5 (cinco) minutos. Essa mudança, aparentemente, atende ao direito de o advogado participar da sessão oralmente. Contudo, se for analisado que, o tempo originário era de 15 (quinze) minutos e, se o *habeas corpus* fosse ao menos conhecido, os 5 (cinco) minutos são desproporcionais, estando, por exemplo, em desacordo com a necessidade de tempo e meios adequados para preparar a defesa, na forma do artigo 8.2.c, da CADH. Além disso, a recente mudança legal, ainda que 5 (cinco) minutos é desproporcional aos 15 (quinze), mostrando a necessidade de trabalhar a efetividade do direito ao recurso.

Posto o direito de fala no recurso, qual o grau de extensão, isso é, reexame cabível na apelação?

O grau de reexame, até de certa forma já antecipando o tema da efetividade da apelação, é amplo, alcançando matéria fática e jurídica. O que vai delimitar a extensão é a impugnação do recorrente, que pode ser plena ou parcial (Grinover, Gomes Filho e Fernandes, 2001), a exemplo da apelação da sentença no procedimento do júri, conforme Súmula 713, do STF. Nessa linha, o recorrente pode impugnar só matéria de prova e/ou direito, podendo ainda, dentro da matéria jurídica ou fática, só recorrer, especificamente, de algum ponto, não impugnando os demais, circunstância decorrente da voluntariedade recursal e estratégia defensiva.

Por exemplo, pode o recorrente questionar um vício processual ou as provas da autoria, ou então, ambas, cabível se entender pertinente questionar somente a dosimetria. Há uma infinidade de hipóteses que só o caso concreto e a voluntariedade vão delimitar, sempre respeitando a vedação da *reformatio in pejus*, como será explicado a seguir.

Sem essa ampla revisão fática e jurídica, não conseguiria a apelação ser o recurso que os autores colocam como sendo aquele que instaura o duplo pronunciamento (Ubertis, 2008b; Armenta Deu, 2008). De maneira distinta, delimitar o exame a um aspecto é limitar o duplo pronunciamento. Por fim, examinaremos os efeitos da apelação: o devolutivo, o suspensivo e o extensivo.

O primeiro efeito, o devolutivo, está diretamente ligado à extensão da apelação. Logo, a devolução é ampla, tanto em matéria de fato, como no campo jurídico. No entanto, essa amplitude precisa ser esclarecida, podendo a devolutividade ser ampla ou parcial, conforme artigo 599 do, CPP.

Ao enfrentar a devolutividade, Giacomolli (2014) sustenta que o direito ao recurso não propiciará um reexame integral do que tenha sido decidido inicialmente. Contextualizando, esse amplo reexame, fático e jurídico, não é ilimitado, tanto assim que na doutrina estrangeira (Maier, 2023), há o entendimento de que o artigo 8.2.h da CADH, não garante uma revisão da condenação, mas sim, a revisão total do que o recorrente tenha impugnado.

De modo oposto, Nogueira (2020) entende a possibilidade de reexame também, da matéria que deveria ter sido decidida. Havendo para esse autor, uma visão mais ampla da devolutividade.

Como desfecha Vasconcelos (2020, p. 135), o reexame deve ser das questões de fato e direito, incluindo o mérito do caso, “[...] permitindo o controle sobre a valoração e suficiência do lastro probatório para desvirtuar a presunção de inocência”.

Quanto à possibilidade de introdução de novas provas na fase recursal, há essa possibilidade, excepcionalmente, em face da maior chance de justiça. Sendo possível, por exemplo, a introdução de provas na fase recursal quando não puderem ser propostas inicialmente, excepcionando a preclusão, já que não se conheciam esses meios de prova, ou então, uma prova indevidamente negada.

A hipótese é razoável, mas deve ser levada em consideração em ambos os casos a supressão de instância e que o processo é uma marcha, e o argumento de prova indevidamente rejeitada levaria à anulação da sentença e não a produção de prova em fase recursal. Em todo caso, em sendo aceita à introdução nessa fase, deve ser assegurado o contraditório, mesmo sendo uma situação excepcional (Lopes Júnior, 2020).

Precisa ser distinguido que, a impossibilidade de novas provas, não se confunde com as novas provas da revisão do crime, artigo 621, III, do CPP. A apelação é recurso, enquanto a revisão é uma ação de impugnação, são distintos.

Retomando a devolução, essa é limitada pelo *tantum devolutum quantum appellatum*. Logo, caberá ao apelante delimitar o que pretende impugnar, ou então, o recurso será pleno. O que não pode é o recorrente indicar que irá apelar parcialmente e, posteriormente, nas razões, ampliar o apelo, como ficou claro através do exemplo da apelação no júri (Badaró, 2020).

Mesmo havendo apelação parcial, pode ser que ocorram efeitos necessários da eventual reforma. Quando o apelante impugna a dosimetria e reduz a pena, isso pode levar à mudança do regime prisional, substituição da sanção e até a prescrição. Tais efeitos independem de requerimento do apelante, por ser decorrência necessária da reforma.

Na apelação, também, podem ser conhecidos de ofício as nulidades absolutas (Lopes Júnior, 2020). E não precisa que o apelante argua à referida nulidade, basta que o tribunal constate, evidentemente, que se o apelante impugnar esse ponto e fundamentar, maiores serão as suas chances.

Seguindo com o *tantum devolutum quantum appellatum*, esse delimita a extensão do recurso. Por esta razão, o STF tem a Súmula 160, “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação,

ressalvados os casos de recurso de ofício”. Tal súmula atende a voluntariedade do recurso e o contraditório, reforçando o exercício do direito ao recurso (Brasil, 2012, s/p).

Apenas, discorda-se da parte final da súmula, “[...] ressalvados os casos de ofício”. Nessa hipótese, ficaria igualmente violados os princípios da inércia da jurisdição e imparcialidade que, a parte inicial da súmula tutelou inicialmente. Posto que, o recurso de ofício ofende a inércia e a apreciação judicial de algum ponto, sem provocação das partes, viola, ainda, a imparcialidade.

Outro limite na devolutividade da apelação é a vedação da *reformatio in pejus*, artigo 617, do CPP. Essa vedação só ocorre quando inexistente recurso da acusação e/ou do assistente da acusação, isso para quem aceite o recurso por parte desses, o que é rejeitado, como exposto na parte inicial deste subcapítulo.

Esclarecendo que o artigo 617, do CPP, ao dispor a proibição de “agravado a pena”, é num sentido amplo, em aspecto como tipo, pena, regime (Badaró, 2020). Logo, o “agravado” implica qualquer tipo de dano a mais que possa arcar o recorrente, desde que tenha sido o único a apelar.

A vedação da *reformatio in pejus*, também incide em relação a *emendatio libelli*, na fase recursal para agravar, mas para beneficiar é possível, sendo essa a linha adotada por autores (Badaró, 2020) e o STF. Apesar disso, entende-se, ao menos, problemática a *emendatio* na fase final do processo, por violar o contraditório (Lopes Júnior, 2020). E, por efeito, prejudicar o desenrolar do processo, especificamente, o recurso, pois ele será feito baseado na sentença e não na instrução, a qual iniciou com as perspectivas de um crime e culminou na decisão de outro crime, o que possivelmente torna mais delicado elaborar o recurso.

O reverso da vedação da *reformatio in pejus* é a *reformatio in mellius*. Para Badaró (2020), o artigo 617, do CPP, é parcial, ou seja, a vedação do agravamento é só para o réu. Caso a acusação recorra, poderá haver *reformatio in mellius* para o réu recorrido, justificando o autor que se o sistema brasileiro aceita a concessão de ofício de *habeas corpus*, haveria formalismo excessivo à negativa do recurso e, nesse ponto da tese, aponta-se a *in mellius*, com a concessão do *habeas corpus*, fato que na realidade seria *reformatio in pejus* para a acusação, inclusive, a *reformatio in mellius* é aceita e regulamentada no processo penal alemão, artigo 301, na parte que trata do efeito do recurso do Ministério Público.

Na temática da limitação da reforma, ainda há a *reformatio in pejus* indireta. Nesse sentido, esse tipo de *reformatio* acontece quando uma decisão é anulada e o processo volta à instância inicial, sobrevivendo nova e mais gravosa decisão do que àquela que foi anulada por recurso exclusivo da defesa. Tal reforma, dá-se ante um *erro in procedendo*, o que faz com que o processo retorne à instância inicial, logo, surgindo a problemática da *reformatio in pejus* indireta, o que para Giacomolli (2014) não pode haver agravamento da pena, mesmo nessa hipótese, ante a vedação do artigo 617, do CPP.

No rito do júri é discutido se, em face da soberania dos veredictos, artigo 5º, XXXVIII, “c” da CF/88, pode o novo julgamento ensejar uma pena mais gravosa?

Para Badaró (2020), a conciliação entre a soberania dos veredictos e a vedação da *reformatio in pejus* ocorreria com a aproximação da pena mais gravosa, no caso, a segunda, próxima do patamar da primeira pena, a menor.

Outra leitura da *reformatio in pejus* no júri é feita por Lopes Júnior (2020), defendendo que mesmo sendo a pena posterior mais grave, essa deve ser restrita à dosimetria da pena inicial, ainda que a segunda condenação seja por um homicídio qualificado e, o primeiro, um homicídio simples. Sendo esse o mesmo entendimento do STF (Brasil, 2019).

A vedação da *reformatio in pejus* indireta, permanece em debate, também, nos casos de vício da decisão, como na hipótese de a decisão inicial ter sido proferida por juiz incompetente constitucionalmente. Para Badaró (2020), a problemática gira ao redor de saber se a decisão é nula ou inexistente, pois se inexistente, não limitaria o patamar de pena. Contudo, o autor expõe que a violação que ensejaria a inexistência é a falta de investidura, como nos casos do tribunais de exceção, artigo 5º, XXXVI, da CF²⁴, enquanto o juiz incompetente gera nulidade absoluta e gera efeito, como limite máximo à pena.

O que parece da exposição feita, tanto sobre a *reformatio in pejus* e a *reformatio in pejus* indireta, é que essas asseguram a vedação de surpresa e o contraditório. Ao garantir isso, está reforçado o exercício do direito ao recurso. Afinal, se houvesse possibilidade de agravar a decisão inicial, seria um desestímulo para a parte condenada recorrer e assim abdicar de uma garantia fundamental.

²⁴ A CADH ao estabelecer no artigo 8.1 como garantia do acusado, o julgamento por um juiz ou tribunal competente, anteriormente estabelecido por lei, está vedando ao contrário, o tribunal de exceção.

Superado o efeito devolutivo, passa-se ao efeito suspensivo. Aragoneses Alonso (1997) coloca o efeito suspensivo como o mais característico dos recursos, pois a interposição tempestiva, impede o trânsito em julgado, ainda, que, posteriormente, a decisão seja confirmada. Porém, a suspensividade tem outro aspecto e, mais delicado, a executoriedade ou não da decisão impugnada.

A suspensividade da decisão impugnada deve ser analisada por dois ângulos, contra a sentença absolutória e a outra contra a sentença condenatória. Tudo isso relacionado a presunção de inocência do artigo 8.2, da CADH.

Segundo Lopes Júnior (2020) e Tourinho Filho (2010), assim como o artigo 596 do CPP entendem que a apelação em face da sentença absolutória, nunca terá efeito suspensivo. Acrescentando Lopes Júnior (2020) que, devem ser revogadas todas as medidas assecuratórias ou patrimoniais. Esse parece ser a posição mais acertada, primeiro porque assim estará respeitada a presunção de inocência, sendo a regra a liberdade; segundo, com a absolvição, desaparece o *fumus commissi delicti*, aparência delituosa do crime. Então, deixa de haver um dos pressupostos gerais das prisões cautelares, pois deixa de ter aparência delitiva e, não há um tipo penal, seja por atipicidade, seja pelas excludentes de ilicitude, artigo 23, do CP.

Partindo da linha de Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 445), tipo é a formulação legal de uma conduta, enquanto tipicidade é a subsunção de uma conduta a um tipo. De modo que, “O juiz comprova a tipicidade comparando a conduta particular e concreta com a individualização típica, para ver se se adequa ou não a ela”. Logo, é possível concluir que se uma conduta e/ou omissão penalmente relevante não se adequar a um tipo penal, haverá atipicidade do ato comissivo e/ou omissivo, podendo, ainda, ocorrer atipicidade pela ausência de lesão juridicamente relevante ao bem tutelado pelo tipo penal.

Também, pode ocorrer atipicidade pela ausência de gravidade na lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal (Roxin, 1972; Bitencourt, 2015).

É por essa razão que, diferente do direito penal alemão do nacional-socialismo, no qual esse estava pautado na violação do dever e da obediência ao Estado, agora, a função do direito penal acolhe a “[...] noção de ofensa a bens jurídicos [...]” (D’ávila, 2009, p. 50).

Adverte Bitencourt (2015, p. 402) que, o “Direito Penal não está formado apenas por normas incriminadoras, mas também por normas permissivas que autorizavam, no caso concreto e, em virtude de determinadas circunstâncias, a

realização de uma conduta, em princípio, proibida. Essas normas permissivas têm, portanto, a capacidade de excluir a antijuridicidade da conduta típica”.

Retomando, quando a sentença for condenatória, o artigo 387 § 1º, do CPP, dispõe que, “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação [...]”. Então, é obrigatório, não só pela CF, artigo 93, IX, como pelo CPP, o dever de fundamentar eventual decretação de medida cautelar.

No caso da condenação, não pode o juiz, como efeito automático da condenação, decretar a prisão. Primeiro, a presunção de inocência é um dever de tratamento até esgotadas todas as vias impugnativas, como decidiu o STF nas ADCs 43 e 44 (Brasil, 2019); segundo decretar uma medida cautelar exige mais que a condenação, que só atesta, provisoriamente, o *fumus commissi delicti* e não o *periculum libertatis*, que é o perigo que a liberdade do réu representa ao processo, conforme o artigo 312, do CPP.

Dentro desse contexto, Muchanga (2020) destaca que a presunção de inocência, também vincula as autoridades públicas. De maneira que os membros dos tribunais não comecem os processos com preconceitos sobre a culpa do réu, nem manifestação judicial relacionada à culpa, antes do trânsito em julgado.

Cabendo, ainda, pontuar que não será abordada a suspensividade do recurso especial e extraordinário, por não serem recursos ordinários e não se prestarem a dar efetividade ao direito ao recurso, já que inexistente ampla revisão.

Há um problema na suspensividade com a Lei 13.964, o Pacote Anticrime, que criou o artigo 492, § 4º, do CPP, determinando a prisão, no rito do júri, no caso penal igual ou superior a 15 (quinze) anos, sendo uma verdadeira prisão automática, em decorrência da condenação pelos jurados.

Vislumbra-se que a imposição legal da prisão viola a presunção de inocência, afrontando a CADH e a CF/88. Por esse aspecto, há posicionamento pela inconstitucionalidade desse tipo de prisão (Badaró, 2020), no que se concorda, acrescentando a inconvencionalidade, em face da CADH.

O STF, por sua vez, através de recurso extraordinário (Brasil, 2024) com repercussão geral, ao deliberar sobre o artigo 492, § 4º, do CPP, entendeu que esse dispositivo é inconstitucional, no tocante à possibilidade de execução imediata da pena. No entanto, o Supremo firmou a seguinte tese, “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de

jurados, independentemente do total da pena aplicada “, tal decisão, apesar de não declarar a inconstitucionalidade do artigo anterior, acaba possibilitando a aplicação imediata da pena. Esse posicionamento é criticado por Geraldo Prado (2024, p. 378), também, por violar a presunção de inocência e pelo fato de o júri ser uma garantia individual e “[...] não pode ser interpretada e aplicada em desfavor do titular do direito”.

Ne mesma linha crítica sobre a prisão, Gustavo Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini trazem (2022) o exemplo da Lei de Lavagem de Dinheiro que, antes de sua reforma, vedava a fiança e liberdade provisória. O que entendiam os autores e o trabalho adere, violava a presunção de inocência.

Ao tratar da prisão cautelar, a Corte IDH (Costa Rica, 2021) decidiu como sendo uma medida excepcional e dependente das circunstâncias concretas e justificadas.

Quanto ao primeiro elemento do critério de proporcionalidade, ou seja, a finalidade da medida restritiva de liberdade, a Corte indicou que uma medida dessa natureza só deve ser imposta quando for necessária para satisfazer um fim legítimo, a saber: que o acusado não impedirá o andamento do processo nem se esquivará à ação da justiça. 2. Da mesma forma, destacou que o perigo processual não se presume, mas que deve ser verificado caso a caso, fundamentado em circunstâncias objetivas e determinadas do caso concreto. 3. A exigência de tais finalidades está fundamentada nos artigos 7.3, 7.5 e 8.2 da Convenção.

Nesses termos, a Corte IDH decidiu pela excepcionalidade da prisão cautelar. No Brasil, entretanto, o processo penal não está compatível com essa visão convencional, a exemplo do dispositivo legal que autoriza a prisão imediata, como mencionado.

A prisão automática na hipótese do júri, em condenações com pena igual ou superior a 15 anos²⁵, indica mais que uma violação à presunção de inocência, também aparenta haver vulnerabilidade ao direito ao recurso que, fica sem efetividade, ante uma prisão automática e “justificada” em critério matemático.

A inovação do Pacote Anticrime, em relação à prisão automática e a falta do efeito suspensivo, em verdade, não é uma novidade no CPP de linha autoritária (Gloeckner, 2019). O CPP tinha o artigo 594, revogado em 2008, o qual estabelecia

²⁵ O processo penal brasileiro teve outros exemplos de prisões obrigatórias através de leis penais especiais, tais como a lei 8.027/90 (Lei de crime hediondos) e a lei 9.613/98 (Lei de lavagem de capitais), ambas revogadas, porém a existência delas mostrou a violação da presunção de inocência, tanto que foram revogadas.

que o réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão, isso é, o recolhimento à prisão era automático, sob pena do recurso não ser conhecido.

O revogado artigo 594 do, CPP é uma demonstração da violação ao Estado de inocência e, paralelamente, do direito ao recurso. O direito ao recurso sequer haveria, caso o réu não se recolhesse e, a falta de compreensão constitucional foi tão grande, que só 20 (vinte) anos após a promulgação da vigente Carta Magna, o artigo 594 do, CPP foi revogado e, do mesmo modo, a falta de compreensão convencional, pois a CADH foi aderida em 1992 e depois de 16 (dezesesseis) anos, o artigo 594, do CPP foi revogado, o que indica a incompreensão dos tratados internacionais sobre direitos humanos e a incompreensão sobre a presunção de inocência.

Da mesma forma, havia o artigo 595, do CPP, o qual estabelecia, “Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”. Esse foi revogado em 2011, isso é, após 23 anos da promulgação da atual Constituição Federal. As críticas apresentadas ao dispositivo legal anterior, sobre a inconstitucionalidade e inconveniência servem ao artigo 595, do CPP.

Sem grande utilidade prática, havia até 2011, o artigo 393, do CPP, que estabelecia como efeito da sentença condenatória, primeiro que o réu condenado, em suma, deveria ficar preso para apelar, enquanto não prestasse fiança. Essa sistemática, violam a presunção de inocência. Afinal, também era uma hipótese de prisão obrigatória, sem qualquer análise dos requisitos das medidas cautelares do artigo 312, do CPP.

O artigo 393 do CPP trazia outra situação de violação à presunção de inocência. Por esse dispositivo, o efeito da sentença condenatória era colocar o réu “no rol dos culpados”. Tal postura viola a presunção de inocência como dever de tratamento, tendo em vista a inexistência de trânsito em julgado da sentença condenatória, como explica Moraes (2010, p. 440) sobre o inciso II, do artigo 393, do CCPP, que há “Evidente ranço legislativo nazifascista que bem demonstra, por mais esse ponto, a não aceitação da presunção e inocência por essa legislação infraconstitucional”.

Mesmo sendo claros os exemplos anteriores de violação à presunção de inocência, ainda há a lei de drogas que, no artigo 59, a prisão cautelar como regra para apelar. As críticas a esse dispositivo são as mesmas que cabem aos artigos 303, 594 e 595 do CPP. O que é mais grave, é a vigência legal do artigo, mesmo diante da violação da presunção de inocência, daí o alerta de Adelino Manuel Muchanga (2020, p. 504) sobre a presunção de inocência vincular, também, o legislativo que “[...] não

deve aprovar leis que retirem conteúdo à presunção de inocência” e o autor exemplifica, justamente, com uma hipótese de lei que possibilita a execução da pena sem trânsito em julgado.

Agora será apresentado o recurso denominado de recurso em sentido estrito, previsto no artigo 581, do CPP. Tal denominação advém por ser um recurso como de direito estrito (Marques, 1997). Há, no entanto, quem entenda que o presente meio de impugnação é inominado, por não ter o legislador lhe especificado um nome, a teor do que fez com a apelação e os demais recursos (Rangel, 2023).

Apesar da divergência, o recurso previsto no artigo 581, do CPP acabou sendo conhecido como recurso em sentido estrito e, na praxe forense, abreviado para RSE. A denominação desse título já explica, de certa forma, por explicar o seu cabimento, isso é, “estrito”, somente nas hipóteses previstas em lei. Desse modo, o recurso em sentido estrito tem rol taxativo no artigo 581, do CPP.

Em relação à legitimidade do recurso, o CPP regulamenta essa questão no artigo 577. No tocante à legitimidade, as críticas e ponderações feitas para apelação, servem integralmente ao recurso em sentido estrito. Daí a necessidade, também, de compatibilizar o RSE à CADH.

Quanto à finalidade, o RSE pode impugnar matéria fática e jurídica ao mesmo tempo, como pode somente questionar matéria de direito, isso, como exposto anteriormente, a depender do permissivo legal que vinculará o RSE. Ademais, o RSE só cabe em relação às determinadas decisões, em regra interlocutórias, não atacando, por exemplo, as sentenças absolutórias e condenatórias. A limitação demonstra que nem sempre o RSE será um meio efetivo para concretizar o direito ao recurso, já que apesar de em determinadas hipóteses ter amplo reexame fático e jurídico, como na pronúncia, em outras isso não ocorrerá, como na exceção de incompetência, a qual possibilita exame apenas de matéria jurídica, tal aspecto implica que o RSE não parece ser um instrumento idôneo, ao menos, em todas as suas hipóteses de cabimento para efetivar o direito ao recurso.

Tratando-se das decisões interlocutórias, entende Santos (2012, p. 85) que o duplo grau não abarca esse tipo de decisão, cabendo à impugnação das interlocutórias posteriormente à sentença. Consoante a autora, as decisões no decorrer do processo “[...] não são capazes de alterar de forma definitiva a esfera subjetiva das partes”. Para Nieva Fenoll (2012), os recursos contra as decisões interlocutórias podem ser proveitosos, porém, no geral, são improvidos, de modo que

o autor indica que a tendência do legislador na Espanha é diminuir os recursos de decisões interlocutórias, sendo melhor guardar as energias para no final recorrer, exceto em situações graves.

Por sua vez, Jaques Penteadó (2006) entende que as decisões interlocutórias não possibilitariam o duplo pronunciamento e que elas podem ser reexaminadas quando a causa estiver na superior instância. De sorte que, a exceção é à irrecorribilidade das decisões interlocutórias, nos casos de cabimento do RSE.

Entende-se de forma distinta dos autores. As decisões interlocutórias devem possibilitar o acesso à superior instância. Há diversas situações que podem afetar os direitos e garantias fundamentais do réu no curso do processo e ter que aguardar eventual apelação, possibilita que a ilegalidade perdure, principalmente, quando há chances de o tribunal entender que não houve prejuízo ou, até mesmo, matéria preclusa, a exemplo da Súmula 648, do STJ, que dispõe, “A superveniência da sentença condenatória prejudica o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa feito em *habeas corpus*” (Brasil, 2021).

A recorribilidade das decisões interlocutórias é componente do direito de defesa, isso é, o contraditório. Em face desse, deve ser garantido o direito ao recurso.

Superada essa questão, adentra-se às hipóteses de cabimento do RSE, notadamente no rol do artigo 581, do CPP. Aduzindo Badaró (2020), que o RSE, normalmente, impugna as decisões interlocutórias e “grosso modo”, o RSE equivale ao agravo do processo civil, o autor distingue que no RSE, o cabimento é taxativo e não contra qualquer decisão interlocutória, como ocorre no processo civil, sendo ainda cabível contra sentença terminativas e contra decisões administrativas. Há, ainda, projeto de lei no sentido de transformar o RSE em agravo de instrumento e retido, PL 8.045/2010 no artigo 463 (Brasil, 2010).

O comparativo entre agravo e o recurso em sentido estrito, mesmo com os cuidados desta tese sobre a Teoria Geral do Processo, é interessante para demonstrar que o agravo tem uma taxatividade mitigada, segundo o Tema 988, do STJ (Brasil, 2018), e é cabível interpretação extensiva (Cunha, 2011), o RSE não cabe interpretação extensiva. Isso demonstra que o agravo, mesmo não tutelando bens tão relevantes quanto o RSE e, não sendo uma garantia fundamental do processo civil, consegue ter mais efetividade ao direito ao recurso.

Analisando a extensão do RSE, que comporta reexame fático e jurídico, por ser um recurso ordinário, no entanto, a sua extensão é delimitada à sua hipótese de

cabimento. Logo, se for interposto o RSE com base no inciso IV, do artigo 581, do CPP que pronuncia que a impugnação será restrita a esse aspecto específico, diferente da apelação que não tem delimitação, o que não significa que o RSE seja um recurso ordinário, apenas tem limitação dentro de cada uma de suas hipóteses de cabimento, assim, interposto o RSE pela recusa da homologação do Acordo de não Persecução Penal (ANPP), inciso XXV, do artigo 581, só será possível discutir, ante à vinculação da fundamentação, porém, sem limitação fática e/ou jurídica, desde que dentro da sua hipótese de cabimento.

Interessante atentar que, Lopes Júnior (2020) entende que o RSE tanto pode ser ordinário quanto extraordinário. A pronúncia é citada pelo autor como o caso de reexame probatório, inclusive como já mencionado, enquanto a questão da incompetência (art. 581, II, do CPP), somente se reexamina questão de direito.

Diretamente ligado à extensão, há os efeitos decorrentes de sua interposição. Neste ponto, além dos efeitos devolutivos, suspensivo e extensivo, existe o efeito regressivo. Quanto ao devolutivo, até pela natureza ordinária, a devolução é ampla, fática e jurídica, apenas alertando que a devolução é adstrita, especificamente, à hipótese a qual foi interposto o recurso, por isso, um RSE sobre unificação de pena, (inc. XVII) pode reexaminar todos os aspectos fáticos e jurídicos, desde que da unificação das penas.

Essa delimitação ao aspecto do cabimento, por si, não indica violação ao direito ao recurso. Diante da possibilidade de outros meios de impugnação, como o *habeas corpus* que, apesar de não ser recurso propriamente, é via impugnativa, ou ainda, o mandado de segurança em matéria criminal.

Conforme Badaró (2020), a possibilidade de impugnar as decisões interlocutórias depende da estrutura do procedimento na 1ª instância. De modo que, para o autor, um procedimento mais curto, com uma audiência ou mais, porém sendo concentradas, não seria cabível recursos, ante a concentração dos atos processuais e a sentença, com a interposição de apelo da decisão final. De outra forma, quando o procedimento fosse com mais audiências, caberia a impugnação das decisões interlocutórias. Nessa hipótese, haveria prejuízo à parte, pela futura demora na apreciação da decisão interlocutória pela instância superior e, a anulação do processo, em momento posterior, levaria a desperdício de tempo.

Diante das considerações sobre um processo mais ou menos alongado, o autor propõe uma solução intermediária. De maneira que, fossem estabelecidas as

decisões que pudessem ser impugnadas, como põe o vigente CPP, no taxativo rol do artigo 581.

Em relação ao procedimento, o RSE se aproxima da apelação. Desse modo, o recorrente ao interpor o recurso, pode arrazoar, imediatamente, o recurso, diante do artigo 586 do CPP. Podendo também apresentar razões depois, conforme artigo 588, do CPP, só que ainda na 1ª instância. Novamente, a apresentação das razões e/ou contrarrazões são indispensáveis, diante o contraditório e ampla defesa, esses, conexos ao direito ao recurso, por isso, o artigo 589, do CPP, afigura-se não recepcionado, por possibilitar o prosseguimento RSE sem as contrarrazões.

Caso não seja oferecida as contrarrazões pela defesa técnica, a parte deve ser intimada para constituir novo defensor. Caso não o faça, será nomeado um visando assegurar o contraditório e a ampla defesa.

Havendo a interposição do recurso, o juiz pode manter a decisão, conforme artigo 589, do CPP, sendo o processo enviado à superior instância. Pode ainda, o juiz reformar a decisão (art. 589 § único). Nessa hipótese, a parte contrária, a qual inicialmente tinha sido beneficiada com a decisão, agora passa ser prejudicada, podendo recorrer mediante “simples petição”.

Esclarecendo, Lopes Júnior (2020) diz que, nessa “simples petição”, a parte já deve apresentar a fundamentação pertinente, por inexistir outro momento para fazê-lo, isso no prazo de 5 (cinco) dias, por ter essa petição o mesmo tratamento do RSE. Essa “simples petição” para Badaró (2020), tem natureza de RSE e é denominada de “recurso invertido”.

Deve ser pontuado que, a formação do instrumento, artigo 587, do CPP, perdeu o sentido com os processos virtuais. A virtualização, em parte, ajudou a duração razoável do processo nos infindáveis dias que eles tramitam burocraticamente nas mesas dos cartórios e secretarias e dos deslocamentos das comarcas, principalmente, as mais distantes, para o tribunal na capital. Isso, não só para o RSE, como para todos os recursos, dando efetividade ao direito ao recurso.

Quanto aos efeitos do RSE, além dos comuns, existe o efeito da retratação, possibilitando que o juiz prolator da decisão, retrate-se, sendo denominado de juízo de retratação. Ocorrendo retratação à parte que foi recorrida, poderá recorrer por “simples petição” e assumirá o posto de recorrente.

O outro efeito é o devolutivo. Como já explicitado, consiste na transferência da decisão a reexame da instância superior. No caso do RSE, o efeito devolutivo é

adstrito à hipótese de cabimento do recurso, por exemplo, se decretar a prescrição ou extinguir a punibilidade, artigo 581, inc. VIII, do CPP, não poderá ser debatida outra questão, como autoria e/ou excludente.

O CPP em seu artigo 584 regulamenta as hipóteses de suspensividade do RSE, sendo que majoritariamente, entende-se, que em regra não há suspensividade, entretanto, quando houver a possibilidade de restrição de direito, deve ser analisada a possibilidade da suspensividade (Badaró, 2020; Pacelli, 2021).

O problema, ao que parece, é haver casos em que o RSE não tem suspensividade por disposição do CPP e, a decisão importa em restrição de direito, como na decisão de pronúncia no rito do júri. Nesse sentido, quando houver o cabimento do RSE, mas sem suspensividade, ele deve ocorrer, isso será decorrência do respeito à presunção de inocência e à busca da compatibilidade do CPP (Brasil, 1941) ao CADH (Costa Rica, 1969) e a CF/88 (Brasil, 1988), que pelos próprios períodos de criação, já demonstram sua desconexão nos tratos das garantias, sendo que essa adequação reforçará o direito ao recurso, assim, como as demais garantias processuais.

Em relação ao efeito extensivo, não parece haver diferença para Lopes Júnior (2020). Basta seguir a mesma sistemática da apelação.

O próximo recurso a ser analisado é o agravo em execução penal, uma das três formas de agravo no processo penal, junto com o agravo que inadmite recurso especial, extraordinário e das decisões de membros de tribunais. Na hipótese das decisões penais de membros de tribunais, cabe o agravo regimental, artigo 317, do regimento interno do STF e artigo 258 do regimento interno do STJ (Brasil, 2023).

A razão do estudo do agravo, logo após o RSE, é pelo motivo de o agravo ter substituído o RSE na fase da execução penal. Desse modo, será abordado o agravo naquilo que lhe diferenciar do RSE.

O agravo em execução penal é previsto no artigo 197, da Lei de Execução Penal (LEP) e, naturalmente, consagra o direito ao recurso na execução penal. O trânsito em julgado da decisão condenatória não retira do condenado suas garantias fundamentais, inclusive, as processuais, exceto as que não foram retiradas pela condenação, artigo 3º, da LEP (Brasil, 1984). Tanto assim que, em relação aos presos incide, por exemplo, as Regras de Mandela, Regras de Bangkok e os Princípios de Yogyakarta.

Há dois pontos a serem tratados sobre a legitimidade.

Para quem aceite a legitimidade do assistente, nessa fase não há mais razão para mantê-lo, pois já foi formado o título executivo, a sentença condenatória transitada. Então, aceitar a legitimidade nessa etapa, só seria justificável a título de vingança privada, fato inadmissível ante a dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III, da CF/88 (Brasil. 1988).

Também existe a legitimidade do apenado. Isso é alvo de crítica (Lopes Júnior, 2020), entende-se até que o sentenciado pode manifestar sua vontade de agravar, por petição reduzida a termo, difícil é aceitar que esse fundamente o recurso, face à necessidade de conhecimentos técnicos, inclusive como dispõe o artigo 7.6 da CADH. Para arrazoar e/ou contrarrazoar, pensa-se que é necessário advogado e/ou defensor para efetivar uma defesa eficiente, por deter conhecimentos técnicos apropriados, como orienta a Corte IDH, assim, estará atendido o contraditório e a ampla defesa, por efeito, o direito ao recurso.

A Corte indicou que o direito de defesa implica que seja efetiva, oportuna, realizada por pessoal técnico, o que permite fortalecer a proteção do interesse específico do acusado e não como um simples meio para cumprir formalmente a legitimidade do processo. Portanto, qualquer forma de defesa aparente seria uma violação da Convenção Americana. Nesse sentido, '[a] relação de confiança deve ser resguardada tanto quanto possível nos sistemas de defesa pública [portanto, deve haver mecanismos flexíveis para que o acusado possa solicitar que o nível de sua defesa seja avaliado e [n] o defensor público pode subordinar os interesses de seu cliente a outros interesses sociais ou institucionais ou à preservação da justiça? (Corte IDH, 2019, § 99).

O agravo em execução penal é cabível na fase da execução da pena. Qualquer decisão nessa fase e incidentes, implicará em impugnação, via agravo. Excepcionalmente, é aceito o *habeas corpus* no lugar do agravo, desde que não necessite de dilação probatória²⁶. Fato que se concorda, pois o *habeas corpus*,

²⁶ HABEAS CORPUS. PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME. MATÉRIA ATINENTE À EXECUÇÃO PENAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. O *habeas corpus* não é o remédio jurídico adequado para apreciar o mérito acerca do cumprimento da pena, havendo previsão expressa de recurso específico, qual seja, o agravo em execução. Somente em situações excepcionais, quando for possível se verificar alguma ilegalidade imediata, sem dilação probatória, pode-se analisar o pedido, o que não é a questão apresentada na hipótese em análise. Impositivo, portanto, no caso, o não conhecimento da pretensão haja vista a inadequação da via eleita. Writ não conhecido. (Habeas Corpus, Nº 53901479820238217000, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel: Sérgio Miguel Achutti, Julgado em: 09-01-2024).

apesar de não ser recurso, também é via impugnativa e, nesse caso, será uma medida mais “simples e rápida”, como dispõe o artigo 25.1, da CADH.

O agravo, por força do artigo 197, da LEP, não tem efeito suspensivo. Pense-se ser esse um ponto problemático, observemos o caso do apenado que tem regressão de regime e interpõe o agravo, em face de regressão, como em outras situações, o agravante retrocederá no cumprimento da pena, mesmo sem o trânsito em julgado da decisão que determinou a regressão.

A falta da suspensividade parece não ser compatível com a presunção de inocência. O apenado é culpado pelo delito cometido e não, necessariamente, pela falta disciplinar, estando tutelado pela presunção de inocência, além das demais garantias processuais. Logo, entende-se que a carência do efeito suspensivo, fragiliza a efetividade do direito ao recurso.

Outro aspecto importante da execução penal, é a apuração das faltas disciplinares, as quais são apuradas pelo diretor do estabelecimento prisional. Mesmo não sendo ele integrante do Poder Judiciário, acaba intervindo na decisão sobre a liberdade do apenado, ainda que o resultado seja homologado pelo juiz da execução penal e passível de impugnação através do agravo.

O questionamento é o fato de ser subtraído do apenado a apuração por quem não tem reserva de jurisdição, mesmo com a homologação da decisão. Esse afastamento do judiciário acaba por fragilizar o direito ao recurso, pois vai impugnar uma decisão que foi instruída por alguém alheio ao judiciário e a reserva de jurisdição.

O procedimento do agravo, segue o mesmo do RSE (Lopes Júnior, 2020; Badaró, 2020). Nesse ângulo, há a Súmula 700, do Supremo. Contudo, há posição minoritária adequando o rito do agravo em execução penal ao CPC (Grinover, Gomes Filho e Fernandes, 2001), fato que discordamos, em virtude da crítica à Teoria Geral do Processo e pelo fato do agravo ter substituído um recurso que tem procedimento já previsto no CPP.

No tocante à extensão do agravo, não há limitação, tanto pode ser de matéria fática, como jurídica. O problema, como apontado, é que as faltas são apuradas pelo diretor do estabelecimento prisional, assim, a matéria fática, em si, a ser reexaminada na fase recursal, não foi produzida perante um juiz, mas apenas homologada por esse, fato que fragiliza o contraditório e o direito ao recurso.

Não tão usual quanto os recursos até aqui examinados, passa-se aos embargos infringente e de nulidade.

O primeiro ponto a ser esclarecido é sua denominação. Quando for infringente, o embargo tratará de matéria probatória, visando à reforma, quando for nulidade, será o aspecto processual, visando à anulação, contudo, como explica Lopes Júnior (2020), há uma fungibilidade institucionalizada. Logo, não há problemas quando for interposto o infringente no caso de nulidade e vice-versa, em atenção à ideia de um “recurso efetivo”, como disciplina o artigo 25.1, da CADH, que diretamente é ligado à efetividade do direito ao recurso.

Conceitualmente podemos dizer que os embargos infringentes e de nulidade são de natureza ordinária, privativo da defesa, que visam levar ao triunfo o voto divergente, o qual inicialmente foi minoritário. A legitimidade é privativa da defesa, mas se o defensor for omissor, excepcionalmente, o Ministério Público pode interpor o recurso a favor da defesa (Lopes Júnior, 2020), estando esse recurso previsto no CPP, artigo 609 e no Código de Processo Penal Militar (CPPM), artigo 538 (Brasil, 1969).

Os embargos infringentes e de nulidade são cabíveis das decisões não unânimes proferidas em apelação, RSE e agravo em execução penal, esse último, por extensão, já que as decisões impugnáveis na execução penal passaram a ser impugnadas via agravo e ambas têm o mesmo rito. Logo, não parece ter sentido excluir os embargos dos acórdãos não unânimes e provenientes de agravo.

Para Lopes Júnior (2020), é bastante restritivo limitar os embargos às hipóteses citadas, para o autor, diante da necessidade de eficácia do direito de defesa, do duplo grau de jurisdição e direito ao recurso, seria cabível os embargos infringentes e de nulidade nos demais recursos, até nas ações de impugnação, considerando a exclusividade da defesa. Adere-se a tal hipótese, não só pelos argumentos postos, como também, pela necessidade de considerar o processo como um sistema de garantias e a efetividade do recurso.

Como esclarecido, os embargos cabem em razão de decisão de apelação, RSE e agravo. Restringindo o artigo 609 § único “a decisão de segunda instância”, não sendo cabível em decisão de turma recursal, caso seja feita uma interpretação literal. Contudo, Giacomolli (2002, p. 169-170) sustenta ser cabível embargos infringentes e de nulidade nas turmas recursais, aplicando subsidiariamente o CPP, já que na época do nascimento desse inexistia os juizados especiais. De modo que, caso não sejam aceitos os embargos, incorre-se “[...] no utilitarismo legal e judicial, contra os acusados e contra as garantias constitucionais”, tese que é compartilhada, frente à necessidade de potencializar o direito de defesa e o direito ao recurso.

Deve-se ser complementado que, os embargos devem impugnar acórdão não unânime e, naturalmente, desfavorável à defesa. Cabe ao embargante delimitar seu recurso, nos limites do voto divergente.

A divergência, por si, já indica a chance de erro da maioria e é indicativo de injustiça. Dessa maneira, é uma forma de conferir a correção à decisão embargada e garantir segurança jurídica, tutelando a presunção de inocência. Apesar disso, Badaró (2020) aponta a tendência de extinção desses embargos, como aconteceu no CPC/15, inclusive, esse recurso não existe no direito comparado. No entanto, acabar com tal recurso é retirar uma blindagem da presunção de inocência, diante do poder punitivo estatal, além de ser uma indevida aproximação entre processo civil e penal.

Ainda quanto à divergência, esse pode ser total ou parcial. Total, quando a divergência discorda integralmente da condenação e, parcial, quanto a um ou mais aspectos, não a totalidade, por exemplo, há divergência quanto à dosimetria da pena. A divergência, na linha de pensamento de Badaró (2020) e Lopes Júnior (2020) deve ser da conclusão e não da fundamentação, mas, excepcionalmente, tendo efeito civil, será cabível os embargos, a exemplo de dois votos absolvendo pelo inciso II, do artigo 386 e um voto pelo inciso I, do artigo 386, ambos do CPP.

Do julgamento dos embargos, podem ocorrer três votos. Um, mantendo a condenação, outro absolvendo e, o último, desclassificando, com base na tese defensiva. Para Badaró (2020), prevalece o voto médio, desclassificação, podendo haver novos embargos infringentes e de nulidade. Pensa-se que nesse caso, deve prevalecer o voto mais benéfico, em virtude do favor rei.

O procedimento dos embargos é distinto da apelação, RSE e do agravo. Os embargos devem ser interpostos com as razões, no ato de interposição. Até mesmo, pode agregar novos fundamentos que não estavam no voto divergente vencido, mas que busquem transformá-lo em vitorioso, aspecto que se entende reforçar a efetividade do direito ao recurso, contudo, se os embargos excederem o dispositivo do voto vencido, não poderá ser conhecido.

Interpostos os embargos infringentes e de nulidade, o RI dos tribunais estabelece a distribuição de processo e o novo relator, sendo formada uma composição mais ampla. Assim, restará atendida a originalidade cognitiva, no caso, a imparcialidade, mas só em parte, pois no novo julgamento vão participar desembargadores que julgaram o recurso inicial.

Quanto aos efeitos, temos o devolutivo.

Parte da doutrina (Lopes Júnior, 2020) entende ser devolutivo, pois a devolução não é feita ao mesmo órgão colegiado, não há “retratação” pelos mesmos julgadores, mas sim, a um outro órgão jurisdicional superior hierarquicamente, de composição distinta, situação definida no RI de cada tribunal. De maneira distinta, tem linha que sustenta uma espécie de efeito regressivo de modo parcial, pois os desembargadores que julgaram inicialmente podem se retratar (Tourinho Filho, 2010 e Badaró, 2020), por isso, há junção entre a retratação e a devolução (Aranha, 2006).

Podem, e, até devem, os embargos infringentes e de nulidade terem efeito suspensivo. Isso, a teor da presunção de inocência, excepcionalmente, não desde que presentes os requisitos das medidas cautelares do artigo 312, do CPP.

Finalmente, há o efeito extensivo, como natural de todos os recursos, a teor do artigo 580, do CPP e constitucionalmente, em face do princípio da isonomia.

De agora em diante, será feita a conclusão da exposição dos mecanismos de instrumentalização do direito ao recurso, com os embargos de declaração. Podendo ser considerado como o meio apto a sanar obscuridades.

Na sua origem, os embargos eram obstáculos ao cumprimento da sentença, nos moldes do processo civil, transformando-se em “pedido de reconsideração”. Após, transformaram-se num recurso para sanar o vício da decisão, superando o rigor do direito romano, no qual o juiz, depois de fazer a decisão, não poderia mais alterá-la (Grinover, Gomes Filho e Fernandes, 2001).

No Brasil, os embargos de declaração têm dupla previsão no CPP. Para a 1ª instância, o artigo 382, denominado de embarginhos e para a 2ª, a previsão legal está nos artigos 619 e 620, denominado de embargos de declaração. Nada obsta a utilização corriqueira de embargos de declaração em todas as instâncias, pensar o contrário, incorreria em formalismo excessivo, indo na contramão da ideia de um “recurso simples”, como orienta a CADH.

Do que foi exposto, até então, sobre os embargos de declaração, pode-se conceituá-lo como o meio impugnativo para corrigir uma ou mais obscuridade, genericamente, expondo.

Posto o conceito, surge um problema que não ocorreu nos recursos aqui apresentados, o qual seja a natureza jurídica dos embargos de declaração.

Na visão da maioria os autores (Grinover; Gomes Filho e Fernandes, 2001; Tourinho Filho, 2010), os embargos de declaração têm natureza jurídica de recurso, podendo o legislador colocar os embargos como medida voluntária de impugnação,

feita antes da coisa julgada, estando sujeito aos requisitos de admissibilidade dos recursos. Outro fundamento é que, os embargos teriam objetivo de retirar o gravame.

Acompanha-se a ideia dos embargos como recurso, sem, contudo, aceitar que satisfaça o duplo pronunciamento. O duplo pronunciamento exige reexame por órgão distinto, diverso e superior, o que incorre nos embargos de declaração. Nesse particular, Tavares (2021) aponta os embargos de declaração como um recurso que não caracteriza o duplo pronunciamento. Logo, não servem os embargos como instrumento de garantia do duplo pronunciamento.

Quanto à legitimidade, entende-se que permanecem as mesmas críticas feitas inicialmente sobre a legitimidade. Cabendo, excepcionalmente, a legitimidade ao Ministério Público, desde que não possa resultar prejuízo processual ao réu embargado, especialmente, quando houver possibilidade do efeito infringente.

A finalidade dos embargos de declaração é um pouco diferente da dos demais recursos. Ainda que os embargos façam, de certa forma, uma impugnação e crítica à decisão como os demais recursos, nos embargos é visado, como indica Lopes Júnior (2020, s/p), à qualidade mínima da decisão, com “[...] a clareza, a coerência, a lógica e a exaustividade da decisão”.

Por disposição legal, o artigo 620, do CPP, os embargos têm quatro hipóteses de cabimento. Visa sanar ambiguidade, obscuridade, contradição e omissão. Aspectos que serão explicados a seguir, no entanto, nada impede o conhecimento e provimento dos embargos por uma finalidade, quando baseado em outra (Lopes Júnior, 2020).

A ambiguidade é o primeiro caso.

Para parcela de autores (Grinover, Gomes Filho e Fernandes, 2001), a ambiguidade é um nível de obscuridade, exemplificada com o uso de termos de sentidos múltiplos. De modo que, a ambiguidade e a obscuridade, segundo os autores, podem ocorrer na fundamentação ou na parte dispositiva, nesse último caso, mais grave.

A contradição acontece quando, duas ou mais assertivas, são incompatíveis entre si. Podendo ocorrer entre partes da fundamentação com o dispositivo e, entre partes do dispositivo (Badaró, 2020). Como exemplo, acontece quando o juiz entende haver uma excludente e, paralelamente, assevera não ocorrer a excludente, também, é contraditória a decisão que nega a excludente e absolve pela excludente, por fim, a

decisão que julga improcedente a ação e decreta a prisão cautelar. Em todos esses casos a contradição é clara.

Para Badaró (2020), é possível, também, a omissão em outras situações. Entre a ementa e o corpo do acórdão, até a contradição da própria ementa, pois apesar de não atingir o julgado, evitará equívoco, além do valor da ementa estabelecido pelo CPC/15, artigo 943 § 1º, que aduz, “todo acórdão na ementa”. Finalmente, pode ter contradição entre acórdão e o resultado da votação.

A omissão ocorre quando o julgador deixa de apreciar algum ponto suscitado pela parte. Contudo, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001) destacam que não há omissão sanável pelos embargos, quando a questão deveria ter sido provocada pela parte e não ocorreu (Brasil, 2022). Argumentos que se discorda, pela questionável dicotomia das nulidades absolutas e relativas, dualidade que enseja a ideia de preclusão (Gloeckner, 2013).

No caso da decisão absolutória, Giacomolli (2014) cita entendimento do STF, no qual a fundamentação da absolvição estaria satisfeita com a aceitação de uma tese defensiva. Pensa-se diferente da posição do STF, pois a tese acolhida pode não ser a mais benéfica ao réu e, a mais benéfica, acabaria não sendo, sequer, apreciada. Tal aspecto, pode violar o princípio da fundamentação do artigo 7.4 da CADH, conseqüentemente, o direito ao recurso, já que a parte não teria como recorrer de uma tese que, não examinada, daí a necessidade de apreciação de todas as teses defensivas, desde as mais frágeis e simples, até as mais complexas, sob pena de cabimento dos embargos por omissão.

Em relação à decisão condenatória, Giacomolli (2014) defende que para a sua validade constitucional, todas as teses defensivas devem ser rejeitadas fundamentadamente, sob pena de vício.

No âmbito dos juizados, os embargos ainda cabem pela dúvida. Badaró (2020) expressa que em toda dúvida há subjetividade, sendo uma situação na qual o sentido do juízo é procurado, diferindo da obscuridade, contradição e omissão. Para o autor, é equívoco aceitar o recurso com base na subjetividade de quem analisa, cabe ao legislador estabelecer os casos de cabimentos dos embargos.

Em relação a tal crítica, pensa-se de um modo um pouco distinto. Afinal, a dúvida pode, em certos casos, aproximar-se da ambiguidade ou obscuridade, não havendo razão para não aceitar os embargos no caso de dúvida, especialmente, como forma de saber o que exatamente será impugnado, hipótese compartilhada com

parcela dos autores. Nesse sentido, “[...] a dúvida, que se instala no espírito da parte, será sempre decorrente dos vícios de obscuridade, contradição ou omissão” (Grinover, Gomes Filho e Fernandes, 2001, p. 233). Alinhando-se à ideia da decisão que busca uma qualidade mínima (Lopes Júnior, 2020).

O rito dos embargos não é complexo. Deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias, pelo CPP e, 2 (dois) dias, pelo juizado, o embargante deve apresentar o recurso com a sua fundamentação, cabendo ao próprio juiz ou relator e turma reapreciar a decisão embargada.

Ainda no tocante à omissão, há outro aspecto dos embargos, relativo à Súmula 356, do STF (Brasil, 1964). Os embargos de declaração são usados para prequestionar matéria para interposição do recurso especial e extraordinário, através da hipótese da omissão, sob pena de não serem conhecidos os recursos.

Isso é consequência da garantia da fundamentação, artigo 93, IX, da CF. Como desfecham Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001, p. 233), a respeito do uso dos embargos de declaração para pré-questionamento, “Não há de condenável nesta prática”.

A extensão dos embargos de declaração é delimitada a sua hipótese de cabimento. Logo, fica adstrita à ambiguidade, obscuridade, contradição, omissão e no caso do juizado, artigo 82, da Lei 9.009/95, qual se reporta explicitamente às hipóteses de cabimento do CPC, aponta para se “houver obscuridade, contradição ou omissão”. Isso tudo, independentemente de ser matéria de fato ou direito.

Quanto aos efeitos, serão pontuados individualmente.

O efeito devolutivo é restrito ao que foi alvo de impugnação, sendo diferente dos outros recursos no tocante ao reexame, pois o próprio juiz que proferiu a decisão irá decidir os embargos, como aduz Badaró (2020), talvez esse fosse o verdadeiro “efeito devolutivo”, já que o próprio juiz responsável pela decisão vai analisar os embargos, ponderando o autor que se o duplo grau requer revisão por órgão superior e diferente do que proferiu o ato, não teriam os embargos o efeito devolutivo.

Em relação ao efeito regressivo, há divergência nele. Para Badaró (2020), não tem efeito, apesar do próprio juiz ou turma responsável ser quem vai reexaminá-lo. Pensando de maneira distinta, Lopes Júnior (2020) entende que há o efeito regressivo, porque quem proferiu a decisão pode revê-la, no que entende-se tratar de efeito regressivo, inclusive os autores citados partem das mesmas premissas, mas chegam a conclusões distintas, porém considerando que é o próprio responsável pela decisão

que examinará os embargos, excepcionalmente, podendo modificá-la, parece, sim, haver o efeito regressivo.

O efeito seguinte é o suspensivo. Seja os embargos com fundamento do CPP, seja com fundamentos no artigo 83 § 2º, da Lei 9.099/95, os embargos interrompem o prazo para outros recursos, ou seja, o prazo recursal será reaberto integralmente. Há interrupção, não suspensão, que é a devolução do prazo restante, isso acaba reforçando o direito ao recurso, já que o embargante, caso necessite ainda recorrer, terá tempo suficiente para preparar sua defesa, na forma do artigo 8.2.c, da CADH.

3.2 O SISTEMA DE DUPLO PRONUNCIAMENTO É BRASILEIRO OU DOS PAÍSES OCIDENTAIS?

Neste subcapítulo será tratado do sistema de duplo pronunciamento na Colômbia e na Argentina. Esse exame visa demonstrar se o sistema de duplo pronunciamento é, essencialmente, brasileiro ou típico de países ocidentais. O presente subcapítulo iniciará pela abordagem da decisão da Corte Constitucional da Colômbia, a sentença C-414 de 2022, que enfrentou a necessidade ou não do duplo pronunciamento, decisão que inclusive teve a intervenção de diversos *amicus curiae* (Colômbia, 2022).

O segundo país é a Argentina, o outro que teve seu sistema recursal examinado. Na Argentina, as decisões foram pesquisadas na Corte Suprema de Justiça. Foram selecionadas 3 (três) decisões, *Jáuregui*, de 1988 e *Giroldi*, de 1995 e *Casal*, de 2005, as quais mostram a mudança da visão do sistema de impugnação, em virtude da CADH e, notadamente, às garantias judiciais do artigo 8, havendo destaque para os *Casos Giroldi e Casal*, os quais foram mudanças de paradigma no tratamento do sistema recursal na Argentina.

Foi na Colômbia, especificamente em Bogotá, no ano de 1948, que o sistema interamericano de direitos humanos teve seu nascedouro com a Carta da Organização dos Estados Americanos, conhecida como Carta de Bogotá, dando ensejo a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, base legal para a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Mazzuoli, 2021).

O trabalho começará pela decisão da Corte Constitucional Colombiana, sentença C-414 de 2022, que tratou, sob a presidência da magistrada Cristina Pardo Schlesinger por meio de sua Sala Plena, da possibilidade da dupla conformidade nas

ações de repetição para altos funcionários, não para os demais. No caso colombiano, através de uma ação que apreciou a constitucionalidade de “[...] *la decisión del legislador de extender la doble conformidad dentro del proceso de repetición exclusivamente a favor de los altos funcionarios generó un trato desigual desfavorable para todos los demás agentes que podrían ser objeto de la acción de repetición*” (Colombia, 2022).

Esclarecendo, com base na Corte Constitucional Colombiana, que a ação de repetição é uma medida judicial que a Administração tem para ser ressarcida por força de uma condenação por ilícitos causados, em face dos atuais funcionários e ex. Nesse sentido, “[...] *tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho*” (Colombia, 2022).

A ação de repetição é constitucional e tem 7 (sete) características: subsidiária, subjetiva, indenizatória, retributiva, preventiva ou dissuasória, proporcional e não sancionatória.

Nos esclarecimentos iniciais, a Corte Constitucional Colombiana apontou o alcance da dupla conformidade judicial. Sendo o direito a exigir que a primeira sentença condenatória, possa ser revisada por autoridade distinta da que condenou, por meio de um recurso que assegure o exame total, probatório e jurídico, independentemente de sua denominação e do procedimento.

Acrescentou a Corte Constitucional que, a dupla conformidade é uma garantia no âmbito penal. De modo que, o legislador tem a obrigação de compatibilizar o julgamento penal com a interpretação da Corte Constitucional, sobre o direito à dupla conformidade e, independente do procedimento penal, deve ser garantida a dupla conformidade. De maneira divergente, nos demais procedimentos não penais, não há obrigatoriedade da dupla conformidade.

No exame de admissibilidade, a ação questionadora da constitucionalidade foi conhecida somente pela matéria da dupla conformidade. No caso, foram “comunicados”, expressão traduzida da sentença às seguintes instituições:

[...] al presidente del Congreso de la República, al presidente de la República y a los Ministerios de Justicia y del Derecho y de Hacienda y Crédito Público. En el mismo sentido, se ordenó correrle traslado de la demanda a la procuradora general de la Nación y se invitó a participar en el trámite al Consejo de Estado, a las Facultades de Derecho de las Universidades: Andes, Eafit, Icesi, Libre de Colombia,

Pontificia Universidad Javeriana, Externado de Colombia, Nacional de Colombia, Rosario y de Caldas; a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Centro de Estudios de Derecho Procesal (Cedep), al Colegio Colombiano de Abogados Administrativistas y al Instituto Colombiano de Derecho Procesal (Colombia, sentencia C-414, de 2022).

Como objeto da questionada ação de constitucionalidade, essa estava fundamentada no artigo 13 da Constituição da Colômbia, o princípio da igualdade. Assim, aquele estaria violado pelo artigo 25 da Lei 2080, de 2021, que trouxe um tratamento desigual entre iguais, já que a norma questionada possibilitava que um grupo de altos funcionários pudesse apelar, enquanto os outros, não, sendo para os altos funcionário uma ação de única instância, o que era um privilégio injustificado e para o autor da ação em apreciação pela Corte Constitucional, “[...] *la medida solo favorece a los altos funcionarios condenados en la acción de repetición. A su juicio, estos no se diferencian de los otros sujetos responsables en la acción de repetición respecto de los cuales el legislador no previó la doble conformidad*” (Colombia, *sentencia C-414, § 8, de 2022*).

Dentre os principais fundamentos da ação questionadora da constitucionalidade, foi destacado a igualdade entre os altos funcionários e os demais, que são análogos, todos podem ser condenados e foi apontada a proporcionalidade e razoabilidade da norma, pois havia tratamento desigual, não atendendo interesses constitucionais, além de não resolver a morosidade judicial, o que a lei questionada visava sanar. Assim, a dupla conformidade só para um grupo, não descongestionaria a jurisdição.

Na decisão, foi apontado que o legislador fez foi “[...] *consolidar las garantías existentes en el ordenamiento jurídico colombiano y crear la doble instancia en procesos contra altos funcionarios del Estado, tal como ya se hizo en el proceso penal y con el proceso de pérdida de investidura*” (Colombia, *sentencia C-414, § 11, de 2022*).

Em termos gerais, a ação questionadora da constitucionalidade teve o seguinte debate. A Lei 2080 seria desproporcional, pois a dupla conformidade seria apenas para altos funcionários e não para os demais condenados em instância única. Dessa forma, não teria nenhuma base constitucional ou convencional para a desigualdade de tratamento (Colômbia, *sentença C-414, § 10, de 2022*).

Na ação de constitucionalidade houve a “intervenciones” de 6 (seis) instituições, com a apresentação de escritos de cada um e com manifestações divergentes. Esse

fato acabou enriquecendo o debate e a importância da decisão aqui examinada, pois ocorreu a participação de instituições acadêmicas, intervenientes que no Brasil são denominados de *amicus curiae*²⁷.

O Ministério da Justiça e Direito requereu a rejeição da ação. Foi arguido por esse que a ação recaia entre sujeitos que não são comparáveis, pois “[...] *no resulta pertinente comparar a los sujetos procesales que son objeto de una acción de repetición con quienes son parte de los demás procesos de única instancia*” (Colômbia, *sentencia C-414*).

O Instituto Colombiano de Direito Processual foi um interveniente, podendo ser considerado um *amicus curiae*. Para ele, o primeiro problema foi que a inovação da lei de ação de repetição, tratava desigualmente os altos funcionários dos demais, pois para aqueles o processo era de única instância e para os demais, de dupla instância, tendo essa situação mudado com a norma questionada a sua constitucionalidade, corrigindo a desigualdade (Colômbia, *sentença C-414*).

O que ocorreu foi uma inversão de situação, com a inovação legislativa questionada. Ficou estabelecida a dupla instância para os altos funcionários e única instância para os demais, gerando desigualdade e a questionada correspondência com o artigo 13 da Constituição da Colômbia.

Outro argumento foi sobre a natureza da ação de repetição, civil e patrimonial. Assim, não era exigível a dupla conformidade nesse tipo de ação, mas somente nos penais. Desse modo, foi proposta uma espécie de interpretação de maneira que a inovação legislativa passaria a ser interpretada para garantir a dupla conformidade para os funcionários, os altos, que antes só tinham única instância.

Para o interveniente Harold Eduardo Sua Montaña, não ocorreu tratamento desigual com a inovação legislativa. Isso decorreria das particularidades subjetivas do caso.

A Universidade de Caldas foi outra interveniente. Em seu escrito, sustentou que a norma deveria tramitar em lei estatutária e, que a introdução da dupla conformidade nas ações de repetição se desenvolve e regula os elementos essenciais e estruturais do direito de acesso à justiça. Argumentando, ainda, que a norma não descongestionaria os processos que, na verdade, aumentaria. Por fim, a norma não atendia um juízo de igualdade

²⁷ No Brasil existe previsão legal específica sobre o *amicus curiae* no artigo 138 do CPC.

Diferentemente, a Universidade Libre, posicionou-se pela constitucionalidade da norma questionada. Apontou a Universidade que certas pessoas têm prerrogativas, bem como destacou a relevância das funções exercidas e a importância constitucional do controle de repetição.

A Universidade Externado da Colômbia. Essa ponderou que, inexistia motivação constitucional para a dupla conformidade só nos casos dos altos funcionários. Logo, requereu a inexecutabilidade da norma (Colômbia, 2022, sentença C-414, § 14).

O Ministério Público se manifestou favoravelmente à norma questionada, pois defende a liberdade do legislador para regular os meios de controle. O Ministério Público sustentou a ausência de violação ao princípio da igualdade. A motivação seria a diferença que haveria finalidade e natureza diferente entre os processos. E, assim, para assegurar o princípio da responsabilidade da administração, seria razoável a dupla conformidade.

Na manifestação do vice-procurador, a mudança na sistemática recursal operou-se da seguinte forma. Antes da reforma legislativa a maioria dos funcionários tinham o direito a dupla instância, enquanto uma outra parte, altos funcionários só tinham única instância. Houve proposta para manter a situação da maioria dos funcionários, mas estendendo a dupla instância aos altos funcionários. Contudo, o que acabou ocorrendo na legislação, foi a manutenção da dupla instância para parte dos funcionários, enquanto para os altos funcionários ainda era de única instância e não a dupla instância, mas garantida a dupla conformidade quando ocorresse a condenação.

Na manifestação do vice-procurador ocorreu, por parte do Congresso, um tratamento distinto no processo entre os funcionários, mas que a regra geral é de duas instâncias. Entretanto, quando fosse o caso de altos funcionários, o processo seria de única instância, mas a inovação da Lei 2080, de 2021, assegurou a dupla conformidade nos casos de condenação dos altos funcionários (Colômbia, 2022, sentença C-414, § 18).

O objetivo da inovação legislativa seria reduzir o quantitativo de processos nas ações de repetição, assim, ficariam sujeitas a um reexame obrigatório, dupla conformidade, somente as decisões condenatórias contra os altos funcionários, fato que teria gerado violação à igualdade e à ação questionadora da constitucionalidade.

[...] el estado actual del régimen de impugnación de las sentencias proferidas en los procesos de la acción de repetición distingue entre dos grupos de funcionarios. Unos protegidos con la garantía procesal de doble instancia y otros con la garantía procesal de la doble conformidad (Colombia, 2022, sentencia C-414, § 78).

Feitas essas exposições, a Corte Constitucional passou a fazer uma análise da dupla conformidade e da sistemática recursal, com base na jurisprudência constitucional e nos *standarts* internacionais.

Primeiramente, foi pontuado que a impugnação das decisões condenatórias é integrante do direito de defesa, conforme Constituição da Colômbia, artigos 29 e 31 e, de documentos internacionais, como a CADH e o PIDCP. Sendo apontado que *“[...] se trata de un derecho constitucional y convencional cuyo sujeto activo es la persona que, ha sido condenada por primera ocasión en el marco de un proceso penal.”* (Colombia, 2022, sentencia C-414, § 79).

Em momento seguinte, a Corte Constitucional fez referência a diversas decisões da Corte IDH sobre a dupla conformidade. Foi destacado pela Corte IDH que a dupla conformidade é de aplicabilidade obrigatória no âmbito penal, bem como, a responsabilidade internacional dos Estados. Por exemplo, por ter ocorrido o trâmite de um recurso de um civil em órgão militar, julgamento penal de única instância e impedimento de recurso, por falta de intimação de sentença condenatória e falta de recurso contra uma decisão condenatória de 2ª instância, que reformou uma decisão absolutória anterior.

O *Caso Castillo Petruzzi* foi referido e, desse caso, foi extraído o fato de que o direito de recorrer a um juiz ou tribunal superior é integrante do devido processo legal. De modo que, deve ser feita uma revisão completa do julgamento (Colômbia, sentença C-414, § 81, 2022).

A partir do caso mencionado, a Corte IDH decidiu que o direito de recorrer precisa mais do que a existência de um órgão de grau superior ao que condenou. É necessário que o tribunal superior tenha características judiciais que o legitimem

No *Caso Herrera Ulloa*, a Corte destacou a necessidade de a apelação ser um recurso ordinário e eficaz. Contudo, teriam os Estados discricionariedade para regulamentar o recurso, sem que isso violasse o direito de recorrer, sendo importante garantir um exame integral da decisão (Colômbia, 2022, sentença C-414, § 83).

Ainda nesse caso, foram acrescentados dois pontos. O direito ao recurso é uma garantia que está no marco do devido processo legal, possibilitando a revisão da

decisão por um juiz ou tribunal distinto e, hierarquicamente, superior. Além disso, foi posto que, o direito ao recurso seja feito antes do trânsito em julgado (*ibidem.*, § 84).

Na decisão da Corte colombiana, foi citado o *Caso Bareto Leiva*, na qual foi destacado que a impugnação protege o direito de defesa e que a dupla conformidade, com a revisão integral da condenação, concede credibilidade ao ato judicial e tutela o direito do condenado (*ibidem.*, § 85).

A Corte Constitucional mencionou o *Caso Mohamed*, o qual, inclusive, é base desse estudo. O *Caso Mohamed* foi referido por indicar o artigo 8.2.h, da CADH, como garantias mínimas, em todas as fases do processo. Acrescentou, também, que é preciso garantir o direito de recorrer a quem é condenado após a reforma de uma sentença absolutória (*ibidem.*, § 86).

O *Caso Mendonza*, também foi utilizado na decisão colombiana. Nele, foi extraído que o direito ao recurso de uma decisão condenatória, deve possibilitar uma revisão fática e jurídica. Uma revisão parcial, não atende a idoneidade e efetividade (*ibidem.*, § 87).

Em seguida, foi abordado o *Caso Liakat Ali Alibux* da Corte IDH. Na decisão interamericana foi reafirmado que o direito de recorrer é uma garantia mínima que, toda pessoa investigada tem no processo penal para corrigir erros e injustiças da decisão de 1ª instância. Foi posto nessa decisão que, para extrair a dupla conformidade, é importante que o recurso garantisse o exame total da decisão impugnada. A Corte IDH, citada pela Corte Constitucional Colombiana, reforçou que as formalidades dos recursos devem ser mínimas, não podem ser impeditivas para que o recurso cumpra suas funções (*ibidem.*, § 88).

O *Caso Norín Catrimán* da Corte IDH, foi referido brevemente. Nesse, foi mencionado o entendimento da Corte IDH sobre a necessidade de as impugnações atenderem os aspectos fáticos, probatórios e jurídicos (*ibidem.*, § 89, 2022).

A Corte Constitucional Colombiana citou os *Casos Zegarra Marín e Amrhein*, como *standarts* internacionais sobre o direito de recorrer e a garantia do duplo pronunciamento. É relevante pontuar que a Corte Constitucional esclareceu que as mesmas decisões da Corte IDH, sendo de processo penal, as garantias do artigo 8, da CADH, não se limitam ao processo penal. Nesse sentido, fica também justificado o estudo da decisão da Corte Constitucional da Colômbia, a qual não tem natureza processual penal, especificamente, mas tem natureza processual e, trabalha com as

garantias judiciais do artigo 8, da CADH que, como já foi decidido pela Corte IDH e seguido pela Corte Constitucional, são garantias judiciais mínimas (*ibidem.*, § 90).

A Corte Constitucional exemplificou a situação anterior, através do *Caso Baena Ricardo*. Ficou posto que, as garantias judiciais do artigo 8, da CADH, deviam ser aplicadas nas instâncias judiciais e não apenas aos recursos judiciais, de modo que, as pessoas possam se defender de qualquer ato estatal que, eventualmente, afetem-lhes. Isso, dentro de um processo (administrativo, sancionatório ou judicial), devendo atender ao devido processo legal e, na decisão da Corte IDH posto que, os Estados não poderiam se eximir de aplicar as garantias do artigo 8, da CADH, em hipóteses de sanções disciplinares, não penais, que possibilitem aos Estados essa interpretação, seria deixar a livre vontade, a aplicabilidade do devido processo.

A Corte Constitucional trouxe ao debate o artigo 29, da CADH. A justificativa foi que, nenhuma disposição da CADH pode ser interpretada restritivamente. De sorte que, as garantias dos documentos internacionais de direitos humanos são parâmetros mínimos, podendo ser ampliado o seu alcance para maior tutela do ser humano (*ibidem.*, § 92).

Nesse ponto, a Corte Constitucional concluiu que o *standart* internacional determinou a obrigação da dupla conformidade em matéria penal. Acrescentando que, diante do princípio *pro persona*, essa garantia pode ser estendida a outros âmbitos, aos quais não são obrigatórios. De todo modo, a Corte Constitucional, baseada na Corte IDH, entendeu que as garantias judiciais, independente de penais, civis, administrativos ou trabalhistas devem ser aplicadas a todos os tipos de processos (*ibidem.*, § 93).

Após a menção dos casos da Corte IDH, o que demonstra o respeito à jurisprudência internacional, a Corte Constitucional passou a fazer a exposição da sua jurisprudência sobre a dupla conformidade. Introduziu, apontando que a jurisprudência constitucional, a qual tratou da dupla conformidade e do direito de impugnação, é dividida em vários períodos, referenciado nas decisões de 2014 a 2020. A Corte Constitucional reiterou os períodos para estabelecer a atual aplicação da dupla conformidade, na jurisprudência constitucional.

Na primeira fase, a Corte Constitucional tinha interpretação literal do artigo 29 da Constituição Colombiana sobre a expressão “impugnar”. Assim, a Corte Constitucional aceitava julgamentos penais de única instância, podendo essa ser

impugnada pela ação de revisão, recurso extraordinário de cassação, nulidade e ação de tutela (*ibidem.*, § 95).

Havia, na fase inicial, a tese da compensação. A justificativa era que, o julgamento por tribunais superiores, compensava a inexistência de recurso contra essa decisão. Era uma jurisprudência que tinha grande discricionariedade para resolver a dupla instância. Em relação ao direito internacional de direitos humanos, a Corte Constitucional entendeu que o Estado tinha margem de apreciação para organizar o sistema interno de garantia do devido processo nos julgamentos penais.

A Corte Constitucional entendia que, o direito à impugnação penal era garantido com a dupla instância. No entanto, quando se tratava de “aforados”²⁸, há ressalva à dupla instância era compensada pela investigação e julgamento por órgão colegiado da mais alta hierarquia penal, apesar desse critério ser oposto ao artigo 14 § 5, do PIDCP e a interpretação do Comitê de Direitos Humanos da ONU, na observação 32/07, ao deliberar que [...] “*también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior*” (*ibidem.*, § 97).

A jurisprudência constitucional era contrária a esse *standart* internacional. A Corte Constitucional Colombiana aceitava instrumentos processuais extraordinários como meios idôneos para o direito de impugnação, tais como a ação de tutela ou recurso extraordinário de cassação (*ibidem.*, § 98).

Em momento posterior, a Corte Constitucional fez uma interpretação evolutiva da Constituição Colombiana, sendo diferenciada a dupla conformidade ou direito de impugnar à condenação, em face da dupla instância. Para a Corte Constitucional, dupla conformidade ou direito de impugnar à condenação, é uma garantia judicial autônoma na esfera penal, para impugnar uma condenação, que segundo a Corte “*Se trata de una forma de evitar condenas derivadas de los errores judiciales*”. Tendo a Corte Constitucional modificado sua interpretação, sobre os recursos que eram tidas como idôneas para impugnar uma decisão, assim, o tribunal passou a entender que os recursos tinham que rever integralmente a decisão impugnada, o exame deveria ser sobre a controvérsia e os recursos não estavam mais restringidos a hipóteses específicas de provimento (*ibidem.*, § 99).

²⁸ A expressão expressa as pessoas que têm prerrogativa de foro para julgamento, na forma como ocorre no Brasil, na esfera do processo penal.

Foi estabelecido que o legislador deveria criar meios de impugnação da 1ª sentença condenatória penal. Esse aspecto é independente dos processos serem de única instância, dupla instância ou se a primeira condenação foi resultado de um recurso.

A decisão paradigma da Corte Constitucional foi a C-792, de 2014. A partir dela, o tribunal passou a entender que a dupla conformidade e a garantia da dupla instância são *standarts* constitucionais autônomos e conceitos distintos e independentes (*ibidem.*, § 101).

Com a decisão C-792, de 2014, a Corte Constitucional passou a considerar a dupla conformidade indispensável no processo penal, antes disso, o tribunal focava sua atenção no princípio da dupla instância, no qual a sistematização competia ao legislador. Com essa decisão, a Corte passou a entender que não poderia haver restrição ao direito constitucional de impugnar na esfera penal.

A Corte Constitucional, na decisão C-792, esclareceu o que seria a dupla conformidade. No caso, a possibilidade de recorrer da decisão que reforma uma sentença absolutória de 1ª instância, “[...] *la doble conformidad opera en función del contenido del fallo y no según la etapa en la cual se profiere la providencia*”. Enquanto isso, o direito de recorrer de uma decisão de 1ª instância, decorre da dupla instância (*ibidem.*, § 102).

A dupla conformidade não é o direito de impugnar, necessariamente, a sentença da 1ª instância. Para a Corte Constitucional a dupla conformidade é o direito de impugnar a decisão condenatória inicial, mesmo que essa seja resultado de julgamento na 2ª instância. Assim, com tal decisão, passou a ser entendido que há um direito fundamental a recorrer da sentença condenatória.

Ocorrendo com a decisão a delimitação no objeto e finalidade da dupla conformidade. O objeto é a decisão condenatória e a finalidade, ser uma ferramenta defensiva de quem foi condenado e uma garantia corretiva das decisões condenatórias (*ibidem.*, § 104).

A terceira etapa da jurisprudência constitucional foi resultado da reação legislativa e da decisão C-792. Assim, foi feita a estrutura e competência da Corte Suprema da Justiça, separando instrução e julgamento, com a dupla instância para os *aforados constitucionales*, tendo como fim estabelecer o mecanismo de dupla conformidade nos processos de competência da Corte Suprema de Justiça (*ibidem.*, § 106).

Com a reforma constitucional, foi iniciada uma nova fase da jurisprudência sobre a dupla conformidade. Ficou reafirmado que era preciso assegurar a impugnação da 1ª sentença condenatória penal, independentemente de ter sido proveniente de um tribunal superior ou em virtude de recurso (*ibidem.*, § 107).

Em suma, as três fases tinham a ideia da dupla conformidade como exclusividade da esfera processual penal. A justificativa é pelo direito penal ter o maior poder repressivo e atingir mais aos direitos fundamentais, daí a necessidade de reforçar uma garantia diante de possível condenação.

Parte da decisão da Corte Constitucional, baseava-se em critérios restritivos do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. De maneira que, a dupla conformidade não se aplicava a nenhum procedimento que não fosse do processo penal, “[...] *el Comité aclaró que la garantía de la doble conformidad no se aplicaba a los procedimientos para determinar los derechos y obligaciones de carácter civil ni a ningún otro procedimiento*” (*ibidem.*, § 108).

O objetivo da dupla conformidade é garantir que a decisão condenatória só possa ser aplicada a uma pessoa quando aquela tenha sido examinada por um órgão julgador superior distinto. E que, esse reexame, seja fático, probatório e jurídico, fundamentais na condenação. Houve a 4ª etapa, a Corte Constitucional reiterou a jurisprudência sobre a dupla conformidade e prosseguiu na compatibilização do sistema recursal às balizas internacionais (*ibidem.*, § 109 e 110).

A Corte Constitucional, através da sentença SU-2017, de 2019, reportou-se à decisão do Comitê de Direitos Humanos de 07.2018, no *Caso I.D.M. versus Colômbia*, no qual um parlamentar foi condenado pela Corte Suprema de Justiça, em processo de única instância. O Comitê entendeu que a Colômbia violou o artigo 14 § 5, do PIDCP, por não poder o parlamentar condenado recorrer da sua condenação à autoridade superior e distinta da qual lhe condenou. Apesar disso, o Comitê pontuou que a legislação interna, em casos especiais, haveria o julgamento o réu se pudesse ser julgado por um tribunal de maior hierarquia, mas isso não poderia obstar o direito do acusado de recorrer (*ibidem.*, § 111).

Na decisão posterior, SU-373 de 2019, a Corte Constitucional estabeleceu que toda pessoa, independentemente de ter foro privilegiado, tem direito a recorrer da 1ª sentença penal condenatória. Assim, o “[...] *derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria integra el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.*

Este puede ser exigido de manera inmediata, incluso cuando su regulación constitucional sea escasa o solamente enunciativa” (ibidem., § 112).

A Corte Constitucional, na decisão S-397, de 2019, decidiu que a impugnação da sentença condenatória devia possibilitar uma revisão completa da sentença. Isso comportava o reexame da sentença impugnada, além do problema central do caso e, ainda, que o recurso deveria ser passível de exame aberto, ou seja, não poderia haver hipóteses específicas de procedimento (*ibidem.*, § 113).

A Sala Plena apontou que, as decisões da Corte IDH eram referências relevantes para a interpretação da dupla conformidade. Assim, a Corte Constitucional desfechou que a jurisprudência constitucional vigente reconheceu a compatibilidade da dupla conformidade com os parâmetros internacionais, exemplificando através dos *Casos Herrera Ulloa, Liakat Ali Alibux, Norín Catrimán, Zegarra Marín e Amrhein*. Tal postura reafirmou o respeito aos direitos humanos.

Em outros termos, a jurisprudência constitucional entende que a 1ª sentença condenatória pode ser revista por autoridade distinta da que decidiu a condenação, através de um recurso que assegure o reexame integral, independente da nomenclatura judicial, recurso ou procedimento utilizado. Sendo a dupla conformidade uma garantia obrigatória na esfera penal. Desse modo, o legislador tem a obrigação de compatibilizar o julgamento à interpretação da Corte Constitucional sobre a dupla conformidade, diferente de outros procedimentos, nos quais o Congresso pode determinar se aplica ou não essa garantia (*ibidem.*, § 115 e 116).

Resumindo, há diferença na dupla conformidade nos recursos penais e os demais ramos do processo. Na esfera penal, o legislador não tem ampla liberdade para sistematizar os meios recursais, já que sempre deve garantir a dupla conformidade. A decisão colombiana fez referência à posição doutrinária da Espanha, que entende que o artigo 14 § 5, do PIDCP, limita, na Europa, o legislador à discricionariedade dos recursos em matéria penal, diferente de outros ramos.

A jurisprudência internacional entende que, as garantias judiciais são expansivas. Desse modo, o Congresso estendeu a dupla conformidade aos demais procedimentos, tais como os disciplinares, controle de nulidade e restabelecimento de direito e ação de repetição contra altos funcionários (*ibidem.*, § 118).

Considerando que o Congresso estendeu a dupla conformidade para os altos funcionários no caso da ação de repetição, a Corte Constitucional analisou as competências do Congresso no tema de processo. Foi considerado pela Corte

Constitucional que o princípio da legalidade é limite para as competências legislativas sobre processo (*ibidem.*, § 119).

A Corte Constitucional fez um exame sobre o poder do legislador no aspecto e finalidade, em matéria processual. Dentro da competência do Congresso está normalizar novos procedimentos, etapas processuais, meios de prova, definir recursos e cargas processuais (*ibidem.*, § 121). Contudo, há limite ao poder legislativo, em virtude dos princípios e direito constitucionais, tendo a Corte Constitucional expressado que foi “[...] *concretado esos límites generales mediante una serie de diques que contienen la facultad de configuración legal en materia procesal*” (*ibidem.*, § 122).

Foi destacado que, a liberdade do Congresso é menor quando há maior intervenção da Constituição, daí a importância para que o legislador modifique ou elimine um recurso ou trâmite judicial que esteja na Constituição (*ibidem.*, § 123).

Também, deve ser atendido pelo Congresso, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade e, que as normas processuais respeitem um objetivo constitucionalmente aceitável. Logo, esses são parâmetros que impedem o desequilíbrio ou excesso do exercício do poder público (*ibidem.*, § 125). Finalmente, cabe ao legislador respeitar os direitos fundamentais, como destacou a decisão, o devido processo, igualdade e acesso à justiça, ainda que possam colocar tratamento diferenciados, desde que garanta a eficácia de direito (*ibidem.*, § 126).

Compete à Corte Constitucional decidir se o Congresso exerceu suas funções, nos parâmetros da Corte e os *standarts* constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Cabendo à Sala Plena decidir se a norma garante os direitos da justiça, igualdade e acesso à justiça (*ibidem.*, § 127).

Para o sistema constitucional colombiano, a igualdade assume natureza de valor, princípio e direito fundamental, decorrendo do artigo 13, da Constituição Colombiana. Desse dispositivo constitucional, reflete ao princípio da igualdade processual, o qual “[...] *debe existir simetría para las partes en sus oportunidades de ataque y defensa, en sus oportunidades probatorias, en sus oportunidades de alegación y en sus oportunidades de impugnación*” (*ibidem.*, § 128).

Apesar do princípio da igualdade ser postulado constitucional, não é absoluto. Assim, a sentença C-345, de 2019, estabeleceu que há situações vistas de modo diferenciado, porém, não desrespeitam a igualdade processual. A Corte Constitucional apontou três critérios para examinar o tratamento diferenciado no aspecto processual,

o inicial. O julgamento deve ser sobre o processo como um todo e não uma fase, depois, se existir desigualdade real entre os sujeitos processuais, por último, quando existir disparidade nas informações entre as partes ou quando os “incentivos” são distintos (*ibidem.*, § 129).

Para a Sala Plena da Corte Constitucional, não há violação da igualdade processual, em face da Constituição, se for respeitado o devido processo, também, é-se atendido o princípio da celeridade, economia, tutelando a “parte débil” do processo (*ibidem.*, § 130).

Tendo a Corte Constitucional decidido que deve ser avaliado se a medida questionada estabeleceu um benefício ou chance processual, em prejuízo da outra parte. No entanto, a norma impugnada estendeu uma garantia processual, a dupla conformidade, mas só a determinada parcela de funcionários (*ibidem.*, § 131).

Para analisar eventual violação ao artigo 13, da Constituição Colombiana, a Corte Constitucional aplicou o juízo de integridade (*ibidem.*, § 133). Isso, anteriormente, foi feito na sentença C-345, de 2019, na qual foram unificados o alcance, metodologia e parâmetros do juízo integrado de igualdade (*ibidem.*, § 134).

O juízo integrado de igualdade atende a três critérios, com base na presunção de constitucionalidade. O primeiro é caso o legislador não viole a razoabilidade, de modo que um tratamento diferenciado deve atender a um fim constitucional. O segundo critério é que o fim escolhido seja efetivo, não sendo desproporcional, analisado através de eventual violação a direito constitucional. Esse segundo critério possibilita a desigualdades que sejam aceitáveis para um fim importante, mas não desproporcional (*ibidem.*, § 136 e 137).

O terceiro e último critério é o exame mais forte. Neste ponto da Tese é estudado se o fim perseguido é obrigatório, senão haveria um meio menos lesivo para os destinatários da norma e, se a medida não extrapola as limitações de outros valores constitucionais (*ibidem.*, § 139). Logo, esse critério final só aceitaria desigualdade para atender a um fim obrigatório, estritamente indispensável e sem outra via de solução (*ibidem.*, § 141).

Partindo dos pressupostos anteriormente mencionados, a Corte Constitucional deliberou pela constitucionalidade parcial do artigo 25.1, da lei 2080, de 2021, que fez uma diferenciação entre pessoas que podem ser acionadas em ação de repetição, em face do princípio da igualdade. A norma questionada põe de um lado os altos funcionários, com a garantia da dupla conformidade, os quais podem recorrer da 1ª

sentença condenatória na ação de repetição, mas quando for decisão absolutória, não há possibilidade de recorrer pelo Estado ou seu representante (*ibidem.*, § 143).

De outro lado, estão os demais funcionários que estão sujeitos à mesma ação de repetição, os quais têm direito à dupla instância, ou seja, podem recorrer da sentença de 1ª instância condenatória, mas caso não aconteça condenação em 2ª instância, podendo haver recurso pelo Estado ou seu representante, se a sentença de 1ª instância for absolutória (*ibidem.*, § 144).

Esclarecendo, houve distinção de tratamento entre os altos funcionários e os demais, com a inovação legislativa. Os primeiros estariam submetidos a um regime, em regra, de única instância. Na hipótese de a sentença for absolutória, não haveria possibilidade de ter recurso pelo Estado ou representante legal, mas se fosse condenatória, precisaria da dupla conformidade, tal aspecto conferia uma blindagem maior aos altos funcionários. De outro lado, os demais funcionários estariam regidos, também, pela dupla instância, mas não haveria a obrigação de recurso quando acontecesse uma condenação, ou seja, inexistente dupla conformidade. Quando fosse uma absolvição, poderia ter impugnação pelo Estado ou seu representante legal, essas características fragilizariam essa parcela de funcionários, frente à possibilidade de responsabilidade.

Comparativamente, na Venezuela há a dupla instância. Nesse país, segundo o Tribunal de Justiça Supremo (Venezuela, 2023) através da sentença nº 54, de 10.04.2023, a dupla instância é uma garantia obrigatória no processo penal, constando, expressamente, na Constituição Bolivariana (art. 49.1) o direito de recorrer, mas cabendo ao réu decidir se impugnará ou não a decisão.

Retomando a decisão colombiana, nessa houve uma diferenciação na tutela entre os sujeitos, que podem ser acionados em idêntica situação processual de responsabilidade patrimonial. Tendo a Corte Constitucional explicado o seguinte:

[...] se trata de una distinción entre las personas que podrían ocupar la misma posición procesal (responsables patrimonialmente). Eso significa que los sujetos comparables son los potenciales demandados en la acción de repetición cuando estos son altos funcionarios y los eventuales demandados en el mismo proceso cuando estos no son altos funcionarios [...] (ibidem., § 145).

O questionamento é, se quando o legislador estabeleceu um recurso específico para uma parcela de funcionários, seria possível excluir esse direito de outra parcela

que estivesse na mesma situação processual? A Corte Constitucional expôs que o Congresso não tinha que garantir a dupla conformidade no processo de repetição, mas, se o fez, a jurisprudência da Corte Constitucional assegura que o princípio da isonomia seja atendido, independentemente da disparidade entre as partes que estão na mesma posição processual (*ibidem.*, § 146).

A Corte Constitucional destacou que o legislador pontuou a necessidade da celeridade do sistema judicial. Segundo a exposição de motivos do projeto de lei, o objetivo era acabar com a ação de repetição, caso fosse julgada a favor do réu, no caso dos altos funcionários e, de forma diferente, quando ocorresse condenação, a declaração de responsabilidade. Então, o processo seguiria em função da dupla conformidade, fato que na visão da Corte Constitucional não é obrigatória, mas é legítima numa linha constitucional (*ibidem.*, § 152).

Ainda, a Corte Constitucional se manifestou pela obrigatoriedade da dupla conformidade na esfera penal. Contudo, nos demais julgamentos, essa garantia depende do Congresso. Por conseguinte, a Corte Constitucional entendeu que a deliberação do Congresso em estender a dupla conformidade aos processos de repetição é legítima e vista com base no princípio *pro persona*, sendo um desenvolvimento de uma garantia não exigida em outros processos, mas que não é vetada numa perspectiva dos direitos fundamentais, como é o devido processo, que são tidos como mandamentos de otimização (*ibidem.*, §153).

Frente a tais considerações, a Corte Constitucional concluiu que a extensão da dupla conformidade nas ações de repetição é importante numa linha constitucional. Podendo ser aplaudido o legislador por estender uma garantia judicial, sendo compatível com o entendimento do devido processo, previsto no artigo 8, da CADH que, todo “[...] *procedimiento judicial debe estar amparado por el más alto estándar posible de garantías [...]*” (*ibidem.*, § 154).

O problema destacado pela Corte Constitucional, tendo por base o princípio da igualdade, é a parcial extensão da garantia processual. Assim, a extensão da dupla conformidade deve ser para todos os funcionários que sejam, possivelmente, responsáveis patrimonialmente. De modo que, o objetivo do legislador precisa ser aplicado a todos os funcionários, não a uma parcela, o que retira o fundamento constitucional da parcial extensão da dupla conformidade, colocado pelo artigo 25, da Lei 2.080 (*ibidem.*, § 155).

No caso questionado foi posto em consideração não um comparativo entre processos de natureza distinta, mas sim, confrontar sujeitos que respondem ao mesmo tipo de processo, mesma jurisdição e posição processual. Frente a esses critérios, a legislação questionada, artigo 25, da Lei 2.080, estabeleceu uma discriminação entre sujeitos (*ibidem.*, § 156).

A decisão considerou que o legislador fez um tratamento desigual por força da extensão parcial da dupla conformidade. Portanto, foi violado o princípio da igualdade e limitou o potencial da medida inovadora para alcançar seus fins.

No caso da legislação questionada foi excluída a maior parcela de funcionários para incrementar a celeridade processual. O que para a Corte Constitucional, além de ser um tratamento diferencial, tem um “carácter infrainclusivo”, atingindo a idoneidade da medida (*ibidem.*, § 157).

Ademais, a Sala Plena entendeu que a lei questionada não tutelava a “parte débil” do processo, nem equilibrava a posição das pessoas. Ao reverso, com a exclusão da dupla conformidade para uma parcela de funcionários, esses ficaram preteridos com a respectiva exclusão da inovação legislativa (*ibidem.* § 158).

A Corte Constitucional apontou que a inovação legislativa, artigo 25, da Lei 2080, trouxe menos benefícios do que comparado ao direito de igualdade, em razão dos sujeitos da ação de repetição. Tendo a Sala Plena exposto que, a otimização ou extensão de uma garantia processual, pode violar o princípio da igualdade e a extensão *pro persona*, não pode gerar um tratamento diferente entre sujeitos, ainda mais quando inexistente justificativa constitucional (*ibidem.*, § 160).

A Sala Plena concluiu que não há problema em estender a dupla conformidade, que essa medida tem finalidade constitucional. Contudo, a não extensão a todos os funcionários é injustificada e discriminatória, desviando da finalidade da medida. Sendo assim, compete à Corte Constitucional estabelecer qual é a medida constitucional adequada para corrigir a discriminação legal, sem que fosse atingido os demais princípios constitucionais, como a otimização das garantias judiciais e o respeito ao princípio democrático (*ibidem.*, § 162).

A Corte Constitucional ponderou que, caberia declarar a inconstitucionalidade da norma alvo da ação, pois violava a igualdade entre as pessoas. No entanto, havia uma medida que possibilitaria manter a vigência da norma questionada e dessa maneira, estariam mantidos os interesses constitucionais que o legislador escolheu.

Logo, optou a Corte Constitucional deliberar por uma decisão que otimizasse os direitos envolvidos (*ibidem.*, § 163).

Declarar a inconstitucionalidade da inovação legislativa, levaria os altos funcionários a ficarem sem um recurso efetivo das suas decisões condenatórias, ocasionando um retrocesso para um sistema de única instância. A declaração de inconstitucionalidade afetaria a jurisprudência da própria Corte Constitucional, que trata da competência legislativa sobre definição de processos e sistema de recursos. De modo que, por parte da Corte Constitucional, existe deferência ao amplo poder do Congresso (*ibidem.*, § 164).

A declaração de inconstitucionalidade anularia a decisão do Congresso de ampliar e otimizar uma garantia processual, sendo oposta à expansão dos direitos fundamentais e das garantias processuais. Além do mais, o fim da inovação legislativa é dar celeridade à dupla conformidade e gerar o fim do processo quando a decisão for absolutória, enquanto, só a decisão condenatória enseja a dupla conformidade, através de um reexame para outra instância (*ibidem.*, § 165).

Estabeleceu a Corte Constitucional que, a decisão a ser tomada não poderia retirar os recursos processuais que o legislador havia estabelecido (*ibidem.*, § 166). Tendo a Corte Constitucional entendido pela constitucionalidade condicionada, no aspecto expansivo da garantia da dupla conformidade, que foi estendida parcialmente. Assim, a desigualdade ficou corrigida com a extensão da dupla conformidade a todas as pessoas que pensam responder a ação de repetição (*ibidem.*, § 167).

Foi posto que, a extensão do direito ao recurso, compõe o princípio da igualdade. A Corte Constitucional decidiu que a extensão é válida constitucionalmente para corrigir a violação à igualdade e tratamento discriminatório (*ibidem.*, § 168). Decidindo a Sala Plena pela constitucionalidade do artigo 25, da Lei 2.080, de 2021, para garantir a dupla conformidade de todas as sentenças condenatórias, quando não forem os altos funcionários, como indicado na norma questionada, o recurso desses será analisado por um superior funcional ao que tenha proferido a condenação de responsabilidade (*ibidem.*, § 169).

Em síntese conclusiva, a Corte Constitucional afirmou que a inovação legislativa é relevante. Contudo, a extensão parcial da dupla conformidade prejudicou a eficácia da medida e, a discriminação entre funcionários era desproporcional (*ibidem.*, § 174). Então, a Sala Plena decidiu pela superação da discriminação, a decisão tomada pela Corte Constitucional concluiu que, “[...] *debía acompañar la*

decisión de exequibilidad con un condicionamiento que garantizara la doble conformidad en todos los procesos de repetición.” (ibidem. § 175).

No item denominado de dispositivo da sentença colombiana, a Corte Constitucional considerou exequível o artigo 25, da Lei 2.080, de 2021, passando a assegurar a dupla conformidade em todas as decisões condenatórias. Quando não for o caso de altos funcionários, o recurso dos demais funcionários será examinado por superior funcional ao que proferiu a condenação.

De agora em diante, neste subcapítulo o trabalho passa a examinar o sistema recursal da Argentina, a partir de casos da Corte Suprema de Justiça da nação Argentina, *Jáuregui*, de 1988 e *Giroldi*, de 1995 e *Casal*, de 2005, as quais apresentam mudança e readequação do sistema de impugnação a da CADH, especialmente, às garantias judiciais do artigo 8, com relevância para os *Casos Giroldi* e *Casal*, marcos da mutação no sistema recursal da Argentina.

Para iniciar as etapas evolutivas do sistema recursal, este subcapítulo vai fazer primeiro uma exposição do *Caso Jáuregui*. Esse caso foi decidido através de recurso extraordinário de 15.03.1988. A decisão envolveu o debate sobre as questões recursais, o devido processo legal e aplicabilidade da CADH no aspecto dos recursos.

Em caráter preliminar, a decisão argentina no *Caso Jáuregui* superou o erro de qualificação da defesa técnica, no fundamento jurídico do recurso (Argentina, 1988).

Para a Corte, não conhecer o recurso por esse erro material, impediria o acesso à instância extraordinária, não sendo bom para a justiça. A decisão argentina, ainda na sua parte inicial, abordou os direitos e garantias fundamentais, em especial, a dupla instância e o devido processo. Tendo sido pontuado que, a “[...] *doble instancia judicial no constituye, por sí misma, requisito de naturaleza constitucional, por lo que no constituye infracción al principio del debido proceso la norma de la ley 23.049 en cuanto prevé la supresión de la instancia militar al permitir el avocamiento de la justicia civil.*” (Argentina, 1988, s/p).

Ao fazer uma análise do direito de recorrer, previsto no artigo 8.2.h, da CADH, documento internacional ratificado pela Argentina, a Corte argentina decidiu que o recurso extraordinário é o bastante para atender o disposto da CADH. Contudo, destacou a decisão que, apesar da dupla instância não poder ser retirada arbitrariamente, há essa possibilidade pela Lei 23.049 às Câmaras Federais. Esse mesmo posicionamento, como destacou Asencio Mellado (2008), fez com que a Espanha fosse condenada reiteradamente pelo Comitê de Direitos Humanos, pelo fato

de que o recurso de cassação, similar ao recurso extraordinário na Argentina, não permitir uma revisão da decisão condenatória nos termos do PIDCP, estando o recurso de cassação circunscrito a pontos formais e legais da sentença recorrida (Asencio Mellado, 2008).

O debate inicial posto pelo recorrente *Jáuregui* foi, se o militar poderia ser julgado na justiça federal e não na justiça militar, por causa de atos praticados durante o serviço. O que violaria, no seu entender, o juiz natural, garantido na Constituição Nacional. No entanto, a decisão rejeitou esse argumento, sob o fundamento que, em algumas situações, isso seria possível, ou seja, o julgamento fora da justiça militar.

O segundo questionamento do recorrente, ateu-se à violação ao devido processo legal. No caso, ocorreu mudança de julgamento da instância militar, para a federal. Especificamente, foi reafirmado na decisão que a dupla instância, por si, não era uma obrigação constitucional, havendo menção a precedentes nesse sentido da justiça argentina.

Ainda sobre a questão recursal, a decisão argentina apontou que o artigo 8.2. h, da CADH, somente deve incidir em decisões finais ou equivalentes. Ademais, o recurso extraordinário era suficiente para respeitar à dupla instância, aspecto que foi fundamento de outras decisões, até a mudança posterior desse paradigma, com o *Caso Giroldi*, em 1995.

O que foi importante para efeito do presente trabalho, é o estudo do direito ao recurso. Na decisão daquela época, havia a compreensão de que o recurso extraordinário atendia à CADH, já ratificada pela Argentina, esclarecendo que a equiparação normativa da CADH e a Constituição da Argentina, aconteceu com a reforma constitucional em 1994. Ainda no *Caso Jáuregui*, não ocorreu violação ao devido processo, por causa da mudança de julgamento da justiça militar pela federal, como autorizou a Lei 23.049.

Como explicou Maljar (2006, p. 311), antes da reforma constitucional de 1994, os tratados internacionais tinham uma interpretação “peculiar” pela Corte Suprema de Justiça da Nação. De modo que, a dupla instância não era um requisito constitucional da defesa e, o direito de apelar era feito com o recurso extraordinário, entendimento baseado no *Caso Jáuregui*. Pontuando que, “*No estoy de acuerdo con la posición asumida en esse momento por la CSJN, ya que mientras la exigencia de la CADH está referida a la doble instancia ordinaria*”.

A mudança na visão da sistemática recursal ocorreu na Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, com o *Caso Girolodi*, 32/93, em 1995. De tamanha importância a decisão que, inclusive, foi gerada a doutrina de *Girolodi* que refletiu em diversas outras decisões, tais como os *Casos Montero, Cantonar, Álvarez, Bramajo Álvarez e outros, Gorrán Merlo e Henrique*. Tendo o *Caso Girolodi* sido citado em outras vinte e seis decisões dessa Corte, até o ano de 2023, o que demonstra a sua atualidade, mesmo tendo sido proferida há vinte e oito anos (Maljar, 2006).

No *Caso Girolodi*, o réu que deu o nome ao caso, foi condenado pelo Tribunal Oral de Buenos Aires, a um mês de prisão, pena substituída por multa pela prática do crime de roubo tentado. Houve interposição de recurso de cassação pela defesa, o qual foi inadmitido pela Câmara Nacional de Cassação Penal, com posterior recurso extraordinário, esse não conhecido, desse não conhecimento, teve “*recurso de queja*” para a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, gerando o *Caso Girolodi*.

No recurso extraordinário e no “*recurso de queja*” foi alegado violação à garantia de defesa e para fundamentar a admissibilidade do recurso, a defesa aduziu que “[...] *era inconstitucional el límite impuesto por el artículo 459, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Nación, por contrariar lo dispuesto en el artículo 8º, inc. 2º, ap. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”. Havia uma limitação ao direito de recorrer que, somente poderia ter se a penal fosse superior a três anos, multa em determinado valor ou pena de cinco anos de inabilitação (Argentina, 1995).

A Câmara Nacional de Cassação Penal entendeu pela inadmissibilidade do recurso de cassação. Como fundamento da inadmissão, foi utilizado o *Caso Jáuregui*, sendo exposto que “[...] *el requisito de la doble instancia judicial en materia penal quedaba satisfecho con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario*”. Em virtude dessa inadmissão, a defesa interpôs outra impugnação, o “*recurso de queja*”, o qual foi admitido, por causa do questionamento da validade da lei nacional ser contrária à Constituição Nacional e a tratado internacional, aspecto que se assemelha ao um dos fundamentos do recurso extraordinário no Brasil, artigo 102, III, alíneas “a” e “b” da Constituição Federal (Argentina, 1988, § 2 e 3).

A decisão impugnada da Câmara Nacional de Cassação Penal teve como fundamento, o impedimento legal dos artigos 458 a 462 do Código Processo Penal não ter recursos de cassação, nem de inconstitucionalidade. Ademais que, as causas decididas em instância única, somente poderiam ser impugnadas por recurso extraordinário de apelação (*ibidem.*, § 4).

A decisão da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, no *Caso Giroldi*, apontou que a reforma constitucional de 1994 atribuiu hierarquia constitucional a diversos tratados internacionais, inclusive a CADH e, naturalmente, ao direito ao recurso, previsto no artigo 8.2.h, da Convenção (*ibidem.*, § 5). Tanto que Carlos Parma (2011) divisou que, até a reforma de 1994 a garantia da dupla instância não tinha nível constitucional, nem era componente do requisito do devido processo e da defesa, o que somente aconteceu através dos tratados internacionais de direitos humanos, a CADH e o PIDCP.

Em Portugal, exemplificativamente, com a revisão constitucional em 1997, a garantia ao duplo grau foi consagrada, havendo muitas discussões anteriormente (Silva, 2000).

O problema apontado no *Caso Giroldi* era se havia órgão e procedimentos para atender o direito ao recurso. Por efeito, a falta de recurso ensejou a interposição de recurso extraordinário, ante a sistemática recursal vigente e, numa linha do que havia até então de entendimento, com base no precedente *Jáuregui*, posta na decisão impugnada pelo “*recurso de queja*” (Argentina, 1988, § 6), precedente que entendia respeitado o artigo 8.2.h, da CADH, através do recurso extraordinário. No entanto, ocorreu reforma legal em 1990, que alterou a competência da Corte Suprema de Justiça, que antes podia rejeitar os recursos extraordinários, só com o artigo 280, do Código e Processo Civil e Comercial da Nação (*ibidem.*, § 7). Assim, Maljar (2006, p. 33) destacou sobre o novo Código de Processo Penal que, “[...] *creó la CNCP como instancia revisoria en materia penal federal, la que funciona como ‘tribunal intermediario’ entre la CSJN y las Cámaras nacionales o federales de apelaciones*”.

A partir do *Caso Giroldi*, a Corte Suprema mudou o entendimento da sistemática recursal. Sendo decidido que:

[...] puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como “garantía mínima” para “toda persona inculpada de delito” (artículo 8°, párrafo 2°, apartado h, de la Convención) (ibidem., § 8)

Destacou a decisão do *Caso Giroldi*, que as reformas criaram órgãos judiciais que integram “[...] *tribunales inferiores da justiça nacional*. Portanto, foi criada a

Câmara Nacional de Cassação Penal (*ibidem.*, § 9). Esse tribunal é inferior à Corte Suprema de Justiça, conforme artigo 75.20 da Constituição da Argentina.

As reformas que criaram órgãos judiciais alteraram a estrutura do poder judiciário em vigência no tempo do *Caso Jáuregui*, quando inexistia um tribunal intermediário entre a Corte Suprema e as Câmaras Nacionais e Federais de Apelação. Com a inovação e criação da Câmara Nacional de Cassação Penal, essa começou a examinar e, para isso, foram gestados os recursos de cassação e inconstitucionalidade, como nas hipóteses contra decisões dos tribunais orais penais, o que era a situação do réu *Giroldi* (*ibidem.*, § 9).

O *Caso Giroldi* passou a mudar a perspectiva do sistema recursal existente, até aquela época. A decisão se posicionou que, a forma de garantir a dupla instância penal, como estava no artigo 8.2.h, da CADH, seria pela declaração de “invalidez constitucional” do Código de Processo Penal, na parte que impedia a admissão do recurso de cassação, em face dos tribunais criminais e da dosimetria da pena (*ibidem.*, § 10).

Ao tratar do aspecto do direito internacional, a Corte Suprema de Justiça apontou que há a mesma hierarquia constitucional da CADH e a Constituição nacional, conforme artigo 75.22 dessa. Cabendo à Argentina obedecer a jurisprudência da Corte IDH, a teor do artigo 2, da CADH (*ibidem.*, § 11). Esse aspecto é relevante, pois, expressamente, o direito de recorrer não consta na Constituição da Argentina, mas pode ser considerado implicitamente, como destacou Parma (2011).

Foi acrescentado, ainda, pela Corte Suprema de Justiça que lhe competia aplicar os tratados internacionais subscritos pela Argentina, sob pena de responsabilidade internacional, sendo transcrita pela corte nacional o posicionamento da Corte IDH sobre os respeitos aos direitos e liberdade que, “[...] *la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención*” (*ibidem.*, § 12).

Através das diretrizes do *Caso Giroldi*, a Corte Suprema de Justiça entendeu que as garantias do processo penal estavam asseguradas numa perspectiva dos direitos humanos. De maneira que:

[...] la inserción institucional de la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la justicia federal y respeta el sentido del establecimiento de órganos judiciales ‘intermedios’ en esa esfera,

creados para cimentar las condiciones necesarias para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema [...] (ibidem., § 13).

A decisão, com a inclusão da Câmara Nacional de Cassação Penal, em posição intermediária, possibilitou o respeito à dupla instância e ao direito ao recuso como previsto na CADH, artigo 8.2.h. Isso, em razão da chance que o réu passou a ter de reexaminar as matérias probatórias e jurídicas, através da Câmara Nacional de Cassação Penal. Decisão que está alinhada a precedentes da Corte IDH, a exemplo do *Caso Mohamed*, o qual inclusive envolveu a Argentina como parte violadora.

Pertinente pontuar que, houve parecer do Ministério Público no presente caso, que se manifestou pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 459, do CPP argentino, na parte que limita a possibilidade de o recurso de cassação ser examinado pela Câmara Nacional de Cassação Penal. Isso, nos termos do artigo 8.2.h, da CADH, possibilitando a todo acusado o direito de recorrer amplamente a um tribunal superior.

No item que pode ser apresentado como dispositivo do *Caso Girol di*, foi desfechado que, foram providos o “*recurso de queja*” e o recurso extraordinário, anulando a decisão impugnada, enviando o caso ao tribunal originário para que proferisse nova decisão, nos termos estabelecidos no *Caso Girol di*.

Ainda quanto à decisão, Carrió (2012, p. 112) expôs que, “[...] *el muy importante caso Girol di la Corte resolvió que la disposición procesal que condiciona la posibilidad de apelar una condena ante la Cámara de Casación a que la sentencia imponha pena superior a certo tope, era inconstitucional*”. Em outras palavras, a questão resolvida foi sobre a necessidade de uma Corte, a Câmara de Cassação, decidir a apelação do réu, sem limitações recursais, declarando a inconstitucionalidade da norma processual penal limitadora do recurso.

La declaración de inconstitucionalidad del referido art. 459 del Cód. Procesal, concluyó el Alto Tribunal, aparecia entonces como la forma de respetar los derechos y libertades establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en consonancia con las opiniones de la Corte Interamericana (Carrió, 2012, p. 91).

O *Caso Girol di* foi uma mudança no sistema recursal da Argentina, como exposto. Contudo, após esse caso, surge a decisão *Casal*, de 2005, a qual, também, representou nova mudança na sistemática recursal da Argentina, como expôs Ángela

Ester Ledesma (2014) que, a decisão Casal marca um antes e depois sobre a regulação e interpretação do direito ao recurso na Argentina.

A decisão *Casal* foi relevante no trato da dupla instância, não só pelo nível de evolução no trato do assunto, como por ter seguido, como destacam Solimine e Pirozzo (2008) as pautas estabelecidas pela Corte IDH no *Caso Herrera Ulloa*²⁹ e informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ambos sobre aspectos recursais. Inclusive, a decisão argentina teve como um dos magistrados, Zaffaroni, o qual foi juiz da Corte IDH, também. Ademais, a decisão foi importante, uma vez que serviu de precedente de outro relevante caso, *Salto*, no qual a decisão *Casal* foi estendida a todo território nacional.

O caso a ser exposto, mostra que Matías Eugenio Casal foi condenado por roubo pelo Tribunal Oral Criminal, em Buenos Aires, Argentina, a pena de 5 (cinco) anos, tendo sido interposto “*recurso casación*”, mas foi rechaçado, ocasionando a interposição da “*queja*” perante à Câmara Nacional de Cassação Penal, sob o fundamento de que, “[...] *resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito*” (§ 3). Também, ocorreu rejeição, ocasionando o recurso extraordinário, esse denegado e, após, nova e última impugnação, a “*queja*”.

Foi destacado, ainda, na presente sentença, que a criação da Câmara Nacional de Cassação é um tribunal intermediário e que os recursos interpostos perante esse Tribunal “[...] *constituyen la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que consagran los arts. 8, inc. 2°, ap. h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*” (§ 20). Após, a sentença fez uma digressão sobre evolução do recurso de “*cassación*” que, até a decisão *Casal* não podia reexaminar questões de fato e prova (§ 22).

Houve, contudo, através da sentença *Casal*, novo posicionamento sobre a impossibilidade de revisão de matéria de fato. A decisão argentina deliberou que o artigo 456, do CPP, da Nação fosse interpretado:

²⁹ A sentença Casal se fundou nos diversos votos dos magistrados, na decisão da Corte IDH no caso *Herrera Ulloa*, no tocante a necessidade revisão integral por meio do recurso.

*[...] en la forma en que exegéticamente se impone y que, por ende, esta lectura proporcione un resultado análogo al consagrado en la doctrina y jurisprudencia alemanas con la llamada teoría de la *Leistungsfähigkeit*, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. *Leistung* es el resultado de un esfuerzo y *Fähigkeit* es capacidad la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable (§ 23).*

Desse modo, para a decisão, não seria cabível o reexame do material quando dependesse do princípio da imediação (§ 24). Expondo Solimine e Pirozzo (2008. p. 154) que, a extensão da revisão tem limites inevitáveis da oralidade (imediação), mas que esses não deveriam ser supervalorizados, devendo haver uma “[...] *inmediación desmagnificada [...]*” de sorte que, “[...] *sea redicida sólo a las pruebas cuyo contenido o fiabilidad no se pueda establecer también por otros medios no alcanzados por la inmediación*”.

Destaque-se que a teoria alemã aplicada pela Corte argentina não tem a mesma relevância, conteúdo e extensão atribuída pela Alemanha, como alertam Julio Maier, Daniel Pastor, Gabriel Barberá e Eugenio Sarabayrouse (2023, p. 543). A teoria alemã tanto pode ser vista como uma forma de ampliar a revisão, como uma forma de restringir, dependendo do ponto de vista de seu entendimento e dos fins do recurso de “*cassación*” de sorte que, “*El método, en sí mismo, no es ampliatório ni restrictivo para la cassación penal*”.

Ademais, para a decisão, a interpretação do artigo 456, do CPP, deveria ser feita junto com o artigo 8.2.h, da CADH e o artigo 14 § 5, do PIDCP. Sendo viável aplicar a teoria da doutrina alemã do esgotamento da capacidade de revisão. Assim, terminava com a limitação do recurso de “*cassación*” às matérias de direito, restringindo a distinção entre matéria de fato e direito, distinção que “[...] *contraría abiertamente al bloque constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisabilidad de la sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional (§ 26)*”.

A decisão expôs que a distinção entre matéria de fato e direito deformou a prática recursal ante à Cassação Penal (§ 27), fato que desatende o artigo 8.2.h, da CADH e o artigo 14 § 5, do PIDCP, além da efetividade do recurso. A decisão, também, fez crítica à política restritiva de admissão dos recursos (§ 27), circunstância

semelhante à jurisprudência defensiva no Brasil, como é o caso das Súmulas 7 e 279, do STJ e STF, respectivamente.

Prosseguindo, a decisão apontou a relatividade na classificação dos recursos ordinários e extraordinários “[...] *que en definitiva no tiene mayor relevancia*” e *que, diferente do que até então se sustentava, no tema de prova a “la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente”* (§ 28) e “sana crítica” deve ser entendida como a aplicabilidade de um método racional de reconstrução da prova (§ 29), que é violado quando o juiz não aplica na fundamentação da sentença, gerando a carência de fundamentação “[...] *una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte.*” (§ 31).

Em momento posterior, a sentença aponta que o artigo 456, do CPC, da Nação, o qual trata da “*cassación*”, deve ser interpretado consoante a teoria do máximo rendimento, esclarecendo que:

[...] exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto (§ 32).

A decisão ressaltou que o artigo 8.2.h, da CADH e o artigo 14 § 5, do PIDCP, exigem a ampla revisão, através de um recurso que deva ser eficaz. Até mesmo, a decisão argentina se reportou ao informe *Maqueda* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o qual reputou insuficiente a chance única de revisão pelo recurso extraordinário, em razão da limitação e formalidade daquela impugnação. Na mesma linha, a decisão argentina expôs que o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, na comunicação 701/96, declarou que o “*recurso de cassación*” da Espanha, desatendia o artigo 14 § 5, do PIDCP (§ 33).

Em termos finais, a decisão aponta que o artigo 456, do CPC, da Nação, o qual, repita-se, trata do recurso de “*cassación*”, deve possibilitar uma revisão ampla da sentença, com o maior esforço dos juízes de cassação, de acordo com as possibilidades do caso, e sem supervalorizar a imediação, mas “[...] *sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas*”. Tal posicionamento decorre dos seguintes fatores: a) o dispositivo não limita o recurso à matéria de direito;

b) a impossibilidade prática de distinguir matéria de fato e direito; c) a interpretação limitada ou ampla deve seguir e ser compatível a Constituição Nacional, a CADH e o PIDCP; e, d) esse posicionamento atende o informe do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (§ 34). Concluindo, a decisão que a interpretação da “*cassación*” afrontava a garantia internacional de revisão da sentença condenatória (§ 35).

Para Julio Maier, Daniel Pastor, Gabriel Barberá e Eugenio Sarrabayrouse (2023) o *Caso Casal* teve contorno próprio sobre a teoria alemã, por ter sido mais ampla que a do país de origem. No entanto, os autores entenderam que a perspectiva da Corte Suprema da Nação Argentina é merecedora de aceite, concluindo que a extensão da decisão *Casal* precisa ser entendida através do que a justiça da Argentina desenvolveu.

Resumindo, na decisão *Casal*, foi acertado que o recurso de “*cassación*” deveria poder fazer análise da matéria de prova, não mais estando restrito a matéria de direito. Essa nova diretriz foi estabelecida em virtude da jurisprudência da Corte IDH e da interpretação que deveria ser atribuída a legislação processual argentina e a necessidade de compatibilização com os artigos 8.2.h, da CADH e o 14 § 5, do PIDCP, esses fundamentos internacionais ressaltam a importância da sentença *Casal*, não só por ter sido uma mudança de paradigma no sistema recursal da Argentina, como por ter seguido os padrões internacionais sobre a sistemática recursal.

Mesmo sendo elogiável a decisão *Casal*, a qual, também, foi fundamento defensivo da Argentina em julgamento perante a Corte IDH, mas ainda há problema na sistemática recursal. A Argentina foi condenada na Corte IDH no *Caso Valle Ambrosio*. Na sentença, foi entendido que:

A pesar de que el Estado ha defendido que el referido ‘fallo Casal’ habría fungido como criterio de interpretación acatado por los tribunales provinciales inferiores, la Corte advierte que no se ha desplegado la correspondiente prueba para acreditar que, efectivamente, a raíz del ‘fallo Casal’ la práctica judicial interna ha provocado en la actualidad que el recurso de casación contra una sentencia dictada en primera instancia cumpla con los estándares interamericanos en la materia, reiterados en el presente caso (Costa Rica. Corte IDH. Sentencia, 2020, Serie C, nº 408, § 68).

Devendo ser atentado que o *Caso Valle Ambrosio* aborda a praxe da cassação da Argentina, antes do *Caso Casal*. Todavia, o *Caso Casal* não acrescenta nada ao

Caso Herrera Ulloa, mas sim, confirma os parâmetros internacionais dessa decisão e o balanço relacionado ao *Caso Casal* é um esboço de uma avaliação futura da cassação na Argentina, tendo por base a Corte IDH na decisão *Valle Ambrosio* como alertam Julio Maier, Daniel Pastor, Gabriel Barberá e Eugenio Sarrabayrous (2023). A desconfiança dos autores sobre a correção da prática cassatória na Argentina pareceu se confirmar.

Os autores citados destacaram que passados mais de quinze anos do *Caso Casal* e também com o *Caso Herrera Ulloa*, não ocorreu a correção da prática recursal cassatória, isso considerando entre os anos de 2005 a 2020. Mesmo assim, em agosto de 2024, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos demandou na Corte Interamericana, o caso 13.455, em face da Argentina, sobre violações às garantias judiciais, em especial ao que interessa ao trabalho, a sistemática recursal.

A demanda da Comissão Interamericana considerou vulnerado o direito de recorrer. A violação ao artigo 8.2.h, da CADH, segundo a Comissão, decorreu pelo *“derecho de la señora Aguirre a recurrir la sentencia que la condenó se vio materialmente vulnerado debido a que el tribunal de casación rechazó automáticamente planteos de su defensa solo por considerarlos dirigidos a cuestiones de hecho y prueba”*. Essa demanda, em andamento, da Comissão mostra que o problema do direito ao recurso, no tocante à necessidade de reexame jurídico e probatório permanece.

Apresentadas as questões da sistemática recursal de países ocidentais, notadamente, a Colômbia e a Argentina. É possível estabelecer algumas premissas sobre as questões recursais desses países e o Brasil.

Tanto a Colômbia como a Argentina, reportam-se em suas decisões sobre a CADH. Ambas debatem e chegam ao mesmo entendimento da necessidade de aplicação da CADH, inclusive, a Colômbia aponta a necessidade de respeitar a jurisprudência da Corte IDH, em claro respeito aos direitos humanos.

Outro aspecto relevante que aproxima as sentenças, a colombiana e a argentina, é a ligação que ambas fazem do direito ao recurso com o devido processo, à dupla instância e à dupla conformidade. Também, ocorreu relação do direito ao recurso com os direitos e garantias fundamentais.

Uma das críticas interessantes feita pelas sentenças foi a limitação no conhecimento de recursos. Neste ponto, as sentenças foram claras, tendo declarado

a necessidade do reexame integral da decisão impugnada, o que se compatibiliza ao entendimento da Corte IDH.

No *Caso Giroidi* foi pontuado:

Que lo expuesto determina que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8°, inc. 2°, ap. h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena (Argentina, 1995, § 10, grifo nosso).

Ainda sobre a CADH, ambas as Cortes destacaram, cada uma a seu modo, a necessidade de respeitar a CADH. A sentença colombiana, além de se reportar a diversos precedentes da Corte IDH sobre a temática recursal, mostrou a relevância do artigo 8.2.h, da CADH, tal como a argentina. Enquanto a decisão da Argentina, indicou, expressamente, a identidade de hierarquia entre a CADH e a sua Constituição, especialmente, no *Caso Giroidi*.

Outro ponto importante entre as decisões é a mudança de paradigma que essas trouxeram. As duas enfrentaram questões de constitucionalidade de dispositivos processuais que violavam a igualdade, o direito de recurso, o devido processo e as garantias fundamentais. Tendo as duas sentenças chegado à conclusão da necessidade de proteger os direitos fundamentais, tanto assim, que a colombiana mencionou a necessidade de expansão dos direitos fundamentais e a argentina de respeitar a CADH, sob pena de responsabilização internacional.

Confrontando a posição paradigmática dos países citados com o Brasil, é viável chegar ao seguinte entendimento. Ambas mostram o caráter protetivo e expansivo do sistema recursal. A colombiana mais focada na dupla conformidade. A outra decisão, *Giroidi*, na eficácia do recurso extraordinário para respeitar a dupla instância e a decisão *Casa* na necessidade de revisão jurídica e probatória.

A primeira decisão mostrou foco na expansão dos direitos fundamentais e nas garantias processuais. Decidiu que a dupla conformidade é obrigatória na esfera penal, mas não em outros tipos de processo, entendendo que no caso analisado, ação de repetição, só havia dupla conformidade para uma parcela de funcionários, que deveria ter para todos, em atenção à igualdade.

Ainda foi destacado o nexa entre o direto ao recurso e o devido processo, bem como a necessidade do reexame total da sentença impugnada.

A decisão posterior, *Giroldi*, também enfrentou os aspectos recursais e resultou numa mudança de visão do tema, que, até então, tinha-se através do *Caso Jáuregui*. Nessa, foi estabelecido, principalmente, que o recurso extraordinário não era adequado para respeitar o requisito da dupla instância penal, como marco do processo penal e garantia mínima do artigo 8.2.h, da CADH.

Desse modo, foi posta a competência da Câmara Nacional de Cassação Penal para apreciar o mérito decidido pelas instâncias inferiores, sem que se recorra direto à Corte Suprema.

Houve diferença de enfoques nas sentenças. A primeira, centrou a sua abordagem na dupla conformidade e sua expansão a todos os funcionários. Assim, todas as sentenças condenatórias, independente de qual instância foram proferidas, estão sujeitas a um reexame para possível confirmação, nas ações de repetição, por força da sentença e, impositivamente, em todos os processos penais. Algo similar a um *checklist*.

A sentença argentina enfocou no problema na dupla instância. Essa foi debatida e resolvida pela impossibilidade de o recurso extraordinário atender a essa garantia. Então, para isso, seria preciso um tribunal que não a Corte Suprema, apreciasse os recursos defensivos sem limitações.

Quanto ao *Caso Casal*, também marco de mudança na visão recursal da Argentina, chegando a ser elogiada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos³⁰. Essa dispôs da necessidade do máximo esforço no âmbito do reexame recursal, abarcando matéria de fato e direito, em função dos artigos 8.2.h, da CADH e 14 § 5, do PIDCP. Em paralelo ao Brasil, a decisão *Casal* demonstra o possível equívoco dos tribunais superiores (STF e STJ) ao impossibilitarem o reexame de prova, fato, inclusive, exposto em súmulas, em jurisprudência defensiva.

Em relação ao Brasil, é possível fazer outras correlações. Há, também, no Brasil uma preocupação com a expansão das garantias fundamentais, tanto assim que essa expansão é possível pelo bloco de constitucionalidade (art. 5º § 2º, da CF). Nessa cláusula de abertura para os tratados internacionais, Sarlet (1996) entende que o direito de recorrer tem fonte no direito internacional, no artigo 8.2.h, da CADH,

³⁰ A CIDH (Washington, D.C. – EUA) apresenta perante a Corte IDH (San José - Costa Rica) caso da Argentina por violações das garantias e proteção judiciais (<https://www.oas.org/pt/CIDH/Default.asp>).

integrando ordenamento nacional, não por disposição da Constituição, mas sim, pelo bloco de constitucionalidade.

Há outro ponto de similitude entre as decisões e a perspectiva brasileira. As duas decisões relacionam o direito ao recurso e o devido processo. No Brasil, parte da doutrina segue essa posição, como exposto no subcapítulo 2.2 desta Tese. Por exemplo, também é entendido pelo Tribunal Supremo de Justiça da Bolívia, na sentença AS/0199/2013, de 11.07.2013, que considera o direito de recorrer como um dos componentes das garantias mínimas do devido processo, esse estabelecido nos artigos 115 e 117 da Constituição Boliviana (Bolívia, 2009).

De outra forma, há distinção na abordagem da hierarquia da CADH. A Argentina, por meio da Corte Suprema de Justiça, numa visão mais internacionalista, equipara a CADH à sua Constituição, enquanto o Brasil, na ótica do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2008), a posição que tem a CADH, é de *status* supralegal. Entendimento que coloca, por exemplo, a CADH a um passo atrás da nossa Constituição Federal. Ainda em relação à decisão Argentina, o *Caso Giroidi*, em face ao Brasil, é possível perceber que ambos os países não aceitam o recurso de cassação, sendo o seu similar no Brasil, o recurso extraordinário, como instrumento de concretização do duplo pronunciamento.

Sobre o *status* dos tratados de direitos humanos na França, por exemplo, as Convenções internacionais têm valor supralegislativo e subconstitucional na ordem interna, havendo por parte do *Conseil* o exame de compatibilidade das Convenções antes de ocorrer a ratificação as Convenções (Cohendet, 2008).

Finalmente, o *Caso Casali* demonstra a problemática da necessidade de revisão jurídica e probatória. Problema, também, enfrentando na sistemática recursal no Brasil, quando esse é visto a partir da CADH e como exposto ao longo do trabalho.

É possível entender que o sistema de duplo pronunciamento não é, especificamente, do Brasil. Ao contrário, é uma questão dos países ocidentais. Mas, a sua efetividade não é um problema somente brasileiro, é um debate enfrentado pela doutrina e jurisprudência dos demais países, inclusive, chegando às suas Cortes Constitucionais, nas quais foi debatido, indistintamente, aspectos como devido processo, controle de constitucionalidade e aplicação da CADH, em seu artigo 8.2.h, da CADH.

Naturalmente, há peculiaridades no tratamento do assunto por cada país, pela formatação do Poder Judiciário, a distribuição de competências recursais e

regramento das impugnações. Contudo, isso não impede de apontar que o duplo pronunciamento é um aspecto que envolve as nações ocidentais.

3.3 A EFETIVIDADE DO DIREITO AO RECURSO A PARTIR DO CASO MOHAMED VERSUS ARGENTINA

A análise das decisões da Corte IDH, deu-se em razão da perspectiva do processo penal a partir dos referenciais dos direitos humanos. Tal recorte implica, então, nos tratados internacionais de direito humanos. Nesse sentido, considerando que o Brasil está sob a jurisdição internacional da Corte IDH e, essa é a principal intérprete da CADH e do PIDCP, especialmente, a primeira, um dos efeitos da submissão a jurisdição internacional é a análise dos precedentes da Corte IDH.

Outra razão de ser da eleição dos precedentes da Corte, é o fato que essas fizeram a interpretação da CADH e do PIDCP. Essas são *standarts* mínimos de proteção. Logo, os precedentes vão apresentar as garantias (processuais) mínimas aos imputados.

A Corte se referiu em sua jurisprudência constante ao alcance e conteúdo do artigo 8.2.h da Convenção, bem como às normas que devem ser observadas para garantir o direito de recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior. A Corte entendeu que esse direito consiste em uma garantia mínima e primordial que “deve ser respeitada no âmbito do devido processo legal, a fim de permitir que uma sentença condenatória seja revista por um juiz ou tribunal diverso e de grau superior. [...] Levando em conta que as garantias judiciais buscam que quem está envolvido em um processo não fique sujeito a decisões arbitrárias, a Corte tem interpretado que o direito de apelar da decisão não pode ser efetivo se não for garantido a respeito de todos os condenados 38, já que a sentença é a manifestação do exercício do poder punitivo do Estado (Tribunal do RSI. Caso Valle Ambrosio e outros Vs. Argentina. Antecedentes e Reparos (Costa Rica, 2020, Série C, Nº 408, § 42).

Como por exemplo, decidiu a Corte IDH no *Caso Mendonza e outros versus Argentina*.

Além disso, a Corte considera que, na regulamentação que os Estados desenvolvem em seus respectivos regimes recursivos, devem assegurar que o referido recurso contra a condenação respeite as garantias processuais mínimas que, de acordo com o artigo 8 da Convenção, são relevantes e necessárias para dirimir os agravos suscitados pelo recorrente, o que não implica a realização de novo julgamento (Costa Rica, 2013, Série C, Nº 260, § 246).

A partir dessa leitura convencional, surge a perspectiva convencional no direito interno e, no caso desta Tese, o processo penal, uma necessidade dos países subscritores da CADH, por exemplo, para adequar a legislação interna à internacional (Giacomolli, 2016). A leitura convencional, também é decorrência da “prevalência dos direitos humanos” nas relações internacionais, a teor da CF/88, no artigo 2, da CADH e da interpretação Corte IDH sobre esse dispositivo, “*La Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados*” (Costa Rica, 2003, Serie A, Nº. 18, § 77 y 167).

Com a proteção internacional dos direitos humanos, a leitura e utilização de parâmetros convencionais passa a ter mais relevância. Tanto assim que Trindade (2003) esclarece que a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, ocorreu esse processo de generalização da proteção internacional, fato confirmado pelos diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, como é a CADH. No Brasil, essa expansão ocorreu com o bloco de constitucionalidade (art. 5º § 2º da CF), expandindo a realidade nacional para a adesão a tratados internacionais, sendo também possível pensar essa tutela quando a Constituição inova, ao trazer a dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III (Brasil, 1988).

Exposta a razão de ser da escolha da análise dos precedentes da Corte IDH, passa-se à explicação de quais foram os critérios de seleção e como serão utilizadas as decisões. O primeiro critério de seleção foi que, as decisões estivessem na esfera do processo penal. Depois, que tratassem das garantias judiciais, expressão usada pela Corte IDH para se referir às garantias processuais, seguindo, dentre essas, as que abordassem o artigo 8.2.h e o artigo 25, ambos da CADH, os quais tratam, respectivamente, do direito ao recurso e da proteção judicial, através do recurso e seus requisitos.

Esses critérios decorrem do problema desta Tese: há eficácia do direito ao recurso no Brasil a partir da CADH?

Posto e explicado tais critérios, em especial a possibilidade de dupla revisão, jurídica e probatória, como colocado ao longo do primeiro capítulo. Afinal, como explica Maier (2008), que o direito estabelecido nas convenções internacionais garante novo juízo sobre as percepções dos limites probatórios e nas relações jurídicas. Hipótese que é endossa por Badaró (2020), ao entender que a CADH

garante ampla revisão jurídica e fática, para esse autor, a revisão é uma garantia da CADH.

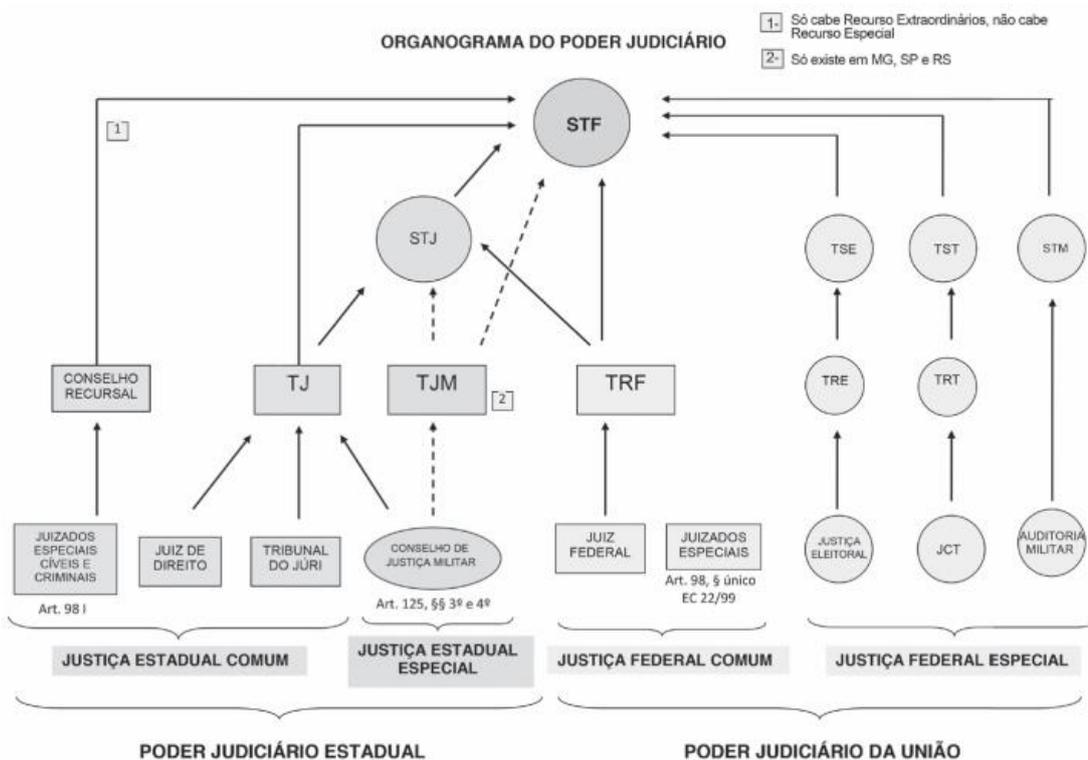
Desse modo, foram encontradas decisões que tratam, especificamente, sobre o direito ao recurso, artigo 8.2.h, da CADH, no aspecto da ampla revisão, tanto jurídica, como fática e, da eficácia do artigo 25, ambos da CADH. A principal e pioneira decisão foi a do *Caso Mohamed versus Argentina*, a qual tem similitude com a sistemática recursal do Brasil, como acentuaram Piovesan, Fachin e Mazzuoli (2019).

Inexistindo até a presente data, decisão tão específica quanto essa, em relação à necessidade de ampla revisão, a qual chegou a tratar dos *standarts* dos recursos. E de tamanha a relevância a decisão que, no *site* da Corte IDH, na parte de consulta jurisprudencial foi esclarecido que “*Debe entenderse que este derecho es aplicable, como se desprende por primera vez del Caso Mohamed Vs. Argentina, incluso a una persona condenada por primera vez en segunda instancia*”, fato que denota a especificidade e pioneirismo da decisão (Costa Rica, 2012, Série C, Nº 255, § 88)

Esclarecendo, desde logo, que as decisões pesquisadas não tiveram como alvo principal os processos de competência originária, apesar desse tipo de casos auxiliarem também na solução do problema da (in)eficácia do direito ao recurso.

Explicado a escolha do *Caso Mohamed*, passa-se a exposição de forma que essa será tratada. Como o trabalho visa confrontar a eficácia do direito ao recurso no Brasil, em face da Corte IDH. O caminho é confrontar o entendimento dessa, em relação ao posicionamento do Brasil quanto aos recursos e, em outro momento, haverá de ser analisado os requisitos do recurso, como exige a CADH e, expresso, por exemplo, no *Caso Mohamed*, “rápido, simples e efetivo”, para saber se no Brasil esses condicionamentos são atendidos. Importante reafirmar que, na Corte IDH há outras decisões sobre os requisitos dos recursos, tais como apontado, no entanto, apenas o *Caso Mohamed* debateu, ao mesmo tempo, os requisitos dos recursos, junto com a necessidade de duplo pronunciamento fático e jurídico de quem foi condenado, na 2ª instância, em função de recurso da acusação.

Para melhor compreensão da sistemática recursal, é importante visualizar a arquitetura do Poder Judiciário no Brasil, artigo 92 e seguintes da CF/88, conforme organograma abaixo. Inclusive, em razão desta estrutura, há doutrina defendendo que o Brasil adotou o duplo pronunciamento (Barcellos, 2020).

Figura - Arquitetura do Poder Judiciário no Brasil

Fonte: Barcellos, 2020.

Tendo em vista o funcionamento do Poder Judiciário, Barcellos (2020) aponta como princípio diretamente ligado à dinâmica do judiciário, a inafastabilidade da jurisdição, artigo 5º, XXXV, o juiz natural, artigo 5º, LIII, vedação do juízo ou tribunal de exceção, artigo 5º, XXXVII e, prossegue a autora que no âmbito do processo há o devido processo legal, artigo 5º, LIV, todos da Constituição. Concluindo, a autora, que a CF não assegura o duplo grau, mas que, a CADH, subscrita pelo Brasil, prevê a garantia do duplo grau nos processos criminais.

É importante destacar que as garantias citadas, encontram paralelo nos artigos 7 e 8, da CADH, que adotou garantias mais amplas, antes mesmo da vigente CF/88, como a duração razoável do processo, que só foi positivada na Carta Magna Brasileira com a EC/45 de 2004, demonstrativo do descompasso entre a CF/88 e a CADH, essa numa linha mais protetiva da pessoa. No mesmo sentido, pode ser mencionado o PIDCP, da mesma forma que a CADH, já dispunha da duração razoável, artigo 9 § 3, antes da atual Constituição Brasileira, além de abordar, expressamente, o direito ao recurso, também, no artigo 14 § 5.

Posta a estrutura do judiciário no Brasil e seu escalonamento, passa-se a uma análise das possíveis consequências dos recursos penais, conforme tenha ocorrido uma absolvição ou condenação em momento anterior, isso é, na 1ª instância.

Serão expostas quatro situações, as quais visam expor como é o trâmite do direito ao recurso no Brasil.

O primeiro caso é quando o acusado é condenado em 1ª instância e esse recorre, sendo a condenação mantida na 2ª instância. Nessa situação, a parte teve direito ao duplo reexame jurídico e fático. Eventuais recursos que impugnem o acórdão da 2ª instância serão o recurso especial e/ou recurso extraordinário, os quais podem levar à absolvição, mas esses limitados à matéria jurídica. O importante, nesse caso, é que o condenado teve, na 2ª instância, o direito à revisão integral da decisão condenatória inicial.

No segundo caso, o réu é condenado na 1ª instância e absolvido na 2ª instância. Até esse momento não há problema, se o réu for condenado na 1ª instância e absolvido na 2ª instância. Mas, caso o Ministério Público recorra ao Superior Tribunal de Justiça, via recurso especial do acórdão da 2ª instância e obtenha provimento, não terá o imputado direito a reexame integral da condenação do Superior Tribunal de Justiça, pois essa Corte é soberana em matéria infraconstitucional. Logo, sem ter a parte condenada algum tribunal ao qual possa recorrer dessa matéria.

Ainda trabalhando com desdobramento do segundo caso. É possível pensar no réu que foi condenado na 1ª instância e absolvido na 2ª instância. Até esse instante não há problemas. Contudo, se houver recurso extraordinário e o réu venha a ser condenado pelo STF, pode surgir um problema, por exemplo, logicamente, não terá o réu, condenado no Supremo Tribunal Federal, o reexame da matéria constitucional, evidentemente, por ser o Supremo a última instância. Portanto, implicando na impossibilidade do duplo reexame do motivo constitucional

Passando para o terceiro caso, o réu sendo absolvido nas duas instâncias iniciais. Nessa hipótese, a acusação pode recorrer ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, através dos recursos próprios e, eventualmente, lograr provimento em quaisquer das Cortes, não terá o imputado, em nenhum dos casos, direito ao reexame jurídico, pois cada um dos citados tribunais é soberano em sua respectiva matéria jurídica.

Como última situação e enfoque do trabalho, é preciso observar o caso da parte que é absolvida na 1ª instância, porém, é condenada na 2ª instância. Nesse caso, não

há chance do condenado na 2ª instância, por força de recurso da acusação, rever questões probatórias perante o STJ e STF, restando somente o reexame jurídico, tanto assim, que há súmulas nesse sentido. Essa foi a situação paradigma para desenvolver o problema da pesquisa.

Ainda trabalhando nessa última hipótese, caso a condenação na 2ª instância tenha como conteúdo matéria infraconstitucional e/ou constitucional, aí sim, haverá para o condenado direto ao reexame pelo STJ e/ou STF, conforme o acórdão condenatório. Contudo, mesmo nesses casos, existe um problema, tanto o recurso especial, como o recuso extraordinário, têm rígido filtro de admissibilidade, diferente do recurso que gerou a condenação na 2ª instância, que é um recurso de natureza ordinária, apelação, o qual não tem os rígidos requisitos de admissibilidade, tal como a repercussão geral e o filtro de relevância, do STF e STJ, respectivamente.

Posta a questão da dinâmica recursal no Brasil, será tratada a decisão da Corte que abordou a necessidade revisional jurídica e probatória.

O *Caso Mohamed versus Argentina*, de 2012, foi selecionado por ter sido a decisão específica quanto à matéria que precisa ser revisada no recurso. E, praticamente, é uma decisão isolada nesse aspecto, isso quando se trata do transcurso de um processo de um réu que é absolvido na 1ª instância, mas condenado na 2ª instância, por força de impugnação da acusação e do assistente.

Sendo assim, o trabalho adentra ao *Caso Mohamed*. De modo que, será examinada a decisão fazendo uma exposição inicial dos fatos, após as consequências jurídicas as quais a Corte IDH atribuiu à situação.

O caso foi decidido pela Corte IDH em face da Argentina, em 2012. A decisão da Corte IDH decorreu de um processo criminal que acabou com a condenação de Mohamed. A condenação desse na justiça argentina envolveu uma morte no trânsito, em Buenos Aires, no ano de 1992, causada por um ônibus, cujo motorista era Mohamed. No mesmo dia do atropelamento foi iniciada a ação penal, regida pelo código de processo penal, perante o *juzgado Nacional en la correccional*, tendo o Ministério Público e o querelante pedido a condenação do réu por homicídio culposo e inabilitação para dirigir (Costa Rica, 2012, Série C, Nº 255, § 40 e 41).

Ao final do processo, o MP pediu o sobrestamento definitivo da causa e o querelante seguiu com a acusação, enquanto a defesa requereu a absolvição (*ibidem*. § 43). Dessa maneira, o juiz de 1ª instância absolveu o acusado em 1994, pois “[...]”

no encontro prueba legal hábil que invalide la original presunción de inocencia y que descarte la regla del ‘favor rei’ (ibidem., § 45).

Em suma, o réu foi absolvido na 1ª instância, por questões probatórias, o que é importante destacar para efeito do direito ao recurso, aqui o problema.

Diante da absolvição, o Ministério Público e o querelante apelaram, enquanto a defesa apelou no tocante aos honorários. Posteriormente, o processo foi sorteado na 2ª instância na *Sala Primera de la Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional*, sendo integrada por três juízes (*ibidem.*, § 46). Em 1995, o citado órgão judicial condenou o réu a 3 (três) anos de prisão, pena que foi suspensa e, 8 (oito) anos de inabilitação para conduzir veículos, além de impor custas, de maneira que a condenação foi resultado de reexame de provas sobre o homicídio culposo, em função de apelo da acusação (*ibidem.*, § 48).

A lei argentina não tinha, em tal situação, nenhum recurso ordinário para recorrer de condenação de 2ª instância, como esclareceram os peritos Maier e Bovino (*ibidem.*, § 50). Como único recurso disponível da decisão de 2ª instância, havia o recurso extraordinário federal do Código de Processo Civil e Comercial da Nação, o qual estava limitado à questão federal e arbitrariedade manifesta da sentença (*ibidem.*, § 51). Assim, a defesa técnica de Mohamed interpôs junto à 2ª instância, o recurso extraordinário federal, em face da *Sala Primera de la Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional*, essa, a 2ª instância.

Ao interpor o recurso extraordinário federal, a defesa alegou vício na fundamentação normativa, ante a inaplicabilidade de uma norma ao caso; contradição na sentença; falta de prova decisiva e, que a decisão se baseava em afirmações dogmáticas que não correspondiam aos fatos, nem ao direito (*ibidem.*, § 52). Ao contrarrazoar o recurso defensivo, o MP alegou que o recurso extraordinário federal “[...] *tiene excepcional caracter*” e “*su concesión automática importaría abrir una tercera instancia ordinaria*”. O querelante também pediu a rejeição do recurso extraordinário (*ibidem.*, § 53).

A “*Sala Primera de la Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional*” não conheceu do recurso extraordinário federal, sob o fundamento de que correspondia:

[...] ‘rechazar el recurso extraordinario’, con base en que la doctrina de la arbitrariedad invocada por el defensor ‘tiene excepcional carácter’ y

[su] concesión automática importaría abrir una tercera instancia ordinaria en los casos en que las partes consideran desacertada la solución que los jueces han dado a la causa (ibidem., § 55).

Em suma, decidiram que o recurso extraordinário não devia ser conhecido, pois não cabia rediscutir provas e que isso seria tornar a Corte Suprema uma 3ª instância. Esse aspecto é exatamente correspondente ao que se entende no Brasil sobre a sistemática recursal em relação ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Por causa da inadmissão do recurso extraordinário federal, a defesa de Mohamed interpôs um “*recurso de queja*”, espécie de agravo, junto a Corte Suprema de Justiça da Nação, buscando anular a sentença recorrida de 2ª instância, com nova decisão.

Esclarece Carlos Creus que os “*recursos de queja*” não são fases obrigatórias do processo, mas são componentes do devido processo. Nesse sentido, o autor aponta,

La queja está constituida por el istamineto, producido ante el mismo tribunal de alzada qu le hubiese correspondido intervenir de haberse el recurso, por medio del cual la perte pide que declare improcedente la degenación del recurso y mande elevar la causa a su conocimiento para que éste sea tramitado (1996, p.145-146).

Além de reiterar os argumentos dos demais recursos, o “*recurso de queja*” destacou que Mohamed foi condenado, após uma absolvição em 1ª instância e que a Argentina estava comprometida com as convenções internacionais, subscritas por essa e que a Corte Suprema tinha recentemente se disposto a aplicá-las. Por fim, a inadmissão do recurso extraordinário federal, violou o artigo 9, da CADH (Costa Rica, 2012, Série C, Nº 255, § 40 e 41).

A Corte Suprema rejeitou o “*recurso de queja*”, decidindo que:

[...] la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió una decisión, mediante la cual ‘desestim[ó] la queja’ con base en que ‘el recurso extraordinario’, cuya denegación motiva[ba] la [...] queja, [era] inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ibidem., § 58).

Por causa dessa rejeição, a defesa apresentou novo recurso, denominado na decisão da Corte IDH, como “escrito”. Sendo argumentado, dentre outros pontos, que havia sido denegada a jurisdição, que o réu não tinha sido ouvido com base nas garantias, violando o artigo 8, da CADH, em seguida, sustentou que aplicação retroativa de normas, violou o artigo 9, da CADH. Ao final, afirmou que estava recorrendo para esgotar as instâncias internas e poder ir ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Contudo, a Corte Suprema rejeitou novamente esse recurso, sob o fundamento de que “[...] *la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso interpuesto por el defensor del señor Mohamed en tanto “las sentencias del Tribunal no son susceptibles de reposición o revocatória (ibidem., § 60).*

Esse foi o histórico do processo na Argentina.

A partir daqui, será feita uma análise do caso, com base no que foi decidido pela Corte IDH. E, pontualmente, com o que foi alegado pelas partes, ou seja, vítima (Mohamed), através de seus representantes, Comissão Interamericana e o Estado, Argentina.

Tendo por base o processo que tramitou na Argentina, a Comissão e o representante alegaram violação ao direito de recorrer, garantido no artigo 8.2.h, da CADH. Também, violação ao dever de adotar as disposições internas, conforme artigo 2, da CADH. Os representantes, ainda, arguiram a violação ao artigo 8.4, da CADH, o *ne bis in idem*. Adicionalmente, ocorreram argumentos de violação por parte da 2ª instância e da Suprema Corte, que essas ao julgarem inadmissíveis o recurso extraordinário federal e o “*recurso de queja*”, ocasionaram violação ao direito de defesa e o direito a um recurso *sencillo, rápido y efectivo*, inseridos nos artigos 8.2.c e 25.1, respectivamente, por fim, os representantes sustentaram violação ao artigo 8.1, da CADH, por causa do direito de ser ouvido e motivadas (*ibidem.* § 62 e 63).

A Comissão, em relação aos artigos 2 e 8.2, da CADH, sustentou os pontos transcritos, que por sua importância, são postos em sua integralidade:

La Comisión sostuvo que la garantía establecida por el artículo 8.2.h de la Convención no consiste en un derecho a ‘dos instancias’, sino a una revisión, por parte de un tribunal superior, del fallo condenatorio [...] independientemente de la etapa en que [este] se produzca”, conclusión que apoya “no sólo [en el] texto del artículo 8.2.h) [...] que no distingue entre etapas procesales, sino de los trabajos preparatorios de la Convención Americana en los cuales se refleja la modificación de un borrador inicial que se limitaba a la revisión del fallo en ‘primera instancia’. Asimismo, se refirió al ‘criterio del Comité de

Derechos Humanos que ha interpretado el artículo 14.5 del Pacto'. Resaltó también que 'toda persona condenada, aun en segunda instancia tras la absolución en primera instancia, tiene derecho a solicitar una revisión de cuestiones de diverso orden y a que las mismas sean analizadas efectivamente por el tribunal jerárquico que ejerce la revisión, precisamente con el objeto de corregir posibles errores de interpretación, de valoración de pruebas o de análisis, tal y como lo alegó la defensa del [señor] Mohamed en cada una de las instancias a las que recurrió'. La Comisión sostuvo que contra la sentencia penal condenatoria impuesta en la segunda instancia contra el señor Mohamed 'únicamente procedía el recurso extraordinario' y que este 'no otorga una revisión oportuna, accesible y eficaz de acuerdo con los estándares [convencionales]', puesto que el alcance de esa revisión es limitado y restringido a cuestiones de constitucionalidad y arbitrariedad manifiestas (ibidem., § 65).

Inclusive, a Comissão fez alusão ao que é chamado no Brasil de jurisprudência defensiva, quando arguiu “[...] a invocación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación permite a la Corte Suprema de Justicia hacer una revisión discrecional del recurso extraordinario, ya que puede rechazarlo ‘sin [...] examinar el fondo del asunto’” (ibidem., § 65). Como efeito da falta de um recurso efetivo, a Comissão entendeu que havia violação, também ao artigo 2, da CADH (ibidem., § 65).

Os representantes, por sua vez, apontaram que o recurso extraordinário federal estava limitado à inconstitucionalidade e arbitrariedade manifesta. E, que, a rejeição do recurso extraordinário federal na *Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones* e, posteriores rejeições dos *recursos de queja y revocatória* pela Corte Suprema da Nação violaram o direito de ser ouvido através do recurso. De maneira que, os representantes entenderam.

[...] que el señor Mohamed no contó con un recurso en los términos garantizados por el artículo 8.2.h de la Convención puesto que, siendo el recurso extraordinario federal el único previsto por la ley procesal argentina para impugnar la sentencia condenatoria de segunda instancia, el mismo “no permitía una revisión oportuna, eficaz y accesible (ibidem., § 67).

A Argentina contestou arguindo, inicialmente, que a vítima Mohamed não tinha alegado, ao interpor seus recursos (*extraordinario, queja y reposición*), violação ao artigo 8.2.h, da CADH. De modo que, o Estado argentino nunca pôde responder internamente esse ponto. A Argentina ainda suscitou que, “[...] no resulta pertinente alegar una supuesta falencia interna en la respuesta judicial, dado que debe entenderse que el resultado en sede interna derivó de la omisión en el planteo de los

agravios del recurrente". A Argentina argumentou que, ao examinar internamente um recurso de inconstitucionalidade, o qual seria similar ao recurso extraordinário federal, havia tutelado "*principio del doble conforme*" (*ibidem.*, § 68).

Prosseguiu a Argentina contestando, alegando o caráter subsidiário do direito internacional. Ao fim, alegou que o Protocolo 7, da Convenção Europeia excepciona o direito ao recurso, apresentando essa tese, como o ponto defensivo, possivelmente, o mais contundente para rejeição à violação ao direito de recurso, no *Caso Mohamed* (*ibidem.*, § 68). Essas foram as principais alegações das partes (Comissão, representantes da vítima, Mohamed e Argentina) quanto ao problema do direito ao recurso e, a partir de agora, serão analisadas as considerações da Corte IDH sobre as supostas violações às garantias judiciais da vítima Mohamed.

Prosseguindo, foi apontado no caso, pela Comissão Interamericana outra violação. No caso, a garantia da necessidade de tempo e meios necessários à preparação da defesa, artigo 8.2.c, da CADH (*ibidem.*, § 69).

A Comissão destacou que havia sido violado o direito de defesa, pelo fato da *Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones* ao declarar inadmissível o recurso extraordinário que alterou a motivação da sentença condenatória, sem que fosse oportunizada a oitiva, frente à nova fonte de imputação. Ademais, a vítima não teria sido ouvida durante o trâmite dos recursos, sendo esses argumentos rejeitados sumariamente pela Corte Suprema de Justiça (*ibidem.*, § 69).

Por sua vez, os representantes da vítima apontaram que houve erro material nessa mudança, por parte da *Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones*. Isso gerou surpresa e nova fundamentação, já que não fazia parte, inicialmente, da sentença condenatória, mas assim, ocasionou violação ao direito de defesa, artigo 8.2.c, da CADH (*ibidem.*, § 70).

A Argentina contestou as violações do artigo 8.2.c, da CADH, negando a alteração da fonte de imputação. Ponderou que a condenação se deu, especialmente, com base no "dever objetivo de cuidado" (*ibidem.*, § 71).

Por parte dos representantes, ocorreu alegação de violação ao dever de motivação e o direito de ser ouvido, artigo 8.1, da CADH. Essa parte questionou que ao ser decidido pela inadmissibilidade do recurso extraordinário federal, os mesmos juízes que condenaram a vítima Mohamed, entenderam que o mencionado recurso não era um recurso amplo, ignorando as questões constitucionais levantadas, tendo que afirmaram que a condenação aconteceu baseada em decreto não mais vigente.

Os representantes sustentaram que os juízes não tinham competência para se manifestar sobre tais questões, mas somente para conhecer, ou não, o recurso sob o aspecto formal (*ibidem.*, § 72).

Quanto ao dever de motivação, os representantes da vítima esclareceram que o artigo 289, do código de processo civil e comercial afronta à CADH e, que seus termos ensejam a grande margem de imprecisão e parece assegurar “[...] *la más absoluta arbitrariedad del máximo tribunal argentino para elegir las causas que pretende decidir*”, com negativa de acesso à justiça e prosseguiram “*y sostuvieron que el referido artículo 280 como norma del proceso civil, no debía ser utilizada respecto a recursos extraordinarios dentro de un proceso penal*” (*ibidem.*, § 72).

A Argentina rebateu as críticas pontando que, a suposta discricionariedade da Corte Suprema ao rejeitar o recurso, não violou nenhuma garantia judicial, sem que houvesse direito da parte para que o Supremo Tribunal revisasse todos os casos que lhes fossem submetidos, nem mesmo em âmbito nacional ou internacional (*ibidem.*, § 73).

A Comissão, em outra alegação, indicou a violação ao direito de proteção judicial, artigo 25.1, da CADH. Como fundamento, a Comissão aduziu a violação ao princípio da irretroatividade da lei penal, constante na CADH, tendo o tribunal decidido pela inadmissibilidade do recurso extraordinário federal, que a utilização de um regulamento de trânsito indevido, foi um erro material, mas que a sentença condenatória estava baseada no “dever objetivo de cuidado”. Conseqüentemente, a Comissão levantou que ocorreu violação ao princípio da legalidade, e “[...] *al tiempo que cerró el acceso a un recurso efectivo [...] violándose el derecho a tener acceso a un recurso sencillo y rápido que lo amparara contra la violación a su derecho a la irretroactividad de la ley penal*” (*ibidem.*, § 74).

Enquanto isso, os representantes da vítima Mohamed foram mais sintéticos nesse particular. Argumentando que a vítima, ao ter sido denegado o recurso extraordinário federal e rejeitado o *recurso de queja e reposición*, não teve direito a um recurso simples e rápido (*ibidem.*, § 75).

A Argentina apresentou refutação a tais questões. Sustentou que a vítima teve chance de impugnar a sentença condenatória, por meio do recurso extraordinário federal, o qual foi rejeitado pela Câmara Nacional de Apelações e que não poderia ser concluído que a vítima não teve acesso a recurso rápido e simples, “[...] *dado que la efectividad de un recurso tiene que ver con su capacidad potencial de producir el*

resultado que se requiere para proteger el derecho, pero no garantiza un resultado en particular". Acrescentou que a vítima teve a chance de um recurso rápido e simples, mas não o utilizou, já que a garantia da *doble conforme* é questão federal, mas não foi suscitada para que a última instância se manifestasse (*ibidem.*, § 76).

Os representantes argumentaram a violação ao *ne bis in idem*, do artigo 8.4, da CADH. Para tanto, foi posto o fato de a vítima ter sido julgada duas vezes, a primeira quando foi absolvido e a segunda ao ser condenado, havendo, de tal maneira, uma nova persecução penal. O direito a recorrer à instância superior era "direito individual do imputado", trazendo, ainda, a Comissão como base para seus argumentos, a doutrina de Maier, o qual funcionou também, nesse processo da Corte IDH, como perito, além de Binder e Bovino. Ainda, a Comissão citou precedente da Corte Suprema de Justiça da Nação, da própria Argentina, que veda a imposição de pena por um mesmo fato e risco de nova condenação, por causa de recurso da acusação, de maneira que a Corte IDH deveria atender ao precedente da Corte Suprema de Justiça da Nação, em atenção ao artigo 29, da CADH (*ibidem.*, § 77).

Até esse ponto, foi realizada a exposição das alegações das partes. Sendo assim, o trabalho a partir desse momento, adentrará às considerações da Corte IDH, conforme o que foi questionado como violação.

A Corte IDH assinalou que em situações equivalentes, cabe analisar os processos internos para averiguar a compatibilidade com a CADH (*ibidem.*, § 79). Tendo sido destacado que as garantias judiciais conhecidas, como as garantias processuais do artigo 8, da CADH, que "*La referida disposición convencional contempla un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del ius puniendi del Estado y que buscan asegurar que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias*" (*ibidem.*, § 80).

Esclareceu a Corte que, ela não é instância de apelação ou revisão das sentenças dos processos internos. Do mesmo modo, não atua como tribunal penal que examina a responsabilidade penal das pessoas, sendo sua função estabelecer a compatibilidade das atuações internas feitas em processos internos com a CADH, e "[...] *en particular, analizar las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos a la luz de las garantías protegidas en el artículo 8 de ese tratado*" (*ibidem.*, § 81).

A Corte IDH apontou que é princípio básico do direito internacional do Estado, reconhecido pelo direito internacional dos direitos humanos, a responsabilidade

internacional pela violação de direito internacionalmente consagrados. Tendo asseverado a Corte que, “[...] *la garantía de un recurso efectivo ‘constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención’*” (*ibidem.*, § 82), tendo os Estados a responsabilidade de assegurar a aplicação dos recursos efetivos e das garantias do devido processo legal (*ibidem.* § 83).

A Corte delimitou o alcance de sua análise ao direito de recorrer de uma decisão e o direito ao *ne bis in idem* (*ibidem.*, § 84). Nessa perspectiva, será posto se o recurso extraordinário federal, “*recuso de queja*” e a solicitação de revogação do réu atenderam às exigências convencionais.

Quanto às alegações indicadas pelos representantes da vítima, de suposta violação aos artigos 8.2.d, 8.2.e, 25.a e 25.2.b, da CADH, a Corte IDH entendeu por não se manifestar. Justificando que não foram apresentados argumentos jurídicos, nem os fatos aos quais estariam relacionados. Da mesma forma, a Corte IDH não se manifestaria sobre a violação ao direito de defesa, já que a alegação estava fundada em normas processuais penais que não estavam no processo da Corte IDH (*ibidem.*, § 85).

Inicialmente, a Corte IDH relatou que em diversas oportunidades decidiu os *estándares* a serem respeitados para garantir o direito ao recorrer para um juiz ou tribunal superior, com base no artigo 8.2.h, da CADH. Destacou que a Argentina não desconhecia tal posicionamento, mas que a vítima, no entender da Argentina, teria acesso ao direito ao recurso, caso houvesse usado os recursos de maneira correta, o que não aconteceu (*ibidem.*, § 88).

A Corte IDH, em função de defesa da Argentina, colocou para ser decidido se o artigo 8.2.h, da CADH, tem exceção. Isso, a partir do momento que o réu é condenado pelo tribunal que aprecia recurso em desfavor da absolvição (*ibidem.*, § 90).

Foi destacado na decisão da Corte, que o artigo 8.2.h, da CADH, tem garantias mínimas em face da pessoa acusada, essas se estendem a todas as fases, desde a investigação, até o final do processo (*ibidem.*, § 91). Aduzindo que não há garantia do direito ao recurso efetivo, caso o condenado esteja sem a possibilidade de um recurso contra sua condenação. E, que é uma garantia da pessoa e não só um desenho do sistema de impugnação dos Estados postos na CADH (*ibidem.*, § 92).

Seguindo esse entendimento, a Corte indicou que o PIDCP tem normas *muy similar* ao artigo 8.2.h, da CADH. Sendo rejeitado pela Corte, o argumento da Argentina de que a Convenção Europeia admite exceções ao direito de recurso, colocando a Corte que a CADH não tem exceções para recorrer. Como ponto de maior destaque da decisão, foi concluído que o réu tinha o direito de recorrer, nos termos do artigo 8.2.h, da CADH, da decisão de 2ª instância da justiça argentina (*ibidem.*, § 93 e 94).

Posto que havia o direito de recorrer, a Corte IDH passou a expor o conteúdo desse direito. Sendo esse uma garantia primordial no devido processo legal, de modo que se possa:

*[...] permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica⁸⁸. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado⁸⁹. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recorrida (*ibidem.*, § 97).*

De sorte que, o direito de recorrer à tutela do direito de defesa. Assim, evitando o trânsito em julgado de um processo nulo e com isso prejudicar uma pessoa, mas não basta a existência de recurso é necessário que esse atenda a outros requisitos (*ibidem.*, § 98).

Faz-se um breve parêntese na análise do *Caso Mohamed*. Interessante notar como a decisão aqui examinada se reporta, especialmente, na parte do direito ao recurso, ao *Caso Herrera Ulloa versus Costa Rica*, uma vez que essa trata, também, do direito ao recurso e foi decisão paradigmática. No entanto, essa não foi a base do presente trabalho, pois não aborda a situação da parte que foi condenada na 2ª instância, por causa do recurso da acusação contra absolvição inicial na 1ª instância.

Retomando à análise do *Caso Mohamed*, a Corte IDH colocou que o recurso estabelecido pelo artigo 8.2.h, da CADH, é um recurso ordinário, acessível e eficaz, assegurado antes da coisa julgada. A eficácia enseja que o recurso deve ser buscar os fins aos quais foi estabelecido. Acessibilidade, o meio ao qual o recurso não pode ter maiores complexidades, de modo que o tornem ilusório e, as formalidades para

que o recurso seja admitido, devem ser mínimas e não podem ser impeditivas para que o recurso cumpra sua finalidade (*ibidem.*, § 99).

Acrescentando que, para a Corte, independente do regime recursal que os Estados acolham, o recurso precisa para ser eficaz.

[...] constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho (ibidem. § 100).

Interessante nesse particular da decisão que, a Corte destacou a interdependência entre as questões de fato e direito, aspectos desconsiderados pelo STJ e STF. Os quais, inclusive, têm súmulas vetando a análise de prova, exceto nos processos de competência originária, nos quais, naturalmente, há necessidade de produção e exame probatório.

Outro ponto interessante da decisão é a oralidade. Tendo a Corte IDH indicado a desnecessidade de novo juízo oral do recurso para respeitar às garantias do artigo 8, da CADH (*ibidem.*, § 101).

Em momento posterior, a Corte IDH examinou a alegação da impossibilidade de a vítima recorrer da sentença condenatória, como também, os meios recursais quais teve disponibilidade, com base no direito argentino, em face do artigo 8.2.h, da CADH.

A Corte apontou que era incontroverso que no ordenamento argentino inexistia recurso ordinário, contra a condenação da vítima. Tendo como único meio recursal, o recurso extraordinário federal e após o “*recurso de queja*” (*ibidem.*, § 102).

A Corte, com base nos reconhecidos juristas e peritos Maier, Bovino e Binder, os quais fizeram uma análise da legislação argentina, o Código de Processo Civil e Comercial, apontaram que o recurso extraordinário federal não é meio recursal penal, mas sim, um recurso extraordinário regulado pelo Código de Processo Civil e Comercial. Ademais, a causa de provimento do recurso extraordinário é ligada à validade da lei, tratado, norma constitucional e arbitrariedade da sentença, não abrangendo aspectos fáticos, probatórios e direito infraconstitucional (*ibidem.*, § 104).

Apesar da Argentina ter alegado que o recurso extraordinário poderia assegurar o direito de recorrer, a Corte discordou. Tendo essa acrescentado a impossibilidade de a vítima ter um recurso para impugnar a decisão condenatória, interpondo o recurso extraordinário federal por ser o único disponível para recorrer da decisão, assim como “*recurso de queja*” (*ibidem.*, § 105).

Ao fazer referência aos *agravios*, a Corte assinalou que a limitação dos recursos, implica, negativamente, na efetividade que essa poderia ter na prática. Pois, os recursos de *agravios* estavam condicionados a priori por “[...] *las causales de procedencia de esse recurso. Esas causales limitaban per se la posibilidad del señor Mohamed de plantear agravios que implicaran un examen amplio y eficaz del fallo condenatorio*” (*ibidem.*, § 106).

Ainda criticou, a Corte IDH, a decisão da Corte Suprema de Justiça da Argentina, que decidiu, unicamente, pela inadmissão do recurso com base no artigo 280, do Código de Processo Civil e Comercial.

Fato que:

[...] torna en incierta la accesibilidad al mismo puesto que esa disposición habilita la denegatoria no motivada del recurso, de manera que los usuarios de la administración de justicia y, en este caso el señor Mohamed, no pueden conocer las razones por las que no pudieron acceder a esa instancia recursiva (ibidem., § 107).

Diante da situação, a Corte entendeu que faltaram balizas normativas que pudessem orientar o recorrente, no caso, a vítima Mohamed (*ibidem.*, § 107).

Em outra passagem, a Corte IDH destacou que o réu interpôs recurso extraordinário federal e “*recurso de queja*”, por inexistir recurso penal ordinário. Assim, tentou impugnar aspectos fáticos e jurídicos da condenação, apontando, em seguida, que a condenação surgiu pela primeira vez na 2ª instância (*ibidem.*, § 108).

A Argentina citou um caso de seu Tribunal Superior, no qual foi procedente um recurso de inconstitucionalidade, assim teria sido tutelada “[...] *la garantía de defensa en juicio y al principio del doble conforme*”. Todavia, a Corte decidiu que essa situação, isoladamente, era incapaz de mostrar a efetividade do recurso extraordinário federal e que isso não tinha a mínima segurança jurídica de que as decisões da Corte Suprema da Justiça da Nação Argentina, pudessem respeitar os recursos em desfavor das condenações e garantir o direito ao recurso. Como efeito das rejeições dos

recursos *in limine*, ficou demonstrando a limitação do recurso extraordinário federal (*ibidem.*, § 109 e 110).

Destacou a Corte que, o MP apelou sem apresentar as razões. Também, não houve ao recurso do MP, a apresentação das razões recursais. Em seguida, não existe informações no processo penal que tramitou na Argentina, se o réu teve a oportunidade de apresentar as contrarrazões ao recurso da acusação (*ibidem.*, § 111). Sendo certo que a ausência de contrarrazões por parte da defesa é indispensável, em atenção ao contraditório, sem o qual o tribunal não pode decidir sobre o mérito do recurso, como explicam Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001).

A Corte IDH acabou concluindo que em relação ao direito de recorrer, “[...] *no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria contra el señor Mohamed, en los términos del artículo 8.2.h*”. Posteriormente, ficou decidido que o recurso extraordinário federal e o “recurso de queja”, que visa tutelar o recurso extraordinário, não são recursos eficazes para garantir o direito ao recurso (Costa Rica, 2012, Série C, Nº 255, §113).

A Corte IDH abordou o dever de adotar as disposições no direito interno, a teor do artigo 2, da CADH, em relação ao direito ao recurso. Posto que, cabe aos Estados, a obrigação de compatibilizar o direito interno à CADH, inclusive, sob pena de responsabilização internacional, tendo a Corte IDH, assim, decidido, que “*Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, [...] que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.*” (Costa Rica, 2002, Serie A, Nº 17, § 87).

Nessa perspectiva, a Corte IDH entendeu haver dois efeitos do artigo 2, da CADH. Um, o dever de revogar normas e práticas que violassem as garantias da CADH e, dois, a necessidade de feitura de normas e práticas para a efetividade das garantias convencionais (Costa Rica, 2012, Série C, Nº 255, §113).

Interessante que, a Corte IDH relacionou o direito de recorrer que tinha o réu, com o dever de adotar as disposições de direito interno para garantir esse direito. Logo, foi decidido que, a “*Argentina tenía el deber de procurar que el señor Mohamed tuviera acceso a un recurso eficaz, oportuno y accesible que le garantizara una revisión integral y amplia (supra párrs. 90 a 101) de la sentencia condenatoria que le fue impuesta por primera vez en segunda instancia*”. Reiterando, assim, como foi feito

em diversos momentos da decisão, que o recurso extraordinário e o de “*queja*” não garantiam o direito ao recurso (*ibidem.*, § 114).

Quanto à alegação da Argentina sobre a evolução jurisprudência e legal sobre o direito ao recurso, foi desconsiderada pela Corte. Posto que, as medidas adotadas, hipoteticamente, foram tomadas depois do ocorrido com a vítima, tratava-se do recurso de *casación* que não foi ligado ao caso.

Concluindo e desfechando a parte relacionada ao direito ao recurso, a Corte IDH decidiu pela violação do direito de recorrer do artigo 8.2.h, da CADH e o artigo 1.1 e 2, da mesma Convenção, por parte da Argentina (*ibidem.*, § 117). Quanto ao exame do direito de defesa, ser ouvido, motivar e ter um recurso simples, rápido e efetivo, ficaram comprometidos por causa da violação ao direito de recorrer. Ainda assim, a Corte dispôs que a ausência do direito de recorrer obsta o exercício do direito de defesa (*ibidem.*, § 118).

A Corte ponderou que, cada um dos direitos da CADH tem um limite próprio e que, “[...] *la falta de garantía del derecho a recurrir del fallo impide el ejercicio del derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso*”. Por efeito disso, a Corte entendeu ser desnecessário apreciar as supostas violações ao direito de defesa, direito de ser ouvido e de motivar e, o direito a um recurso rápido e simples (*ibidem.*, § 119).

A Corte IDH também examinou a suposta violação ao *ne bis in idem*, do artigo 8.4 da CADH. Inicialmente, a Corte entendeu que essa garantia vedava que alguém voltasse a ser processado pelos mesmos fatos. Também, a Corte fez a distinção do *ne bis in idem* entre a CADH, artigo 8.4 e o PIDCP, no artigo 14 § 7, de maneira que o PIDCP usa o mesmo “delito” para vedar a dupla imputação, enquanto a CADH usa “fato”, sendo esse mais amplo e favorável ao acusado (*ibidem.*, § 121).

A Corte esclareceu que o processo penal é um, mesmo que através de suas diversas fases, englobando os recursos ordinários (*ibidem.*, § 122). Foi fundamentado que, a sentença de 2ª instância não foi um novo juízo, após uma decisão transitada em julgado, mas sim, uma outra fase do mesmo processo contra a vítima (*ibidem.*, § 123).

Deve ser destacado que, os representantes da vítima alegaram que na Argentina há um caráter mais protetivo, em virtude do *ne bis in idem*, do que o entendido pelo artigo 8.4, da CADH. No entanto, a CIDH não acatou tal argumento,

justificando que os representantes não provaram as sentenças da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, que subsidiassem a alegação. Interessante nesse particular que, mesmo os peritos Maier e Binder, juristas reconhecidos na Argentina, discordaram da alegação dos representantes da vítima Mohamed, inclusive fazendo referência a decisões da justiça argentina (*ibidem.*, § 124).

Tendo a Corte decidido que o réu não foi julgado em processos distintos pelo mesmo fato (*ibidem.*, § 125). De modo que, inexistiu violação da Argentina nesse particular.

Outro debate instalado no *Caso Mohamed* foi a alegada violação ao princípio da legalidade, artigo 9, da CADH. Tanto a Comissão, como os representantes da vítima alegaram violação ao mencionado princípio.

A Comissão alegou que a vítima foi condenada pelo crime de homicídio culposo, com base em decreto que só veio a entrar em vigência após o fato delituoso. Aduziu, em seguida que a decisão condenatória não foi reformada pela *Sala Primera de la Cámara de Apelaciones*, tendo essa emitido nova fundamentação, expondo que, em todo caso, o réu violou o “dever objetivo de cuidado” (*ibidem.*, § 127).

Os representantes sustentaram, também, violação ao princípio da legalidade. Arguindo que a condenação foi baseada em regulamento ainda não vigente, mas sim, outro e, que só com a fundamentação do Código Penal o réu não poderia saber quais as condutas vetadas, já que a proibição deve ser antes do fato a ser julgado (*ibidem.*, § 128).

Foi argumentado que a pena de inabilitação violou a legalidade, pois não havia decreto regulamentador para a inabilitação. Em seguida, os representantes alegaram que o decreto nº 12.689/45, vigente na época dos fatos, “[...] *impedía toda posible condena penal contra el señor Mohamed [...]*”, diferente do decreto nº 692/92, ou seja, o decreto seguinte. Ao final, foi concluído pelos representantes que, “*En cuanto a la retroactividad de la pena más benigna, señalaron que es intrascendente que la Convención Americana haga referencia únicamente a la irretroactividad de pena y no de delito pues no hay pena sin delito*” (*ibidem.*, § 128).

A Argentina contestou a imputação de violação ao princípio da legalidade. Colocou que por se tratar de crimes culposos, não teria como ser individualizada a conduta proibida e que, “[...] *ninguna reglamentación agota todas las posibles formas de violación del deber de cuidado que pueden darse [...]*”, sendo usada uma *fórmula general*, a qual tem mandamentos sociais de cuidado. A referência ao regulamento

não vigente à época dos fatos não violaria o princípio da legalidade, sendo a base legal da condenação proferida pela *Sala Primera de la Cámara de Apelaciones*, o vigente código penal, enquanto a referência ao decreto que não estava vigente à época dos fatos foi incidental e dispensável, por não integrarem o dispositivo da decisão condenatória (*ibidem.*, § 129).

Apresentadas tais alegações, a Corte passou a fazer suas considerações em relação à violação ao princípio da legalidade. Esclarecendo, inicialmente, que o “*El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática al establecer que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos”* (*ibidem.*, § 130), e a “[...] *calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente*” (*ibidem.*, § 131).

Em relação aos crimes culposos, a Corte dispôs que seus elementos típicos são estabelecidos de modo genérico. Cabendo ao juiz ou tribunal atender o princípio da legalidade, rigorosamente, para subsumir a conduta e estabelecer a responsabilidade penal (*ibidem.*, § 133)

Quanto à inadmissão do recurso extraordinário pela *Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones*, a Corte IDH rejeitou os argumentos da Comissão e da vítima, sob o fundamento de que não houve, como alegado, modificação da fundamentação e nova fonte de imputação (*ibidem.*).

Ainda quanto ao princípio da legalidade e alegada mudança de motivação, a Corte IDH acrescentou outros argumentos. Destacando o seguinte:

[...] tratándose de un delito culposo, cuyo tipo penal es abierto y requiere ser completado por el juzgador al realizar el análisis de la tipicidad, lo relevante es que en la sentencia se individualice el correspondiente deber de cuidado infringido con la conducta activa (imprudencia) u omisiva (negligencia) del imputado y que ello fuera determinante para que se produjera el resultado lesivo del bien jurídico tutelado (ibidem. § 136).

Em seguida, a Corte IDH apontou que sendo o caso um acidente de trânsito, o juiz não estaria delimitado a uma única norma de trânsito. Assim, o perito Maier, ouvido em audiência pública pela Corte, manifestou-se pela não violação ao princípio da

legalidade. Pontuando que, é cabível imprudência ou negligência em diferentes fontes legais, no entanto, a decisão deveria colocar, claramente, se era a hipótese de imprudência ou negligência e, qual o fato gera uma delas (*ibidem.*, § 136).

A Corte IDH acrescentou que a sentença condenatória, em relação a Mohamed, analisou o “dever de cuidado”, aplicado na situação com as normas práticas internacionais (*ibidem.*, § 138).

Em virtude das colocações sobre o princípio da legalidade, irretroatividade e mudança de fundamentação na decisão condenatória, a Corte IDH entendeu que, apesar dos temas penais levantados, devem ser apreciados por um tribunal superior, ao qual compete analisar o recurso contra a decisão condenatória, como efeito do artigo 8.2.h, da CADH. Desse modo, a Corte desfechou esse ponto, “[...] *no estima pertinente determinar si las consideraciones de los párrafos anteriores implican o no una vulneración del artículo 9 de la Convención*” (*ibidem.*, § 139).

Analisados os pontos em que ocorreu ou não violação à CADH, a Corte passou a estabelecer quais as reparações impostas à Argentina, conforme artigo 63.1, da CADH, por causa de sua responsabilidade internacional, como destacou a decisão, “[...] *que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente*”, baseada em normas consuetudinárias que é também um dos princípios do direito internacional (*ibidem.*, § 140).

Ainda no debate de como ser procedida a reparação, a Corte se posicionou em dois aspectos. Primeiro que, a reparação sendo possível, deve ser plena, retornando a situação anterior da violação, e não sendo possível a plena reparação, o que é a hipótese em violações de direitos humanos, a Corte estabelece medidas para assegurar os direitos violados e reparar os efeitos das violações (*ibidem.*, § 141). Essa, como foi a situação do *Caso Mohamed*, segundo a Corte, as reparações teriam que ter um nexo causal com os fatos do caso aqui tratado (*ibidem.*, § 142).

Havendo violação, naturalmente, foi preciso que a Corte IDH estabelecesse quem foi a parte lesionada. Tendo a Corte ponderado, inicialmente, com base no artigo 63.1, da CADH, que vítima é, “[...] *quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma*” (*ibidem.*, § 144).

Os representantes da vítima requereram que fossem postos como beneficiários da decisão da Corte IDH os familiares da vítima Mohamed, os quais não foram incluídos pela Comissão Interamericana no informe de fundo das pretensas vítimas.

Nesse particular, os representantes alegaram que os familiares, apesar de não indicados como pretensas vítimas foram referidas como esposa e filhos menores de Mohamed e, em razão da decisão da justiça argentina sofreram violação aos seus direitos fundamentais (*ibidem.*, § 145).

No Brasil é possível dizer que os familiares de Mohamed sofreram danos morais reflexos ou por ricochete. Nesse sentido, o STJ tem admitido tal hipótese.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR. FALHA. VALORAÇÃO DAS PROVAS. INTERVENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. DANO MORAL POR RICOCHETE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS. VALOR. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA [...] 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido a possibilidade dos parentes do ofendido postularem, em conjunto com a vítima, a compensação pelo prejuízo experimentado, conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo (dano moral por ricochete) [...] 5. Nas hipóteses em que ocorre o óbito da vítima e a compensação por dano moral é reivindicada pelos respectivos familiares, o liame entre os parentes e o causador do dano possui natureza extracontratual (Brasil, 2002; 1992).

A Argentina alegou que a Comissão pediu a reparação só para Mohamed, sem que fosse englobado a sua família. Adicionando, ainda, que só esse teve, hipoteticamente, negada uma revisão integral da sentença condenatória, isso, caso fosse concedida a indenização.

A Corte IDH teve parte da decisão baseada no artigo 35.1 de seu regulamento e no artigo 50, da CADH. Entendendo que era preciso identificar as supostas vítimas, cabendo à Comissão essa função e não à Corte. Dessa maneira, não foram considerados lesionados os familiares de Mohamed, já que não foram elencados como pretensas vítimas no informe de fundo feito pela Comissão, o qual se refere ao artigo 50, da CADH, assim, não foram acatadas as violações relacionadas aos familiares de Mohamed (*Costa Rica, Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 2012, Serie C, Nº 255, § 80*).

Nessa situação, é possível dizer da ocorrência da preclusão. A Comissão tinha legitimidade para indicar quem eram as vítimas e não os representantes, mas a Comissão não o fez no momento oportuno, no informe de fundo, ocorrendo a

preclusão. Então, a não reparação aos familiares de Mohamed, deu-se por uma questão de natureza processual, não por questão de mérito.

Dentre as reparações mais importantes para o trabalho e, mais ligadas às garantias judiciais, está o direito ao recurso, artigo 8.2.h, da CADH, em favor de Mohamed, o que tem ligação direta com o problema do trabalho.

A Comissão havia requerido que a Argentina disponibilizasse à vítima Mohamed, rapidamente, um recurso amplo da decisão condenatória para atender o artigo 8.2.h, da CADH (*ibidem.*, § 148). Enquanto isso, o representante da vítima pediu a nulidade o invalidez da sentença condenatória da 2ª instância, também requereram a nulidade o invalidez da decisões que rejeitaram os “[...] recursos extraordinarios, de queja y de reposición [...]” e caso não fosse atendido esse pedido de nulidade, a vítima seguiria com registro de antecedentes, sem chance de conseguir uma *doble conforme*, por parte de um tribunal superior. Os representantes, posteriormente, requereram a possibilidade de a vítima apresentar novos recursos aos quais haviam sido rejeitados, para ser viabilizada a viável revisão da condenação e, então, “[...] con el fin de que se revise su condena y ‘lograr [así] que el Estado argentino se pronuncie sobre la legalidad y convencionalidad de la condena’” (*ibidem.*, § 150).

A Argentina contestou o pedido. Logo, se ocorresse reparações, essa fosse delimitada a perdas e danos diante da impossibilidade de revisão da sentença. Por fim, requereu que a indenização atendesse o princípio da equidade (*ibidem.*, § 150).

Postos os argumentos das partes, Comissão, representante da vítima, e Argentina, a Corte deliberou. Desse modo, o Tribunal Internacional repetiu que não atuava como uma instância penal para deliberar sobre a culpa ou não, mas que sua competência estava em decidir se houve compatibilidade entre o processo penal e os recursos judiciais que foram submetidos com a Convenção (*ibidem.*, § 151). Consequentemente, ficou claro da decisão da Corte que sua competência se sobressai para analisar a compatibilidade do direito interno aos parâmetros da CADH.

Num primeiro momento, a Corte IDH entendeu que a vítima não teve acesso ao recurso, conforme as diretrizes do artigo 8.2.h, da CADH, que impugnassem a sentença condenatória emitida na 2ª instância penal. Por essa razão e com fundamento no artigo 61.3, da CADH, a Corte na decisão:

[...] determinó que el señor Mohamed no tuvo a su disposición un recurso que, de acuerdo a los estándares del artículo 8.2.h de la

Convención Americana, permitiera la revisión de la sentencia que lo declaró culpable y condenó por primera vez en la segunda instancia del proceso penal que se le siguió por el delito de homicidio culposo [...] Esta medida debe cumplirse en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia (ibidem., § 152).

A Corte, após tal determinação, ainda impôs outra. A adoção de medidas, no sentido de suspender os efeitos jurídicos da decisão condenatória de Mohamed. Isso, até que fosse proferida outra decisão, com a garantia do direito ao recurso, nos termos do artigo 8.2.h, da CADH (*ibidem.*, § 152).

No tocante à reparação e, dentro da problematização do trabalho, o aspecto recursal é o mais relevante. Assim, a Corte determinou que a Argentina concedesse uma revisão da sentença que condenou o réu na 2ª instância pela primeira vez (*ibidem.*, § 152).

A Corte deliberou sobre outras medidas satisfatórias, notadamente sobre publicação e difusão da sentença emitida pela Corte IDH, inclusive, houve pedido expresso nessa linha pelos representantes da vítima Mohamed. Então, a Corte IDH ponderou que a jurisprudência internacional e a sua dispõem que a sentença, por si, é uma forma de reparação. E, diante das peculiaridades do *Caso Mohamed*, ficou estabelecido que deveria ser publicado um resumo oficial da sentença da Corte IDH em diário oficial, outra publicação de resumo da decisão, em jornal de grande circulação nacional. Por último, a decisão deveria ficar na íntegra em *site* oficial, pelo prazo de um ano (*ibidem.*, § 152).

Medidas de reparação diversas foram requeridas, ainda. A Comissão requereu que fossem feitas medidas legislativas para garantir a efetividade do direito ao recurso, artigo 8.2.h, da CADH, esclarecendo a Comissão que na Argentina a pessoa que é condenada pela primeira vez na 2ª instância teria, unicamente, a sua disposição o recurso extraordinário federal, mas que esse não atendia à CADH. Além disso, a Comissão solicitou que fossem feitas medidas de não repetição (*ibidem.*, § 157).

Quanto à adequação da legislação, esse ponto é um dos de maior destaque. A Comissão pleiteou que as pessoas condenadas em razão de condenação na 2ª instância, tivessem a sua disposição o direito à revisão integral, como dispõe a CADH. De modo que, a Comissão refutou os argumentos da Argentina quanto aos precedentes citados por essa, já que tais precedentes apontados na defesa argentina tratavam do *recurso de casación* e não do recurso extraordinário federal, o qual é o único recurso para impugnar as condenações oriundas da 2ª instância (*ibidem.*, § 157).

Os representantes da vítima, também fizeram requerimento de outras medidas. Primeiro, que fossem emitidas medidas de não repetição sobre o direito de recorrer, para ser feita alteração legislativa que, garanta “[...] *un recurso oportuno, eficaz y accesible contra la sentencia condenatoria dictada en cualquier instancia procesal*”. Contudo, os representantes entendiam que essa medida somente seria insuficiente para Mohamed e que essa medida isolada só teria efeito em casos futuros (*ibidem.*, § 158).

Após esse pedido, os representantes da vítima fizeram outro. Diante da possibilidade, múltiplas persecuções penais e o risco de ser julgado e condenado mais de uma vez pelo mesmo fato, fosse modificada a legislação para negar a possibilidade de a acusação impugnar as decisões absolutórias. E, modificação do Código de Processo Civil e Comercial da Argentina, o qual possibilitava a rejeição dos recursos extraordinários sem fundamentação, “[...] *en los que se ventilen cuestiones constitucionales o que pongan en juego cláusulas de Declaraciones o Convenciones de Derechos Humanos*” (*ibidem.*, § 158).

A Argentina discordou da necessidade de alteração legislativa, para isso fez menção a diversas decisões suas no plano interno (*Giroldi, Jáuregui e Casal*), proferidas ao longo dos 14 (quatorze) anos, em que o *Caso Mohamed* tramitou. Nessas decisões da justiça argentina, tratada no subcapítulo 3.2, ficou decidido que a dupla instância era um princípio constitucional, também a possibilidade de aplicar a CADH no direito interno, assim, garantir a dupla instância e necessidade de revisão jurídica e probatória. Finalmente, a menção que o *Caso Casal*, da justiça argentina fez ao *Caso Herrera Ulloa*, no qual ficou estabelecida a obrigatoriedade da dupla instância, para garantir a revisão integral das sentenças e, assim, a Argentina entendia que era desnecessária a mudança legal, pois o artigo 456, do Código de Processo Penal deveria ser entendido numa perspectiva de possibilitar a ampla revisão, de modo que “[...] *la Corte Suprema habrían dado lugar a la consagración de la “doctrina del derecho a la revisión integral”*” (*ibidem.*, § 159).

Em suma, a Argentina entendeu que a evolução jurisprudencial da sua Corte Suprema possibilitou uma nova visão do direito ao recurso. Nos termos do artigo 8.2.h, e a adequação exigida pelo artigo 2, ambos da CADH.

A Corte IDH apresentou manifestação às alegações da Comissão e dos representantes da vítima, em relação à alteração legislativa da Argentina. Tendo a Corte Internacional decidido que a decisão proferida por ela e as reparações

concedidas estavam adequadas para sanar a violação ao qual suportou Mohamed. Portanto, não era preciso estabelecer outras medidas, além daquelas impostas (*ibidem.*, § 161).

Destacou a Corte IDH que não tem competência para revisar as leis interna e a jurisprudência.

Corte resalta que la competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones y jurisprudencia nacionales en abstracto. Apesar disso, a Corte observou que, “corresponde a Argentina cumplir sus obligaciones generales de respetar y garantizar el derecho a recurrir del fallo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8. 2. h, 1. 1 y 2 de la Convención Americana y con los parámetros indicados por este Tribunal al respecto (ibidem., § 162).

A posição da Corte IDH no *Caso Mohamed* sobre não poder revisar as leis internas, pareceu que foi modificada em decisões mais recentes. Ao tratar da obrigação do artigo 2, da CADH, a Corte se posicionou, recentemente, em termos diferentes, inclusive, determinando que fosse anulada uma lei por violação à CADH.

A Corte estabeleceu que, em virtude do artigo 2 da Convenção Americana, os Estados não só têm a obrigação positiva de adotar as medidas necessárias para garantir o exercício dos direitos nela consagrados, mas também devem evitar a promulgação de normas que impeçam a livre exercício desses direitos, e impedir que as normas que os protegem sejam suprimidas ou modificadas⁸⁰. Da mesma forma, determinou que é competente para ordenar a um Estado que anule uma lei quando seus termos violem os direitos previstos na Convenção (Costa Rica, 2022, Série C, Nº 465, § 103).

No *Caso Mohamed*, além das questões processuais, foi debatida indenização por dano material e imaterial. Especialmente, por força de pedido da Comissão e dos representantes da vítima.

A Comissão fez pedido genérico de reparação. Nesse sentido, requereu uma reparação adequada pelas violações aos direitos humanos, conforme posto no início do processo (Colômbia, Sentença C-414/22 § 163).

Os representantes da vítima fizeram um pedido mais detalhado. Alegaram, em primeiro lugar, que seria impossível que a vítima voltasse à situação anterior, a qual teve violado seu direito, mas que poderia ser compensada através de uma justa indenização, pedindo 136.500 dólares para a vítima, em função dos salários que deixou de receber e pela pena de inabilitação para dirigir. Também, foi pedido 8.000

dólares por causa de remédios e empréstimos aos quais a vítima se viu obrigada a tomar (*ibidem.*, § 164).

Por danos imateriais, também houve pedido, em duas vias. A primeira, no valor de 27.300 dólares por danos imateriais, decorrente da necessidade econômica que foi levada a vítima à pobreza, por causa de ausência de proteção judicial, de saúde, seguridade social e desrespeito à integridade pessoal. Depois, o impacto que a violação gerou nas relações sociais, familiares e profissionais, além do sofrimento, a perda do trabalho e a *impotencia* ocasionada pela perda do emprego e mais sofrimento refletido na família. A segunda via dos danos imateriais foi por causa da “[...] *por la afectación a su proyecto de vida [...]*”, projeto que teve de ser trocado, pela mudança brusca de vida e por não poder trabalhar como motorista. Dessa forma, os representantes esclareceram que, fizeram os cálculos dos valores com a estimativa de 20% dos lucros cessantes da vítima (*ibidem.*, § 164).

A Argentina discordou dos pedidos dos danos materiais e imateriais. Alegou que as possíveis reparações deveriam se ligar ao objeto da lide na Corte IDH, no caso, os danos suportados, por não poder recorrer à instância revisional da decisão condenatória. E, como não compete à Corte IDH examinar responsabilidade penal, também não caberia estabelecer indenização, como se estivesse absolvendo da condenação da vítima (*ibidem.*, § 165).

Quanto aos valores pedidos, a Argentina questionou a incompatibilidade desses com os parâmetros internacionais de reparação, estando o pedido sem base probatória. Assim, o Estado argentino aduziu que a Corte IDH somente poderia apreciar a violação à CADH e, declarar na sua sentença, ficando no *fuero interno* os montantes indenizatórios para a vítima. Ponderou que, o pedido dos salários que deixou de ser pago era *exorbitante* e os demais gastos diretos não tinham justificativas (*ibidem.*, § 165).

No tocante aos danos imateriais, também ocorreu divergência da Argentina. Tendo sido negado que houve mudança e perda do projeto de vida da vítima, sendo o valor pedido *exorbitante* e sem provas (*ibidem.*, § 165).

Após as manifestações das partes, a Corte IDH passou a se manifestar.

Em primeiro momento, foi posto o conceito de dano material, que são “[...] *la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso*” (*ibidem.*, § 166).

De outro modo, os danos imateriais são “[...] *los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia*” (*ibidem.*, § 167).

A vítima Mohamed, ao prestar declarações ao *fedatario público*, expôs seu sofrimento. Relatando a vítima seu estado de desespero, problemas econômicos, seu sentimento de desvalia para trabalhar, os efeitos da perda do trabalho, tal como falta de *obra social y sin atención médica*, nem psicológica, perdendo, assim, a vontade de viver, inclusive ocorreu pensamentos suicidas. Além dos problemas enumerados, a vítima teve questões de saúde, como pressão alta, diabetes e cardíacos (*ibidem.*, § 169).

Pela perda do emprego, a vítima teve que buscar outra fonte de renda. Logo, foi trabalhar como vendedor de churros e plantas (*ibidem.*, § 169). Nesse aspecto econômico, a Corte IDH entendeu que a ausência do direito ao recurso para impugnar a condenação gerou “[...] *grave detrimento en su situación económica y en su acceso al sistema de seguridad social, así como también una gran aflicción y sufrimiento*” (*ibidem.*, § 170).

Frente a tais considerações, a Corte estabeleceu a indenização em 50.000 dólares. Tal montante atende ao dano material e ao imaterial, valor a ser pago em um ano, diretamente à vítima Mohamed, a partir da notificação da decisão da Corte IDH (*ibidem.*, § 171). Quanto aos gastos de empréstimos e medicamentos, a Corte não acatou por falta de prova, bem como esses gastos eram correspondentes ao que a vítima deixou de receber e, que isso compreendia aos danos morais e imateriais, descabendo outra indenização com o mesmo conceito (*ibidem.*, § 172).

As custas e gastos também foram temas de manifestação na sentença, estando essas no conceito de reparação, artigo 63.1, da CADH (*ibidem.*, § 173). Os representantes da vítima pediram a condenação da Argentina, pelos gastos e custas que tiveram a vítima Mohamed e os representantes (*ibidem.*, § 174). Tendo a Argentina contestado o pedido e, se fosse acatado, que houvesse arbitramento com equidade (*ibidem.*, § 175).

A Corte destacou que o pedido de gastos e custas deveriam ser postas no primeiro momento processual, no *escrito de solicitudes*, podendo ser feito em etapa posterior, em decorrência dos novos gastos. Para a Corte, o ressarcimento das custas e gastos, compreende os gastos feitos com a jurisdição interna e os ocorridos com o

sistema interamericano, tendo por base o caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção aos direitos humanos, tendo a decisão por base o princípio da equidade (*ibidem.*, § 176).

A Corte IDH acatou o pedido de condenação nas custas e gastos. Inicialmente, foi observado pela Corte a ausência de provas precisas quanto às custas e gastos por parte da vítima e dos representantes. Contudo, foi determinado que a Argentina pagasse à vítima Mohamed, 3.000 dólares, diante dos gastos com o transcurso do processo na Comissão Interamericana, valor a ser pago em um ano, após a notificação da decisão (*ibidem.*, § 177).

De outro modo, a Assembleia da Organização dos Estados Americanos criou um fundo de assistência ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o qual visa auxiliar as pessoas a acionarem o Sistema Interamericano. No *Caso Mohamed*, foram nomeados dois defensores interamericanos para representar a vítima. Diante disso, tiveram gastos de locomoção, hospedagem, oitiva presencial do perito Maier e laudo pericial de Binder (*ibidem.*, § 178).

A Argentina não fez considerações sobre o pedido de custas e gastos (*ibidem.*, § 179). A Corte IDH, considerando a violação atestada na sentença argentina, estabeleceu uma indenização no valor de 7.539,42 dólares, valor a ser quitado no prazo de 90 (noventa dias) (*ibidem.*, § 180).

Ao final da sentença, na parte dispositiva, a Corte IDH estabeleceu os seguintes pontos: rejeitar a exceção preliminar da Argentina; e, por unanimidade, não se pronunciar sobre as supostas violações aos artigos 8.2.c, 8.2.e, 25.2.a e, 25.2.b, da Convenção (*ibidem.*, § 188).

A Argentina foi condenada pela violação ao direito de recorrer, artigo 8.2.h, da CADH, também pelo artigo 1.1. No entanto, a Corte não entendeu que houve violação ao *ne bis in idem*, artigo 8.4, da CADH (*ibidem.*, § 188).

Por maioria de votos, quatro votos a dois, a Corte entendeu que não ocorreu violação ao princípio da legalidade, artigo 9, da CADH. O juiz Alberto Pérez apresentou voto divergente e em apartado.

Ainda nos termos da parte dispositiva da decisão, a Corte estabeleceu que a sua sentença, por si, era uma maneira de reparação. Também, ficou decidido que cabia à Argentina tomar “[...] *medidas necesarias para garantizar al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho de recurrir del fallo condenatorio emitido por la Sala*

Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional el 22 de febrero de 1995" (ibidem., § 188).

Cabia à Argentina suspender os efeitos da decisão condenatória nacional, até que a vítima pudesse recorrer da sua condenação. Ficou estabelecido o dever de a Argentina publicar a decisão da Corte IDH internamente, além dos pagamentos por danos materiais, imateriais, custas, gastos e, informar à Corte sobre as medidas adotadas para cumprir a decisão internacional.

Ainda foi estabelecida a reparação material e imaterial (*ibidem.*, § 171). Em seguida, foi imposta condenação em custas (*ibidem.*, § 176) e reintegração ao Fundo de Assistência Legal de vítimas (*ibidem.*, § 180). De sorte que, a Argentina teve o prazo de 1 ano para informar as medidas, em face da condenação sofrida (*ibidem.*, § 187).

4 O (DIREITO) AO DUPLO PRONUNCIAMENTO E O DIREITO AO RECURSO (E OS RECURSOS) NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Neste capítulo, o trabalho aproximar-se-á do seu desfecho. Neste ponto, a pesquisa avança e começa a responder sobre a (in)eficácia do direito ao recurso, conforme estabelecido na CADH, artigo 8.2.h.

Inicialmente, é ponderado sobre a exclusividade do direito ao recurso. Ainda no subcapítulo inicial é feita uma exposição sobre os deveres fundamentais e o trabalho chegará à reflexão da exclusividade do direito ao recurso a partir de Hans Kelsen (2003).

Com base na jurisprudência da Corte IDH, são estabelecidos os requisitos recursais. Assim, é feita, em seguida, uma análise dos princípios e requisitos recursais no Brasil, para saber se há eventual paralelo e (in)compatibilidade da visão do Brasil e da Corte IDH.

No terceiro e último subcapítulo de todo trabalho, são analisadas as causas de inadmissibilidade dos recursos especiais de 2019 a 2023, no STJ. São analisados acórdãos, nos quais os recorrentes alegaram violação ao direito ao recurso da CADH, pois foram condenados em 2ª instância, em face de recurso da acusação e não tiveram como reexaminar o acórdão condenatório, no aspecto probatório. Diante desse entendimento do STJ, foi analisado a (in)eficácia do direito ao recurso no Brasil, frente à posição da Corte IDH sobre o próprio direito ao recurso.

4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO RECURSO É EXCLUSIVO DO CIDADÃO?

Antes de responder à pergunta posta nesse subcapítulo, é preciso fazer um cenário da evolução das formas de resolução de conflito, iniciando pela autotutela até chegar na heterocomposição. Assim, o trabalho poder chegar no direito de ação, tornando a abordagem desse subcapítulo mais específica.

A autotutela é a forma de solução de conflito mais antiga. Dentre as suas características está a solução do conflito sem a interferência de terceiros, ou seja, os próprios envolvidos resolviam a disputa. Consequentemente, não havia o fator imparcialidade, já que uma parte fazia valer o seu direito em relação ao outro, o que implicava em que a parte mais forte ganhasse. Como explica Passos (2024, p. 98), "[...]

é a vitória da prepotência sobre a justiça, pois que onde a decisão do conflito se entrega à força dos competidores, o mais forte tem sempre razão.”

Ficou evidente da configuração anterior que inexistia a imparcialidade, ao contrário, prevalecia a parcialidade e força. Não havendo imparcialidade, também inexistia paridade e as demais garantias processuais. Enfim, não tinha um terceiro desinteressado para colocar regras e fiscalizá-las, competindo isso às partes envolvidas, com as suas forças.

Diante do monopólio da jurisdição e do princípio da necessidade, expostos no *nulla culpa sine sine iudicio*, conforme subcapítulo 2.1, excepcionalmente, há a possibilidade da autotutela, quando não ocorrer a possibilidade de o Estado salvaguardar o cidadão (Urani, 2017). Apesar de como regra, a autotutela ser crime de exercício arbitrário das próprias razões, artigo 345, do CP, essa é aceita em algumas situações: como na legítima defesa, artigo 25, do CP, desforço imediato, artigo 1.210 do CC e, o direito à greve, artigo 9º, da CF.

Pondera Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo (1970, p. 55) que há uma displicência dos processualistas no presente tema, em face da crença da falta da razão de ser da autotutela e, por ser um mal, à vista de uma organização estatal não conseguir eliminá-la ou reduzir ao mínimo. O autor, contudo, destaca que a realidade não é essa e, que a autotutela só desaparecerá quando o Estado e divindade se identificarem, enquanto isso, haverá autotutela pelo fato de o mecanismo estatal estar longe de ser perfeito e quase impossível que algum Estado, mesmo sendo forte economicamente, resolva e “[...] *suporte el monstruoso presupuesto que resultaria si pretendiese someter a cauces procesales la totalidad de los litígios.*”.

Em suma, é possível entender que a autotutela não assegura, como forma de solução de conflito, direitos e garantias, a nenhuma das partes. Ainda mais pela ausência da intervenção de um terceiro desinteressado, que implica na falta de um recuso.

A outra forma de solução de conflito é a autocomposição, presente no ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro. Por meio da autocomposição, as partes envolvidas, entre si, fazem uma composição sobre a disputa.

O que se estabelece na autocomposição é um acordo de vontade livre, entre as partes. Não há imposição de vontade ou força, como na autotutela. É um ato de disposição, como Niceto Alcalá Zamora Y Castillo (1970) caracteriza essa forma de solução de conflito. No entanto, há aspectos negativos, mesmo parecendo ser uma

solução com aparência “altruísta”, pode a autocomposição dissimular uma autotutela, em razão da expertise de uma parte em relação a outra, ou mesmo, pela desigualdade econômica, lentidão e custo do processo, faltando, assim, a espontaneidade.

No âmbito civil do direito nacional é comum a autocomposição, até pela disponibilidade de grande parte dos bens, objeto dos processos judiciais. Contudo, na esfera penal, mesmo o bem sendo indisponível, liberdade, também existe a possibilidade, em algumas hipóteses da autocomposição, por exemplo, com a transação penal, Lei 9.099/95, artigo 76, a colaboração premiada, Lei 12.850, artigo 3º-A, sendo conhecido por “negócio jurídico processual”, cabendo, inclusive, nas ações de improbidade administrativa, conforme posicionamento do STF, em decisão que envolveu o objetivo 10, redução das desigualdades e, objetivo 16, paz, justiça e instituições eficazes, ambos da Agenda 2030 da ONU (STF, 2023).

Naturalmente, há pontos de vantagens e desvantagens em cada uma das formas de resolução de conflito, tanto que as duas são, até certo ponto, aceitas pelo ordenamento jurídico interno, conforme os exemplos enumerados. Mas, em menor proporção, a primeira, especialmente por ser uma forma de justiça com as próprias mãos. No entanto, essas formas de resolução de conflitos, autotutela e autocomposição, não asseguram as garantias judiciais, quando há oposição entre as partes e não há consenso, surgindo a necessidade de uma outra forma de solução de conflito que resguarde a equidade.

Em decorrência das etapas evolutivas da formação política do Estado e as formas de resolução de conflitos, o Estado passou a deter o monopólio da resolução dos conflitos, como pontuou Giacomolli (2016, p. 367). Prosseguindo o autor que, “O processo surgiu como um mecanismo para evitar a vingança feita pelas próprias mãos, para eliminar a autotutela e impedir a dominação do mais forte, resguardando o sujeito frente ao outro, o grupo social frente a outro grupo social”, colocando o processo como uma criação abstrata e conquista do Estado de Direito.

Sendo, então, possível colocar que a ideia do processo surge quando o Estado avoca para si o poder de dirimir conflitos, não mais deixando esse encargo às partes envolvidas. Agora, há uma atividade substitutiva do Estado, em face do cidadão. Então, o Estado passa a dizer quem tem o direito (Chiovenda, 1998).

Com o processo, um terceiro sujeito passa a decidir o conflito. Esse terceiro é um sujeito desinteressado e, tendo essa posição de alheio ao conflito, será imparcial. A configuração da resolução do conflito passa a ser triangular, com as partes

interessadas equidistantes de quem irá julgar, esse sujeito desinteressado e imparcial. Acrescente-se, ainda, que essa nova forma de resolução segue uma normativa processual.

Retomando os direitos humanos, artigo 4º, II, da CF, e fundamentais como paradigmas e, mais especificamente, a CADH, artigo 7.2; o PIDCP artigo 9, § 1 e, o artigo 5º, LIV, da CF, o processo deve obedecer ao devido processo legal, sendo adotado neste trabalho o referencial do devido processo penal, em face das garantias serem específicas do processo penal. Essas referências do processo são resultado da internacionalização dos direitos humanos, como aponta Trindade (2003, 18-19), é um “[...] processo de generalização da proteção no plano internacional do ser humano [...]” e, na mesma linha, Fernandes (2010, p. 12) indica para a “internacionalização do direito processual”.

O julgamento através do processo, por efeito, deve respeitar os direitos humanos e fundamentais. No caso do Brasil, além de outros países, a violação a esse painel humanista, implica na responsabilização internacional, inclusive em relação aos recursos judiciais, enfoque desta Tese.

Com a tomada do poder de dirimir conflitos pelo Estado e sua posição de equidistância das partes envolvidas, o Estado (juiz) não pode mais atuar de ofício para iniciar o processo, ante a inércia da jurisdição conforme artigo 3-A, do CPP. A partir desse momento, cabe à parte interessada provocar a jurisdição, como decorrência do princípio do acesso à justiça, também conhecida por inafastabilidade da jurisdição, artigo 5º, XXXV, da Constituição. Para a Corte IDH, ao tratar desse princípio, no *Caso Loayza Tamayo*, foi decidido que “[...] el artículo 25 (en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana), obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia”. Havendo duplicidade de tratamento ao acesso à justiça, pela CF e CADH, o que empresta tutela nacional e internacional ao acesso judicial (Costa Rica, 1998, Série C, Nº 42, § 169).

No âmbito penal, o acesso à jurisdição nas ações penais públicas incondicionadas e condicionadas, compete ao Ministério Público estadual ou federal, através da promoção da ação processual penal, artigo 129, I, da CF/88, o que possibilita a persecução penal. Destaca Giacomolli (2016, s/p) que, “O Estado, por meio de seu órgão acusador, necessita do processo para fazer valer a pretensão acusatória, a imputação criminal; o acusado criminalmente responde à acusação no processo, reafirma o estado de inocência e a regra da liberdade”.

Na linha de André de Carvalho Ramos.

[...] a persecução penal é considerada um dever fundamental do Estado, especialmente necessária para a prevenção de crimes contra os direitos humanos, na medida em que os violadores de direitos humanos não mais terão a certeza da impunidade. A investigação de fatos e a persecução criminal dos responsáveis por violações de direitos humanos são consideradas essenciais para cumprir tal tarefa, como decorrência da obrigação de assegurar o respeito aos direitos humanos (2000, p. 258-259).

Podendo os deveres fundamentais serem conceituados com Casalta Nabais (2020, p. 15) nos seguintes termos, “Como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”. Tanto assim que, frente ao Poder Público o cidadão pode exercer o direito constitucional de petição, representar nos crimes condicionadas à representação e ajuizar queixa subsidiária da pública, inclusive, essa está no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988, artigo 5º, LIX. De maneira que, o autor coloca os deveres como uma obrigação da estrutura de toda constituição, legitimando o poder público a atuar nas relações sociais ou em algumas esferas de autonomia do cidadão.

Delimitado o conceito de deveres fundamentais, é preciso pontuar que, inicialmente, com as “Declarações Universalistas” e, a partir do *Bill of Rights* e as Constituições Liberais, ocorria uma visão individualista e destacada dos Direitos Fundamentais, esse contexto gerou privilégio da liberdade individual, havia proeminência dos Direitos Fundamentais, o que depois foi modificado. No entanto, não há um isolamento da matéria, tanto que para o autor, o “Direito Fundamental” é complementado pelo “Dever fundamental” (Cardoso, 2014, s/p).

De modo que, para o autor, o surgimento de ambos é quase paralelo no Constitucionalismo moderno, sendo que, “[...] a Constituição francesa de 1795, que estatuiu formalmente uma ‘Declaração de Direitos e Deveres do Cidadão’, e foi paradigma seguido pela maioria das Constituições posteriores”, quando, então, passam a ser tratados os deveres fundamentais, mesmo assim, prevalecendo os direitos fundamentais.

No âmbito da Constituição Brasileira vigente, também ocorre o aspecto do dever, ainda que pontualmente. Na CF/88, somente há o dever genérico para o cidadão no capítulo I, título II, “Dos Direitos e Deveres Fundamentais” e o artigo 5º, I,

da CF/88 dispõem que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Havendo nesse inciso I, a norma geral do dever constitucional, não sendo encontrado nos demais incisos do artigo 5º, qualquer outra referência ao dever fundamental.

Relacionado aos deveres, existe os direitos fundamentais. Entretanto, Alessandro Cardoso (2014, s/p) sustenta ser um erro a primazia dos direitos fundamentais. Pondera o autor sobre a necessidade da autonomia dos deveres fundamentais e que a relação com os direitos fundamentais é “[...] imprescindível, principalmente no Estado Democrático de Direito, em que uma nova concepção dos deveres do homem como elemento social se impõe”.

Desfechando a autonomia dos deveres fundamentais, Casalta Nabais (2020, p. 37) expõe que essa é uma categoria constitucional própria. Apontando no sentido de “[...] que não impede, e embora isto pareça paradoxal, que os deveres fundamentais integram a matéria dos direitos fundamentais”.

Outro ponto relevante no contexto do deveres e direitos fundamentais, é a compreensão do nexos entre esses, para que seja afastado o entendimento que baseia o dever constitucional no poder sancionador do Estado, exclusivamente (Cardoso, 2014). Há, nessa perspectiva, o liame entre deveres e direitos, o cidadão também tem direito e, se não tivesse, só tendo deveres, haveria um Estado autoritário, perspectiva incompatível com os direitos humanos e, no caso do Brasil, essa incompatibilidade já se apresentaria no artigo 1º, III, da CF/88, o qual estabelece a dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Brasil, em seguida, no plano das relações internacionais brasileiras, a prevalência dos direitos humanos, artigo 4º, II, também da Constituição.

Posta a ideia dos deveres e seu liame com os direitos, destaca Cardoso (2014) que os deveres constitucionais precisam ser concretizados e reclamados, conforme os princípios constitucionais. Contextualizando, no caso da esfera penal, o dever de persecução penal deve respeitar os princípios constitucionais e convencionais do direito penal e processual penal: legalidade, anterioridade, *ultima ratio*, *ne bis in idem*, devido processo penal, dentre outros.

Importante destacar a impossibilidade de “abertura” nas Constituições aos deveres fundamentais, ao reverso do que ocorre com os direitos, como asseverou Canotilho (2003) ao comentar a Constituição Portuguesa. Esclarecendo o autor que, os deveres, em muitas ocasiões, geram restrição à liberdade, direitos e garantias do cidadão, fato que enseja mais cautela com os deveres. Posicionamento adequado à

Constituição Brasileira, a qual que tem a cláusula de abertura através do bloco de constitucionalidade, enquanto os deveres são delimitados e sem a amplitude do bloco de constitucionalidade.

No Estado Democrático de Direito, existe forte relação dos deveres com os direitos fundamentais, não sendo possível garantir os direitos fundamentais, sem os deveres constitucionais (Cardoso, 2014). Nesse sentido e sob uma ótica penal, há relação do direito à vida, liberdade e segurança com o dever de persecução penal do Estado ou, esclarecendo através de exemplo, o direito de propriedade, com o dever de persecução penal, em casos de crimes patrimoniais, artigos 155 a 183, do CP. De toda forma, os deveres fundamentais têm autonomia, ainda que ocorra primazia no tratamento dos direitos fundamentais.

Deve, também, ser pontuado que apesar dos deveres fundamentais serem, basicamente, ligados à pessoa, a essa não se restringe. Havendo deveres fundamentais para as pessoas jurídicas, “Cuja efetivação de seus direitos fundamentais decorre necessariamente da existência e do funcionamento da comunidade social, viabilizada pela observância dos deveres fundamentais” (Cardoso, 2014, p. 255).

Esses deveres fundamentais têm certas diferenças dos direitos fundamentais. Em regra, precisam da positivação legislativa e assim gerar obrigações jurídicas individualizadas. Por isso, o dever de persecução penal precisa observar, e aqui, falando de modo geral, o devido processo penal estabelecido através do regramento do CPP, exposto no subcapítulo 2.1, no *nulla poena sine iudicio*. E, pensar em persecução penal sem regramento legal, seria quase uma forma de autotutela.

De tal posicionamento, fica pontuado que a persecução penal é uma obrigação do Estado, isso é, um dever fundamental preventivo na proteção dos direitos humanos, com a sanção dos autores responsáveis pela sua violação. Sendo possível entender, ainda, na perspectiva penal, que existe uma tutela dos bens jurídicos. Para Prado (2018, s/p) “[...] implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”.

Havendo lesão aos bens jurídicos, compete ao Ministério Público o dever de persecução penal para buscar a punição dos autores das lesões. Ressalvando que, não é qualquer lesão a bem jurídico que justifica o dever de persecução penal, a lesão sem relevância material, ainda que o fato seja tipificado formalmente, não justifica a

persecução penal, tal reflexão tem por base os princípios da insignificância, intervenção mínima e *ultima ratio*, como entende o Supremo Tribunal Federal.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. FURTO DE UMA PEÇA DE PICANHA. RES FURTIVA DEVOLVIDA À VÍTIMA, SEM MÁCULA. ALEGAÇÃO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELA JURISPRUDÊNCIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. A alusão à reiteração delitiva não impede o reconhecimento do princípio da insignificância, mormente se verificado o preenchimento dos requisitos jurisprudencialmente construídos para a sua incidência. 3. A aplicação do princípio da bagatela não se condiciona a nenhuma fórmula apriorística, como a que limita a sua incidência a bens com valor inferior a 10% do salário-mínimo. A valia do bem deve ser aferida dentro de seu contexto de essencialidade, de forma individualizada. 4. Apesar de reprovável, a conduta não gerou significativa ofensa ao bem jurídico tutelado e não evidenciou periculosidade social suficiente para justificar a proteção do Estado na seara penal. 5. Agravo regimental desprovido (Brasil, 2023).

Não sendo as hipóteses de incidência dos princípios limitadores do direito penal, tais como a insignificância, intervenção mínima e *ultima ratio* já expostos, dentre outros, como legalidade, artigo 1º, do CP; anterioridade, artigo 4º do CP; responsabilidade subjetiva, artigo 13 do CP; *ne bis in idem*, artigo 8.4, da CADH; territorialidade, artigo 5º, do CP, e dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III, da CF/88, surge o dever fundamental da persecução penal. Dever esse materializado no ajuizamento da ação penal, inclusive, sob pena de responsabilização internacional.

O dever de persecução penal, em sendo um dever fundamental, tutelando os direitos humanos, foi objeto de decisões da Corte IDH, a exemplo do *Caso El Amparo*.

Respecto a la continuación del proceso para la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, esa es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidade (Costa Rica, 1996, Serie C, Nº 28, § 61).

Ficou, também, claro o dever de persecução penal quando a Corte IDH responsabilizou países por criarem leis de anistia e o Brasil foi responsabilizado no *Caso Gomes Lund*.

En cuanto a lo alegado por las partes respecto de si se trató de una amnistía, una autoamnistía o un “acuerdo político”, la Corte observa, como se desprende del criterio reiterado en el presente caso (supra párr. 171), que la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías”. Asimismo, como ha sido señalado anteriormente, el Tribunal más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, atiende a su ratio legis: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar 252. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención (Costa Rica, 2010, Serie C, N° 219, § 175).

A Corte IDH pontuou na decisão, essencialmente, que as violações aos direitos humanos devem ser punidas. No caso de anistia, denominadas de *autoamnistías*, há uma incompatibilidade dessa com a Convenção Americana.

Ainda, não é suficiente o respeito aos princípios constitucionais e convencionais do direito penal, é necessário mais, que o dever de persecução penal seja realizado respeitando o devido processo penal, assegurado no artigo 5º, LIV, da Constituição de 1988, o artigo 7.2, da CADH e artigo 9 § 1, do PIDCP. Enfim, se o Estado tem o direito de ação, o imputado tem o direito de reação, é o direito de defesa, decorrente do princípio do contraditório e ampla defesa, positivados no artigo 5º, LV da CF/88, artigo 8.1, da CADH e artigo 14 § 1, do PIDCP, sendo, por sua vez interessante acrescentar, a partir de Badaró (2021), que o devido processo na sua vertente processual, compreende os outros princípios e garantias constitucionais ou para Giacomolli (2016), um princípio guarda-chuva.

Na hipótese de que o crime seja de competência do tribunal do júri, os dolosos contra a vida, o réu tem direito mais do que o contraditório e ampla defesa. Nesse procedimento, prevalece a plenitude de defesa, artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, sendo superior a ampla defesa (*ibidem*).

O caminho necessário e prévio para eventual condenação e, diz-se, eventual, pois o réu é inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. A qual pode não ocorrer, por diversos motivos, tais como insuficiência probatória, excludentes, prescrição, decadência, nulidade, além de outras causas, esclarecendo que independentemente do motivo da absolvição, por questões processuais ou de mérito, a presunção de inocência fica ratificada.

Como explica Giacomolli (2016), se o processo pressupõe a tipicidade, a sanção penal depende do processo penal. O processo é o meio necessário de aplicação da pena.

Quando se trata do processo como instrumento de aplicação de pena, não é o processo como mero ato ritualístico e preparatório de uma condenação. O processo deve ser interpretado através das garantias processuais, pois, ao fim, poderá restringir um direito fundamental, a liberdade e essa só pode ser restringida mediante o respeito ao devido processo penal, caso contrário, haverá violação ao direito fundamental à liberdade do imputado. Por isso, Mamadú Embaló (2020, p. 514) esclarece que o processo penal “[...] é instrumento de proteção dos direitos humanos contra eventuais abusos no poder de perseguição pública [...]”, e que o processo justo é a “[...] síntese dogmática dos direitos e garantias processuais que o processo penal próprio de qualquer Estado deve assegurar.”.

O processo, como meio de aplicação de pena, deve ser receptivo. Isso significa que esse instrumento deve ser apto e poroso a recepcionar as garantias processuais, seja do extenso artigo 5º da CF, seja do artigo 8, da CADH, que por sua vez é textual ao dizer em relação à esfera penal que, o artigo 8.2, da CADH, tem “garantias mínimas”.

A pauta das garantias judiciais elencada no artigo 8.2, da CADH, constituem um patamar mínimo processual. Tendo a Corte IDH, no *Caso López e outros*, decidido que *"El artículo 8.2 de la Convención establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal."* (Costa Rica, 2019, Serie C, Nº 396, § 200)

Essa perspectiva convencional é resultado não só das adesões, por exemplo, do Brasil à CADH e ao PIDCP. É efeito de uma dinâmica evolutiva dos direitos humanos e seu processo de internacionalização, que levaram a agregar as garantias judiciais.

A partir desse contexto de integração do processo penal como pauta dos direitos humanos, é possível alinhar a função do processo penal com a posição de Ferrajoli (1999). O processo como um sistema de garantias do acusado contra o poder punitivo do Estado, aquele como a parte mais frágil.

O processo não pode mais ser pensado como via única de punição. O processo passa, então, a ser via de mão dupla, de modo que, se é o caminho necessário para o exercício da persecução penal, também é o caminho oposto para o imputado reagir à persecução penal, que a CF/88, artigo 5º, LIV, estabelece como requisito da restrição de liberdade o “devido processo legal”, dispositivo que é complementado e reforçado pelo inciso LV, ao garantir aos acusados “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

Percorrida toda a fase de conhecimento e, neste ponto, pressupondo o atendimento ao devido processo penal, o processo chega ao seu fim com o pronunciamento judicial. A sentença, ato processual por excelência, no âmbito penal, mas que não desfecha o processo de vez, diante da chance de a decisão ser reformada, como explica Giacomolli (2016). O Código de Processo Penal não conceitua a sentença³¹, porém, traz os seus requisitos no artigo 381, de modo que o conceito de sentença pode ser acompanhado de autores do processo penal, tal qual Badaró (2021, s/p), ao conceituar a sentença penal como “[...] o ato que extingue o processo com ou sem julgamento do mérito. A sentença de mérito é o destino natural do processo”.

Naturalmente, a sentença é resultado de um processo cognitivo humano e não pode mais ser pensando como algo incólume a pessoa, não há mais espaço para o “juiz boca da lei” de Montesquieu (2005, p. 149). O juiz não pode ser encarado como um juiz PH 7, neutro, na expressão de Rosa (2006). O juiz é um ser integrante da sociedade e naturalmente absorve os valores morais, culturais e econômicos, é um ser no mundo (Heidegger, 2020). Logo, o ato decisório é ligado ainda a fatores subjetivos, explicado por Damásio (2006, p. 146) ao estudar a dificuldade de tomar decisões nas pessoas com lesões cerebrais em regiões responsáveis por decisões, esclarecendo o neurologista que, “[...] não é apenas a separação entre mente e cérebro que é um mito”.

³¹ O CPC conceitua sentença no artigo 201, § 1º.

Sendo reconhecido e assumido que o ato de decidir não é puramente racional, porém é dotado de uma margem de subjetividade, como pondera Lopes Júnior (2020 s/p), “Não existe racionalidade sem sentimento e emoção, daí a importância de assumir a parcela inegável de subjetividade no ato decisório”. E prossegue, “Também isso contribui para desvelar a hipocrisia do discurso (*paleo*) positivista da “neutralidade do juiz””. No entanto, o autor esclarece sobre a necessidade de fundamentação das sentenças, como forma de eficácia do contraditório e ampla defesa, pontuando que, “Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo penal democrático”.

A motivação, como exigência constitucional e convencional, subsidia o ato decisório. Aponta Badaró (2023, s/p), que “[...] tem por escopo permitir o conhecimento das razões de decidir, possibilitando a impugnação da decisão e de seus fundamentos pela via recursal” e, a finalidade é o controle social, o primeiro endoprocessual e a outra extraprocessual. Desfechando o autor que, a motivação é um forte meio de controle da prova e “[...] uma garantia do ponto de vista processual e epistêmico”.

No plano internacional, Giacomolli (2016, s/p) indica a normatividade do dever de fundamentar nos artigos 7.3 e 8.1, da CADH, além dos dispositivos nacionais, artigo 93, IX, da Carta Magna e o artigo 155, do CPP. Pontuando que, “Ao fundamentar a sua decisão, o julgador demonstra que não está decidindo arbitrariamente, discricionariamente, ou seja, conforme a sua consciência, mas com base na realidade, ou seja, racionalmente, com argumentos fáticos e jurídicos” e complementa, “Uma decisão judicial está bem fundamentada quando arazoada de forma motivada de tal maneira a permitir a sua impugnação (contraditório recursal)”.

A Corte IDH, no *Caso Trabajadores cesados de Petroperú versus Peru* decidiu:

La motivación de un fallo debe permitir conocer cuáles son los hechos, motivos y normas en las que se basó el órgano que lo dictó para tomar su decisión de modo que se pueda desechar cualquier indicio de arbitrariedad, a la vez que les demuestra a las partes que estas han sido oídas en el marco del proceso (Costa Rica, 2017, Serie C, N° 344, § 168).

A racionalidade da decisão é mensurada na motivação, que permite que as partes possam fundamentar suas impugnações. Isso, contudo, não deve pressupor que o “eu” do juiz não esteja no ato decisório, pois cada pessoa tem o seu tom.

A sentença e os atos decisórios como um todo, por serem resultados da atividade humana, estão sujeitas a erros. Se há a chance de erros pela falibilidade humana, é preciso um instrumento corretivo do desacerto. Inclusive, esse é um dos argumentos favoráveis à dupla instância, como esclarece López (2014. p. 103), “*Que la condición humana tendo a la imperfección es un asunto que, independientemente de su fundamento, queda fuera de toda duda*”.

Para Giuseppe Sotgiu (1947), num ordenamento ideal, não seria cabível a revisão do pronunciamento judicial. Reconhecendo o autor que a imperfeição das decisões judiciais é fato natural, sendo inegável a necessidade de revisão. É interessante acrescentar que mesmo que as decisões fossem resultado de máquinas, essas estariam submetidas a um controle, tanto assim, que as próprias máquinas passam periodicamente por processos de revisão, controle e aperfeiçoamento. Portanto, não é o fato de a decisão ser feita por seres falíveis, por si, que indica a possibilidade de equívocos.

De todo modo, o erro é uma realidade no processo e na sentença. Como erro, nada mais factível do que a tentativa de correção, tentativa que pode não necessariamente levar à correção, tanto que Glauco Giostra (2021) questiona qual a garantia que a decisão posterior seja melhor do que a primeira. De modo que, a possibilidade de erro não desaparece na fase impugnativa, possivelmente é reduzida pela amplitude de olhares.

Se no âmbito da medicina há as cirurgias corretivas, no direito processual, há a “cirurgia corretiva”, essa é o recurso. Naturalmente, em ambos, existe a possibilidade do insucesso, sempre existe um risco, o processo é um risco. No entanto, não é justificativa para obstar a tentativa de correção, tanto que quando se trata das teorias das nulidades, há a hipótese de refazimento dos atos processuais defeituosos (Lopes Júnior, 2020).

É um ponto de vista que se afigura como decorrência lógica e coerente. Manter um erro quando é viável corrigi-lo é ilógico e desproporcional, além do sentido justiça e da dignidade da pessoa.

No aspecto normativo, a possibilidade de correção tem fundamento legal. O direito ao recurso é expressamente estabelecido no plano internacional, na CADH e no PIDCP (Badaró, 2023).

Passa o recurso a ser instrumento processual de reexame da decisão inicial. É um direito-garantia, conforme tratado no subcapítulo 2.3.1, da parte que possa, após

ter sido vencida num primeiro momento, ter uma nova chance de sair vitoriosa, se demonstrar o desacerto da decisão inicial questionada.

Aponta Badaró (2020, s/p) alguns fundamentos dos recursos, os quais podem, em síntese, ser elencados da seguinte forma. O fundamento jurídico é o duplo grau de jurisdição, que neste trabalho é adotada a terminologia duplo pronunciamento. Em seguida, destaca que o recurso reduz as possibilidades de erro, já que a 2ª decisão será feita a partir da decisão inicial, outro fundamento é o fato de a decisão inicial passar por manifestações das partes, razões e contrarrazões, “[...] favorecendo a depuração de seu conteúdo”, a pluralidade na revisão que reduz as chances de erro, bem como a experiência dos julgadores revisores.

Ainda que os fundamentos, anteriormente mencionados, e até a existência de outras razões para os recursos, não possam assegurar absolutamente que haverá a devida correção da decisão impugnada, isso não é motivo para rejeitar a medida recursal. Esse é um instrumento necessário.

Mesmo que a medida recursal tenha um efeito colateral, a exemplo de prolongar o desfecho do processo, inclusive, subtraindo o titular de um bem jurídico, o seu uso, face à demora no julgamento do recurso. Pastor (2021) indica como contraponto desse argumento, a negativa da bilateralidade dos recursos. Essa ponderação do autor levaria, naturalmente, à redução dos processos na fase recursal, possibilitando que outros recursos fossem julgados em menos tempo.

O autor, ainda expõe que é ilícito responsabilizar o réu pelo prolongamento do processo, cabendo ao Estado se estruturar para julgar os recursos em prazo razoável, esse pensamento pode ser concretizado com a virtualização dos processos e sistemas eletrônicos, acabando com a demora do deslocamento dos processos físicos, como acontece várias vezes, a exemplo do artigo 600 § 4º, do CPP, quando o réu interpõe o apelo, mas arrazoa na 2ª instância, depois o processo tem que retornar à 1ª instância, para que o Ministério Público, querelante ou assistente de acusação, apresentem contrarrazões a apelação.

Outro aspecto a ser considerado é o direito de defesa. A decisão condenatória inicial e, se é inicial, é antes do recurso, é uma confirmação parcial ou total da imputação. Então, em certa medida, a condenação é uma acusação qualificada, até por ser feita por terceiro imparcial. Por ser de um modo ou outro uma acusação, cabe ao réu condenado, exercer o seu direito de defesa, ao menos uma vez, através do

direito ao recurso, tanto que o duplo pronunciamento garante uma vez o exame a decisão (Badaró, 2020).

Deixar o réu sem a oportunidade de contraditar a sentença, inclusive algumas absolutórias, é cortar o contraditório pela metade, posto que, contraditório é reação e participação. Colocar o réu frente a uma condenação é deixar o réu inerte, que é uma característica do sujeito imparcial e, sendo sujeito parcial, deve se manifestar, até como forma de legitimar o ato contra si, o que pode até parecer estranho, mas a contradição do réu a sua condenação e a eventual ratificação, vão atestar a legitimidade do decisório (Fazzalari, 2006).

Com isso, não está se afirmando que o contraditório é o fundamento do recurso, o que se busca com essa perspectiva, é mostrar que o direito ao recurso não é um instituto isolado, mas que guarda conexão com as demais garantias judiciais, tanto que a CADH, no artigo 8.1, isoladamente tratou de várias garantias judiciais: prazo razoável; juiz natural; imparcialidade; e, anterioridade. Do mesmo modo, o artigo 8.2: inocência; isonomia; contraditório; direito ao recurso; vedação à dupla imputação; e, publicidade. De forma que se não tivesse nexos entre esses, não estariam postos no mesmo dispositivo e, mais, sendo “garantias mínimas”, pode haver a junção de outras garantias, a exemplo da CEDH que, inicialmente, não assegurava o direito ao recurso, só o fez, posteriormente, com o Protocolo 7. Do mesmo modo, o catálogo dos direitos e garantias fundamentais, do artigo 5º, da CF/88, que através do bloco de constitucionalidade, incorporou a duração razoável do processo no ano de 2004, por meio de emenda constitucional.

Outro ponto a ser tratado sobre os recursos, é a simbiose entre direitos e deveres. Se há dever, há um direito e, Ferraz Júnior (2023, p. 142) expõe sobre esse aspecto, “[...] de onde provém a correlação entre direito e dever, ou como diz a dogmática, a todo direito corresponde um dever”.

Partindo das premissas de que há uma relação frontal entre dever e direito, é possível chegar ao seguinte entendimento. Se de um lado há um dever de persecução penal do Estado, de outro, há o direito de reação da defesa, o qual está num contexto de conexão com o direito de recorrer do acusado.

Ao Estado compete o dever de persecução penal na tutela dos bens jurídicos, dos direitos humanos e de outro, como efeito, a parte imputada tem o direito subjetivo a se defender. Como esclarece Nader (2023, p. 313), “O direito subjetivo apresenta-se sempre em relação jurídica. Apesar de relacionar-se com o direito objetivo, ele se

opõe correlatamente ao dever jurídico. Um não existe sem o outro”. Há, todavia, posicionamento oposto, como será colocado em seguida.

Quando o Estado tem o dever de persecução penal, na linha anteriormente citada, há o direito para o réu, especificamente, recorrer. Isso aparenta ser uma espécie de autotutela, já que é dado ao próprio Estado, a possibilidade de reexaminar seu ato judicial através de julgadores distintos, confirmando ou negando a decisão recorrida.

Sendo o recurso, a medida cabível para tentar evitar os erros judiciais. Logo, além do aspecto processual dos recursos, tem o fator justiça e dignidade humana, artigo 1º, III, da Constituição Federal Brasileira como fundamentos para o recurso.

Retomando à análise da relação dever *versus* direito, como até aqui foi exposto neste subcapítulo, essa linha é possível dizer que a legitimidade recursal seja do réu. Isso, como decorrência do dever de persecução penal do Estado, pensando que a decisão é passível de erro. Contudo, não é viável dizer que o réu seja o único beneficiado pelo reexame da decisão, como será exposto.

Da perspectiva até aqui apresentada, é possível colocar o recurso como direito fundamental exclusivo do cidadão. Respondendo, num primeiro momento, a pergunta deste subcapítulo. Em suma, o direito ao recurso é o direito subjetivo ligado ao dever do Estado de persecução penal.

Há uma outra via de entendimento para responder se o recurso é direito fundamental exclusivo do cidadão. Tomando-se como referencial Kelsen (2003) e sua posição do que seja direito subjetivo, o que é um viés diferente do que foi exposto na parte inicial deste subcapítulo.

Kelsen (2003) busca superar a dualidade do direito objetivo e subjetivo, como esclarece Sgarbi (2013, p. 173), que Kelsen coloca os direitos no direito positivo, expondo que, “Não pretende Kelsen eliminar, dessa forma, a expressão ‘direito subjetivo’ da linguagem dos juristas; está apenas a dizer que todo direito subjetivo se refere ao direito objetivo”. Nesse ponto, Dimoulis (2009, p. 225), explicando a visão Kelseniana que, “[...] o direito subjetivo depende plenamente do direito objetivo. Nada mais é do que, uma faculdade que o direito objetivo confere a determinados titulares em determinadas situações”.

Como esclarecem Ferreira e Chrismann (2017, p. 3), para Kelsen, deve ser tratado primeiro o dever jurídico, após o direito subjetivo. Como destacam os autores,

“[...] porque considera o dever jurídico mais importante que o direito subjetivo, posto que é o primeiro que tem a capacidade de obrigar e não o segundo”.

Para Kelsen (2003), então, o indivíduo tem que se portar conforme a conduta estabelecida pela ordem jurídica. Essa conduta deve ser feita, em relação ao outro, indivíduo. Esclarecendo que essa conduta pode, somente, ser integrante de um dever jurídico se essa está relacionada a uma conduta oposta, passível de sanção.

Em relação ao sujeito, Kelsen (2003, p. 128-129) tem uma visão diferente da dogmática tradicional. Para o autor, sujeito é indivíduo ao qual a sanção está ligada, por poder violar os seus deveres, ou então, evitar a sanção. Nesse sentido, ele entende que, o “[...] sujeito nesta relação é apenas o obrigado, isto é, aquele indivíduo que pela sua conduta pode violar ou cumprir o dever” e, prosseguindo, “O indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual esta conduta há de ter lugar”.

Neste ponto, há uma visão distinta do tradicional conceito de direito subjetivo, para Kelsen (2003) o direito subjetivo é reflexo do dever jurídico. De modo que somente o sujeito obrigado por uma norma, é sujeito, já que esse é sujeito de um dever jurídico. Sendo o indivíduo o qual a conduta é devida, como o objeto da conduta devida posta pelo dever jurídico, sendo esse sujeito titular do direito reflexo, o que pela visão tradicional seria titular do direito subjetivo.

No entender de Kelsen (2003), direito subjetivo é simples direito reflexo, não havendo sem dever jurídico, como esclarecem Ferreira e Chrismann (2017, p. 18). Apontando os autores que, “Não há, dessa forma, uma referência a um sujeito determinado, merecedor do rótulo de portador de um direito subjetivo”.

Com base na teoria da vontade, Kelsen (2003, p. 126) trata o direito subjetivo como o “[...] poder de vontade conferido pela ordem jurídica”. Assim, o direito subjetivo é o direito que alguém, titular do direito reflexo, tem de reclamar judicialmente, caso o dever jurídico não seja atendido.

Alertam Ferreira e Chrismann (2017, p. 8) que, o direito subjetivo é posto como um poder jurídico. Em suma, “A doutrina tradicional acredita que o direito subjetivo consiste em mero poder jurídico”. Por sua vez, Kelsen (2003, p. 143) entende que, direito subjetivo vai além do poder jurídico, mas sim, com a soma desse poder, com o direito reflexo, sendo o direito reflexo o “centro gravitacional”.

Partindo da linha de Kelsen (2003) e, num contexto do processo penal, é possível pensar em outra resposta sobre a exclusividade do direito fundamental ao

recurso. Tal como questionado neste subcapítulo, o trabalho buscará responder a partir de agora.

Quem cria a norma é o Estado, esse é o sujeito do dever jurídico, no caso do processo penal, o dever de persecução penal, inclusive, como afirmado pela Corte IDH é dever do Estado. Cabendo ao Estado proceder a persecução penal nos limites do devido processo penal, que ao final vai gerar uma sentença passível de recurso.

Nesses termos, é o Estado que, por meio do dever de persecução penal, cria o direito ao recurso. Então, é o Estado obrigado a prestar o direito ao recurso, afinal é esse quem ao criar uma norma, pode desrespeitá-la e, claro, sendo o obrigado a cumpri-la.

De outro lado, há o réu, polo passivo da persecução penal e potencial alvo de uma sentença condenatória. O réu tem o direito subjetivo correspondente ao dever do Estado, esse direito subjetivo, na visão Kelseniana, é o direito reflexo.

Os direitos subjetivos, então, são para o réu um poder de vontade concedido pela norma, podendo a parte acionar judicialmente a outra, caso ocorra o descumprimento da norma. Kelsen (2003) entende que o direito subjetivo é o poder jurídico, junto com o direito reflexo; é um direito reflexo com esse poder jurídico. A base do direito subjetivo está na norma atribuída a alguém um poder jurídico, sendo, para Kelsen (*ibidem*) o direito subjetivo à soma do direito e o poder jurídico, sintetizando Ferreira e Chrismann (2017, p. 9) que, “[...] através desse poder jurídico o titular do direito reflexo ingressa com uma ação e, por fim, obtém uma decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever”.

Analisando pela ótica de Kelsen (2003), o direito subjetivo decorre do direito objetivo, daí a primazia do primeiro, que por sua vez é criado pelo Estado. Então, é possível entender que se o Estado cria o direito, ele também é titular desse direito, tanto que gera um direito reflexo para os outros, no caso do processo penal, os acionados.

Nesse caso, o benefício é para o réu e o próprio Estado. Isso se justifica para o réu, que pode se ilidir de uma decisão errônea.

Para o Estado, diante da possibilidade de indenização, o que existe disposição legal específica, no artigo 5º, LXXXV, da CF/88, artigo 630, da CPP, artigo 10, da CADH e artigo 14 § 6, do PIDCP. Em relação à última disposição normativa, Chiavario (1982) comenta que havendo anulação da condenação transitada em julgado, há o

direito de quem tenha sido vítima do erro judicial, além de disposições específicas, sobre o direito de indenização por erro judicial.

As condenações injustas atingem o direito à honra e a imagem da pessoa, parece haver consenso, nesse ponto Mario Chiavario (1982) entende que, o efeito suspensivo dos recursos é um freio a uma condenação injusta ou errônea, com o qual os efeitos não podem ser reparados, mesmo depois de uma reforma ou anulação. Além disso, há uma quebra de confiança e desmoralização da justiça diante condenação injusta, seja no Brasil, seja no exterior, como mostra o *innocence Project* (2023).

Numa linha diferente da apresentada na parte inicial deste subcapítulo, é possível pensar com Kelsen (2003) os benefícios advindos do recurso, chegar a outra resposta ao questionamento do subcapítulo. Assim, os legitimados seriam o réu e o próprio Estado criador do direito objetivo, no caso, o direito ao recurso que é o direito reflexo.

Posta a visão, a partir de que há primazia do direito objetivo e, que o direito subjetivo decorre daquele, é possível chegar a outra resposta ao questionamento deste subcapítulo. Quem cria o direito é quem tem a possibilidade de respeitá-lo ou não, daí sofrendo a sanção. Nesse sentido, o direito reflexo do dever da persecução penal é o direito ao recurso, pois a persecução penal gera uma sentença que pode ser errônea, a forma de evitar ou tentar evitar o erro é o recurso, pois, uma vez cometido, surge a possibilidade de indenização.

Ao Estado existe o interesse, mais precisamente o direito de rever seus atos e sentenças para evitar uma sanção, indenização e, para evitar a sanção, o Estado tem o dever de cumprir corretamente o dever de persecução penal. Esse “corretamente” é aferido através do direito reflexo, o direito ao recurso. O direito do Estado de evitar uma sanção parece ser demonstrado com o sistema de dupla instância e como posto na decisão colombiana, no subcapítulo 3.2, a dupla conformidade, que é uma espécie da dupla instância.

Retomando, brevemente, à decisão da Colômbia, o debate da dupla conformidade ocorreu em decisão da Corte Constitucional Colombiana. Nessa, houve uma mudança legislativa, antes da reforma, a maioria dos funcionários tinha a dupla instância, não tendo isso uma outra parcela menor de funcionários, os altos funcionários, contudo, esses passaram a ter a dupla conformidade, caso ocorresse a condenação, enquanto a maioria, não. Isso, como decidido pela Corte que:

[...] estado actual del régimen de impugnación de las sentencias proferidas en los procesos de la acción de repetición distingue entre dos grupos de funcionarios. Unos protegidos con la garantía procesal de doble instancia y otros con la garantía procesal de la doble conformidad (Colombia, sentencia C-414, § 78, de 2022).

Essa modificaco no sistema recursal foi objeto de debate na Corte Constitucional. O norte foi o princípio da isonomia.

Com a decisão C-792 de 2014, a Corte passou a entender que a dupla conformidade e a garantia da dupla instncia são *standarts* constitucionais autnomos e independentes (Colombia, 2014, Sentencia C-792, § 101). Assim, a dupla conformidade passou a ser indispensável no processo penal. Tanto que a Corte Constitucional esclareceu o que era a dupla conformidade “[...] *la doble conformidad opera en función del contenido del fallo y no según la etapa en la cual se profiere la providencia*” (*ibidem.*, § 102).

Desse modo, a dupla conformidade  o direito de impugnar uma condenao inicial, ainda que fruto da 2ª instncia. Passando a Corte a entender que existe o direito fundamental de recorrer da condenao (*ibidem.* § 104). Assim, o “[...] *derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria integra el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. Este puede ser exigido de manera inmediata, incluso cuando su regulación constitucional sea escasa o solamente enunciativa*” (*ibidem.*, § 112).

Ao ser decidido sobre o caso, como exposto no subcapítulo 3.2, a Corte entendeu pela obrigao da dupla conformidade no processo penal, em relao aos demais processos, caberia ao Congresso deliberar. Sendo a dupla conformidade vista nos processos de repetio baseado no princípio *pro personae* e resultado dos mandamentos de otimizao (*ibidem.*, § 153), compatível com o artigo 8, da CADH (*ibidem.*, § 154).

Tomando como referencial a decisão colombiana,  viável responder  pergunta proposta neste subcapítulo. A partir, também, de como a Corte Constitucional entendeu pela possibilidade do sistema de dupla conformidade poder evitar o erro judicial, que prejudica não são o réu, como o Estado. No Brasil, existe chance de indenizao, inclusive, há fundamentos legais nacionais e internacionais. Logo, até como forma de autotutela e respondendo  pergunta deste subcapítulo, o Estado,

também, tem o direito de que suas decisões sejam revisadas, ainda mais por serem as condenações restrições de direito fundamental, a liberdade.

4.2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS REQUISITOS RECURSAIS

No presente subcapítulo será feita uma breve exposição do papel da Corte IDH. Posteriormente, serão feitas as considerações do que são os requisitos recursais, trabalhando com os aspectos conceituais da doutrina e, por fim, quais os requisitos recursais postos pela Corte IDH através da sua jurisprudência em matéria processual. Esse exame auxiliará na compreensão de que se há ineficácia no direito ao recurso no Brasil.

A Corte IDH, junto com a Comissão IDH, é integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, na esfera da Organização dos Estados Americanos, cujo fim é a tutela dos direitos humanos. Sendo a Corte IDH, ladeada do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Africana dos Direitos Humanos, tribunais de proteção dos direitos humanos. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos iniciou, formalmente, em 1948, com a Declaração Americana de Direitos Humanos, a qual, apesar de não ser, conforme Mazzuoli (2023), um tratado técnico, aponta os direitos inseridos na Carta da OEA.

Esclarecendo que, a Corte IDH não faz a proteção inicial dos direitos humanos. Como esclarece Mazzuoli (2021), a proteção primária compete ao Estado e, caso não ocorra essa proteção, ou venha a ser insuficiente em relação à CADH, poderá o sistema interamericano atuar de maneira complementar, dessa forma, o sistema somente pode trabalhar após o Estado ter tido a oportunidade de solucionar a situação. Por isso, um dos requisitos de acesso ao Sistema Interamericano é o esgotamento dos recursos internos.

O posicionamento da atuação subsidiária da Corte IDH, em relação à jurisdição interna foi, inclusive, estabelecido em suas decisões, como no *Caso Andrade Salmón versus Bolívia*.

El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las

complementa154. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias Internacionales (Costa Rica, 2016, Série C, nº 330, § 93).

Como noticiado no próprio *site* da Corte IDH, esse tribunal é uma instituição judicial autônoma. Sua finalidade é aplicar e interpretar a CADH, tendo um papel contencioso, com decisões judiciais internacionais e supervisionamento do cumprimento dessas sentenças. Além disso, há uma função consultiva, bem como o poder de decretar medidas provisórias, as quais serão esclarecidas a seguir. A Corte IDH, até 19.01.2025, proferiu 540 decisões em casos contenciosos, 647 medidas provisórias e 30 opiniões consultivas (Costa Rica, 2025).

Através da função contenciosa, a Corte IDH decide, em audiência pública, com a participação das partes interessadas, ou seja, Estados envolvidos, podendo ser mais de um; a vítima; e, Comissão IDH, caso ocorra violação a um dos tratados internacionais componentes do sistema interamericano. Em decorrência disso, há o supervisionamento do cumprimento da sentença. Com a supervisão, há constatação se as medidas de reparação são atendidas. Isso, para a Corte IDH é quando ocorre a “materialização da justiça para o caso concreto”.

Em termos análogos, é a fase de cumprimento da sentença do processo brasileiro, no caso, cabe à Corte IDH avaliar se as reparações estão sendo cumpridas. Não é imperativo o Estado aderir à jurisdição contenciosa, podendo haver somente a ratificação da CADH, para que ocorra o reconhecimento da função contenciosa é preciso uma declaração específica, artigo 62, da CADH, ou, então, para um caso específico (Ramos, 2023, p. 470).

A supervisão é uma etapa relevante na concretização dos direitos humanos e componente de acesso à justiça. Como pontuou a Corte, “[...] é peça chave da verdadeira vigência e eficácia do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sem a qual se torna ilusório o propósito que determinou seu estabelecimento”. Interessante destacar que, a supervisão pode ocorrer com visitas no país responsabilizado.

A segunda função da Corte é proferir medida provisória. Através dessa função, a Corte anuncia ao Estado envolvido que adote determinada providência, isso quando presentes os requisitos da “extrema gravidade e urgência” para impedir danos irreversíveis, tanto assim que a melhor nomenclatura seria “medidas cautelares”, evitando a ineficácia do processo internacional, caso a Corte IDH não tivesse como

tutelar, de imediato, as pessoas. Sendo dever do Estado acatar as medidas e informar periodicamente seu andamento, esta função é como se fosse uma espécie de medida cautelar do processo brasileiro, exemplificativamente, acontece para tutelar a vida de pessoas ameaçadas de morte (Ramos, 2003, p. 475).

O Brasil tem contra si, até 19.01.2025, 50 medidas provisórias, sendo a Colômbia, o país que mais tem medidas provisórias, 121 (Costa Rica, 2025).

A última função é a consultiva. Os legitimados são os Estados integrantes da OEA e seus órgãos. A consulta tem por objetivo esclarecer a compatibilidade da CADH, em face da legislação dos países subscritores da CADH. Tal consulta pode gerar a inconveniência de uma norma interna, como foi esclarecido na Opinião Consultiva 24/2017.

Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, 'la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos' (Costa Rica. 2017).

Mesmo sendo função da Corte IDH, a emissão da opinião consultiva não é obrigatória. Como acentuam Robles e Garetto (1988), a Corte não tem poder discricionário de emitir opiniões, podendo se recusar a fazer a opinião, quando o pedido passe os limites estabelecidos pela CADH, de toda maneira, a negativa deve ser motivada.

Ainda dentro da função consultiva, é cabível o pedido de interpretação do tratado internacional relativos aos direitos humanos. Essa função tem relevância por ser consultiva, funciona como prevenção aos direitos humanos, evitando, eventualmente, o agravamento de uma situação.

Outra vantagem dessa função é ser um meio alternativo de solução, que auxilia os Estados e órgãos na interpretação dos tratados de direitos humanos, ao invés do formalismo do método contencioso (*ibidem.*) No direito brasileiro, somente a justiça eleitoral tem a função consultiva, havendo questionamento se há obrigatoriedade de seguir as opiniões consultivas.

No Brasil, há decisão de tribunal estadual entendendo pela obrigatoriedade da opinião consultiva emitida pela Corte IDH.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CRIANÇAS IMIGRANTES VENEZUELANAS EM ESTADO DE VULNERABILIDADE – MEDIDA PROTETIVA – DIREITOS HUMANOS MULTIDIMENSIONAIS VINCULADOS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE, INCLUSIVE OS IMIGRANTES INDOCUMENTADOS – COMPETÊNCIA – VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – OBRIGAÇÃO JURÍDICA DO ESTADO BRASILEIRO – DEVER QUE DERIVA, DE MODO ESPECIAL, DA OPINIÃO CONSULTIVA 21 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (DIREITOS E GARANTIAS DE CRIANÇAS NO CONTEXTO DA MIGRAÇÃO E/OU EM NECESSIDADE DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL) – NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS TAMBÉM APLICÁVEIS À ESPÉCIE – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS – DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO QUE NÃO VIOLA O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A HIGIDEZ ORÇAMENTÁRIA – RESERVA DO POSSÍVEL – INAPLICABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO [...] 3. O dever de proteção a crianças e adolescentes imigrantes tem fundamento na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente e, de modo especial, na Opinião Consultiva n. 21, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que estabelece, em resposta a consulta feita pelo Brasil e por outros países, que o Estado receptor da criança deve oferecer assistência material e programas de apoio, particularmente com respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação. 4. Como decorrência disso, o Município tem o dever de adotar política pública que proporcione condições mínimas para retirar das ruas e assegurar proteção a crianças venezuelanas imigrantes. 5. Como os direitos tutelados se inserem no núcleo mínimo de direitos fundamentais, não têm aplicação as cláusulas de reserva orçamentária e de reserva do possível, impondo-se apenas delimitar a obrigação quanto à quantidade e quanto à duração do fornecimento de abrigo e alimentação (TJRR – AgInst 0000.17.000167-1, Rel. Des. Mozarildo Cavalcanti, Segunda Turma Cível, julg.: 19/10/2017, public.: 31/10/2017) (Roraima, 2017).

Apesar de tal decisão, o tema não aparenta ser pacificado. Contudo, a opinião consultiva é relevante instrumento interpretativo da CADH.

Postas as funções da Corte IDH, em especial, a de intérprete da CADH, cabe fazer uma análise de quais são os requisitos recursais estabelecidos pela jurisprudência da Corte IDH, em relação ao direito ao recurso, artigo 8.2.h, da CADH. Antes, no entanto, será feita uma exposição dos requisitos recursais no Brasil, através da doutrina e jurisprudência, esse panorama possibilitará um paralelo entre a posição da Corte IDH e a do Brasil. A exposição possibilitará, eventualmente, saber se há (in)compatibilidade das perspectivas do Brasil e da Corte IDH sobre os requisitos

recursais, além disso, tal comparativo auxiliará na abordagem do próximo subcapítulo 3.3.

Deve, no entanto, ser atentado que, enquanto a Corte Europeia de Direitos Humanos concede margem de apreciação para os Estados membros, conforme as suas tradições locais, e assim cada um regula as garantias da CEDH, contudo, a Corte IDH não segue a margem de apreciação. Esse é um aspecto das justificativas do recorte nas decisões da Corte IDH.

A justificativa para não seguir a margem de apreciação da Corte IDH não está na inviabilidade dos vários sistemas jurídicos nacionais, a questão se deve ao baixo desenvolvimento político, jurídico e cultural dos Estados que integram a Corte IDH, como alertam Andrea Echeverria e Marcelo Varela (2018, p. 13). Acrescentando as autoras, com base em outros posicionamentos doutrinários, que os conflitos de direitos humanos ocorridos, poderiam gerar patamares abaixo do necessário na tutela dos direitos humanos, mesmo assim, entendem que há uma crítica quanto à resistência à teoria da margem de apreciação, já “[...] que simplesmente ignorar a existência de tais consensos pode resultar no próprio enfraquecimento do sistema, e não no seu fortalecimento”.

A própria Corte IDH fez, pela primeira vez, referência à margem de apreciação, especificamente, sobre o artigo 8.2.h, da CADH, no *Caso Herrera Ulloa*, estabelecendo parâmetros a esse dispositivo. Essa decisão, assim como em outras, foram postos os contornos do artigo 8.2.h, da CADH, impossibilitando a flexibilização. Daí a importância da análise da jurisprudência da Corte IDH, em especial.

No Brasil, a doutrina (Badaró, 2020; Assis, 2021 e Greco, 2015) estabelece os princípios, chamado por uma parte dos autores de regras específicas (Lopes Júnior, 2020), bem como os requisitos, denominados por alguns de pressupostos (Greco, 2015). Enquanto à Corte IDH, ao interpretar o direito ao recurso, não fez a distinção entre princípios e requisitos, termos a serem adotados.

Esclarecendo que a Corte DIH aparentemente focar suas decisões nos requisitos, mas para que a exposição permita uma melhor compreensão do tema, serão expostos os princípios a partir da doutrina, como explica Assis (2021, s/p), “O prestígio contemporâneo dessa abordagem decorre da nítida influência da ‘jurisprudência dos princípios’, em voga no direito brasileiro, potencializada para ponderação dos direitos fundamentais processuais”.

A partir de agora, o trabalho fará uma exposição dos princípios recursais. Esclarecendo que, a abordagem não será feita na classificação de um autor, diante da ausência de consenso sobre quais seriam os princípios.

O primeiro princípio a ser tratado é o da taxatividade. Através desse, é posto que os recursos a serem utilizados pelas partes devem ser estabelecidos na lei, o raciocínio é análogo ao princípio da legalidade do direito penal. Alerta Badaró (2020) que, é possível a interpretação extensiva em relação às situações de cabimento.

Ressalva Greco (2015, s/p) que, apesar da existência do duplo grau de jurisdição, haverá inconstitucionalidade por omissão na hipótese de inexistir recurso em qualquer decisão judicial relevante. Desfechando que, “[...] o exercício do direito de recorrer não é viável sem regulamentação legal”.

Nesse caso, como ficariam as situações sem previsão legal? Há possibilidade de impugnação via *habeas corpus*, mesmo não sendo esse recurso propriamente, mas surtiria os mesmos efeitos (Giacomolli, 2016 e Lopes Júnior, 2020).

Questão pouco explorada é a indicada por Badaró (2020), em casos de decisões judiciais inexistentes. Naturalmente, em sendo inexistentes, não há previsão legal de recursos, mas destaca o autor a questão que isso gera um problema de ordem prática e exemplifica com o caso de uma sentença feita por juiz aposentado, tendo que haver a “declaração” de sua inexistência.

Diante de tal situação, há três formas de impugnação: o recurso, o *habeas corpus* e a revisão crime (Badaró, 2020; Assis 2021 e Greco, 2015).

Para os autores, havendo restrição de liberdade, caberia *habeas corpus*, solução que o trabalho adere (Urani, 2023). Quando for o caso de pagamento de multa ou pena de liberdade cumprida, há a possibilidade de revisão criminal, mesmo que rigorosamente não seja a hipótese, pois há consequência com a reincidência e, caso não iniciada a pena, poderá o juiz, da execução, declarar a inexistência da decisão.

De outro modo, em não tendo ocorrido o trânsito em julgado, Badaró (2022, s/p) aponta a apelação como meio impugnativo, justificando que “[...] uma vez mais, a técnica não pode servir de impedimento para reconhecimento do desrespeito ou violação da própria técnica”. Desse modo, diante de atos inexistentes, mas com efeitos nocivos é cabível recorrer, na conclusão do autor.

Vale observar, como exposto até aqui, que os recursos penais dependem de previsão legal. Todavia, no âmbito do processo civil, artigo 190, do CPC, tem a possibilidade de restrição às impugnações, contudo, não para aumentar (Assis, 2021).

O próximo princípio é o da unirecorribilidade, ligado ao anterior. Pela unirecorribilidade, cada decisão comporta um recurso específico.

A unirecorribilidade tem ressalvas. Por exemplo, acórdão que viola lei federal e a Constituição, ao mesmo tempo, implica na impugnação concorrente do acórdão, através do recurso especial e extraordinário. Outro caso, é o acórdão decidido por maioria que justifique a impugnação paralela, via embargos infringentes e recurso especial e/ou extraordinário (Lopes Júnior, 2020).

Existe outra exceção à unirecorribilidade. Seria o caso de sentença omissa no tocante ao regime prisional, cabendo a parte optar pelos embargos de declaração para sanar a omissão ou, então, interpor apelação, visando sanar o vício (Badaró, 2020).

Além de ser excepcionado em algumas situações, como exposto anteriormente, o princípio da unirecorribilidade pode ser flexibilizado. Nessa relativização incide o princípio da fungibilidade, que será tratado à frente.

O princípio da fungibilidade está ligado ao princípio da unirecorribilidade e à instrumentalidade das formas. Para Greco (2015), a fungibilidade é mais extensa no direito alemão, sendo denominada de teoria do recurso indiferente, o que é a aplicação da instrumentalidade das formas.

A fungibilidade é um dos princípios mais relevantes do sistema recursal, pois possibilita o acesso à justiça, através, claro, de recurso em caso de erro, bem como relativizar o formalismo dos recursos. Isso, enseja que a fungibilidade esteja de certa forma, ligada à ideia de proteção judicial, artigo 25, da CADH, mais especificamente, à simplicidade e efetividade, perspectiva que não tem analogia no PIDCP, na CEDH e na Carta de Banjul, apesar de esses preverem o direito ao recurso, como exposto no subcapítulo anterior.

A fungibilidade tem previsão legal no artigo 579, do CPP. A fungibilidade permite que o recurso interposto erroneamente seja conhecido, como se tivesse sido interposto o recurso devido, mas o princípio da fungibilidade é uma exceção, para ser aplicado depende de dois requisitos.

O requisito inicial é a boa-fé, em sentido oposto ao artigo 579, do CPP que coloca a má-fé como hipótese de aplicação da fungibilidade. E, como a má-fé não se presume, foram construídas as situações que lhe caracterizam. Nesse sentido, pode ser mencionado a interposição de recurso com prazo de maior apresentação do que o recurso correto, usar recurso de maior abrangência no aspecto da devolutividade,

manejar recurso mais demorado e provocar dissidência jurisprudencial, visando interpor outro recurso, posteriormente (Badaró, 2020).

A jurisprudência do STJ adota a boa-fé como requisito da fungibilidade. No entanto, acrescenta a esse o erro grosseiro (Brasil, 2021).

O outro requisito é o erro grosseiro. Há erro grosseiro, por exemplo, quando inexistente divergência na doutrina e/ou jurisprudência sobre qual o recurso cabível.

Quanto à questão da má-fé pelo uso do recurso de prazo mais alongado, esse ponto não deve ser critério absoluto para afastar a fungibilidade. Se ocorrer, de fato, dúvida, o recurso inadequado deve ser conhecido, ainda que usado o de prazo maior (Badaró, 2020; Grinover, Gomes Filho e Fernandes 2001).

Há críticas na doutrina a respeito desse requisito. Para Lopes Júnior (2020, s/p), o conceito de má-fé não é preciso e possibilita a “manipulação conceitual”, da mesma forma, critica o erro grosseiro. Sintetiza o autor que, a fungibilidade deve ser rejeitada “apenas quando - escancaradamente - a parte estiver usando um recurso errado, para remediar a perda do prazo do recurso adequado, de forma que existindo dúvida de qual o recurso adequado, deve incidir a fungibilidade ‘pró recurso’”.

Ainda é possível aplicar a fungibilidade fora dos recursos. A doutrina aceita a fungibilidade no âmbito das ações de impugnações, face a mesma natureza e tutela dos direitos fundamentais e até pelo mandado de segurança ter sua origem no *habeas corpus* (Badaró, 2020 e Lopes Júnior, 2020).

Existe um efeito final do princípio da fungibilidade. Esse princípio possibilita que o juiz ou tribunal, frente a um recurso errado, possa corrigi-lo, quando não ocorra má-fé (Badaró, 2020).

De todo modo, a importância do princípio da fungibilidade é possibilitar o exercício do direito ao recurso. Assim, o recurso não estará apenas no plano normativo, mas na prática e tutelando a liberdade do imputado, recorrente.

Na princiologia recursal tem o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Para parte da doutrina do processo civil (Theodoro Júnior, 2023), as decisões interlocutórias no processo moderno não aceitam recursos contra essas decisões, em virtude da economia processual, celeridade e oralidade. Mas, o CPC de 1977, não restringia as impugnações das decisões interlocutórias, contudo, o vigente CPC/15 estabelece quais as decisões interlocutórias são recorríveis e, mesmo assim, em regra, sem suspensividade, artigo 1.015. Então, uma das formas de combater a demora do processo é a opção pela irrecorribilidade das decisões interlocutórias,

como explica Assis (2021, s/p) “[...] definirá a espécie de processo efetivamente utilizado no país, imprimindo ou não maior celeridade ao procedimento em primeiro grau”.

A questão no processo penal é um pouco diferente, ainda que o CPP, artigo 400 § 1º, preveja audiência una. A prática tem mostrado que o processo é fracionado em mais de uma audiência, por exemplo, pela não localização de todas as testemunhas ou ausência de algumas delas. Outro aspecto, há um tempo necessário para o processo se desenvolver e as partes poderem amadurecer as respectivas teses.

Para Lopes Júnior (2020, s/p), é insuficiente o pensamento da doutrina que, as decisões interlocutórias são irrecorríveis, pois, mesmo sendo essa a regra, há decisões interlocutórias que têm “poder decisório”. Ademais, o artigo 581, do CPP, elenca quais decisões interlocutórias são impugnáveis. Esclarecendo o autor que, as decisões irrecorríveis não precluem e devem ser suscitadas na preliminar do recurso, mas quando houver previsão de impugnação e, caso não seja interposto o recurso, haverá preclusão, a exemplo da pronúncia.

O problema está na falta de efetividade da impugnação das decisões interlocutórias, no final. A decisão que recebe a denúncia e/ou queixa é irrecorrível e, caso a parte argua nulidade na apelação, já estará precluso, inclusive tem a Súmula 648, do STJ, nessa linha, “A superveniência da sentença condenatória prejudica o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa feito em habeas corpus”. Tal aspecto indica que, não há efetividade na impugnação ao final do processo (Brasil, 2021, s/p).

Diante da decisão interlocutória irrecorrível, é cabível a impugnação, ainda que não exista, mas por meio de *habeas corpus*, no caso de inépcia, visando ao trancamento do processo, mandado de segurança em matéria penal e até correição parcial.

De todo modo, as decisões interlocutórias não ficam sem impugnação, além das ações de impugnação e/ou mesmo com os embargos de declaração (Lopes Júnior, 2020)

Outro princípio é a dialética. O processo é um procedimento em contraditório, por efeito, o contraditório é reinante. E, sendo a fase recursal uma continuação da 1ª fase, o contraditório permanece, surgindo a dialética dos recursos (Fazzalari, 2006).

A dialética significa que o recorrente deve expor o porquê de sua impugnação. Não adianta recorrer sem apresentação da motivação, não haverá como o tribunal

compreender qual o motivo do inconformismo ou mesmo a extensão do recurso, sendo possível pensar em ineficácia técnica da defesa, por falta de motivação. Isso violaria o contraditório e tornaria ineficaz o direito do recurso, tendo em vista que, a falta de fundamentação recursal levará a um recurso vazio de conteúdo e oposto ao artigo 25.1, da CADH.

O vigente CPP, numa interpretação literal, desconsidera a dialeticidade nos artigos 589 e 601. Tais dispositivos autorizam que o RSE e a apelação, respectivamente, possam ser enviados para o tribunal sem as razões recursais. Ademais, se a parte recorrer sem apresentar as suas razões, a parte adversa não saberá o que contraditar, por tais aspectos os artigos 589 e 601, do CPP, não foram recepcionados, além de estarem na contramão do artigo 25.1, da CADH, por deixar sem efetividade o recurso (Badaró, 2020).

Diretamente ligado ao princípio anterior, há o princípio da voluntariedade. A voluntariedade significa que o recurso depende de manifestação da parte. Isso pode ser visto como decorrência da inércia da jurisdição, imparcialidade e estrutura acusatória que, no entanto, mantem-se os recursos de ofício pelo interesse público, mas há críticas, inclusive do processo civil (Greco, 2015).

O artigo 574, do CPP, é expresso no sentido da voluntariedade. Contudo, esse mesmo dispositivo possibilita os recursos de ofício, o que parece incompatível com os fundamentos que justificam a voluntariedade, tais como a inércia da jurisdição, imparcialidade e forma acusatória.

De todo modo, o que prevalece no âmbito processual penal é a voluntariedade. Apesar disso, Giacomolli (2014, p. 346) questiona se o recurso é voluntário, por se tratar de restrição à liberdade do réu. Para o autor, é necessário compatibilizar a legislação interna, dando efetividade ao duplo pronunciamento, de sorte que a estratégia da defesa, em não recorrer, deve ser justificada e não de recorrer à vontade, como desfecha, “O silêncio do condenado e do defensor obriga o magistrado a instar para que se manifestem acerca do recurso sempre que houver restrição a direitos fundamentais.”.

O outro princípio do sistema recursal é o *tantum devolutum quantum appellatum*. Estando previsto no artigo 599, do CPP, o qual possibilita que a apelação seja interposta em face de toda a decisão ou de parte. Por esse princípio, o tribunal vai conhecer e decidir em relação ao que foi alvo de impugnação, daí haver o

entendimento de que o *tantum devolutum quantum appellatum* é uma espécie de “correlação recursal” (Lopes Júnior. 2020, s/p).

Mesmo o tribunal estando adstrito ao que foi impugnado, não há óbice para que seja conhecido e provido em aspectos favoráveis ao réu. Isso em atenção a *reformatio in melius*, o que será pontuado em seguida.

Quando o recurso apresentar fundamentação vinculada, o âmbito do reexame é adstrito ao dispositivo legal. É o caso do recurso especial que tem três hipóteses de cabimento, artigo 105, III, alíneas, “a”, “b” e “c”, caso seja interposto com base na alínea “a”, não poderá ser decidido pela alínea “c”, contudo, tal observação não pode ser vista em termos absolutos, pois se for indicado a alínea “a”, mas arrazoado, motivado com outra, nada impede sua apreciação em face da fungibilidade, já exposta e dentro da perspectiva de um recurso efetivo, artigo 25.1, da CADH.

Sendo certo que que o *tantum devolutum quantum appellatum* é uma garantia para o réu. Afinal, é uma segurança de que o reexame da decisão impugnada não sairá dos limites do recurso, é uma vedação à surpresa, por isso, a estrita ligação com a vedação da *reformatio in pejus*.

Os recursos no processo penal são regidos pela vedação da *reformatio in pejus*, ainda, apesar de previsto no artigo 617, do CPP, só para a apelação. A vedação se estende a todas as impugnações, o que não há dissenso. Destaca Assis (2021), o paradoxo do termo “reforma”, já que inexistente reforma para pior.

Como exceção do princípio aqui tratado, tem a Súmula 160, do STF, “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida (*sic*) no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício” (Brasil, 2012, s/p).

O trabalho discorda de parte da súmula que aceita os recursos de ofício, como exposto no subcapítulo 3.1. Ainda como reflexo da vedação da *reformatio in pejus*, há a Súmula 525, do STF, “A medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido” (Brasil, 1969, p. 5933).

Deve ser esclarecido que a vedação da *reformatio in pejus* é para o réu, mas não para a acusação, a qual pode ter sua situação “agravada”. Por efeito, beneficiando o réu.

Tal linha pode ser justificada pela visão do processo como um sistema de garantias. Ademais, seria incoerente o tribunal visualizar uma injustiça e não a sanar, apenas pelo fato de o réu não ter impugnado, o que desatenderia a ideia de um processo como um sistema de garantias e do réu como hipossuficiente.

Há, ainda, uma variação da vedação da *reformatio in pejus*, a espécie indireta. É a situação que em recurso exclusivo da defesa, aliás, só há vedação quando o recurso é exclusivo da defesa e, o tribunal anula a decisão. De modo que, o processo retorna à instância inicial, nesse caso, eventual nova condenação estará delimitada pela condenação que foi anulada inicialmente.

Em função da dialética dos recursos, aparece o princípio da complementariedade recursal. Como a própria nomenclatura já subentende, esse princípio possibilita a complementação do recurso, o que a priori seria inviável diante da preclusão, o que, contudo, não deve ser visto em termos absolutos.

Havendo modificação da decisão impugnada, pode a parte complementar as razões do seu recurso. A exemplo da parte que interpõe a apelação, enquanto a outra apresenta embargos de declaração, os quais modificam a decisão que ao mesmo tempo foi apelada e embargada. Nesses termos, pode e, até deve, a parte apelante complementar suas razões recursais, em face da dialética.

Sustenta Lopes Júnior (2020), que dentro do contexto da complementariedade, há possibilidade dos memoriais aditivos ofertados pela defesa ao tribunal. Há um resumo descritivo do recurso que é entregue aos julgadores, visando ao melhor esclarecimento do caso, entendendo o autor ser cabível aditar fundamentos jurídicos e fáticos de acordo com a prova e, isso não implica violação ao contraditório, uma vez que o Ministério Público pode se manifestar na sessão de julgamento, sendo respeitado, sempre, o direito de a defesa falar por último. A proposta do autor parece encontrar respaldo nos Tribunais Superiores, tanto assim que há abas nos *sites* das Cortes, como no STJ, para juntada de memoriais, inclusive tem inovação no sentido desse memorial ser oral.

A apresentação dos memoriais, assim como a sustentação oral, atende à ideia do recurso eficaz, artigo 25.1, da CADH. Tendo em vista que esses atos potencializam o direito ao recurso, artigo 8.2.h, da CADH.

Enfim, deve ser ponderada a complementariedade em caso da modificação superveniente da decisão recorrida. Seria a hipótese de complementar, quando esse aditamento tivesse como objeto a nulidade absoluta, inclusive, não haveria nem o entrave da preclusão, tendo em vista que essa pode ser questionada após o trânsito em julgado, ou então, complementar para agregar fundamentos fáticos e jurídicos, mesmo novos, quando o recurso interposto foi acompanhado de razões deficientes, impedindo isso, inclusive, que o recorrente venha a ser declarado indefeso. Tudo com

base no contraditório e defesa eficiente, havendo a Súmula 523, do STF, nesse contexto, “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua ineficácia só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (Brasil, 1969, p. 5949).

Vale atentar com Geraldo Prado (2024, p. 173), em relação à súmula anteriormente citada, que esse entendimento apareceu durante aumento da competência criminal da justiça militar, para responder a interesses da “ditadura militante” e o “legalismo autoritário”. De modo que, fosse “[...] reduzindo ou suprimindo as possibilidades de defesa jurídica de acusados em processos criminais marcados por torturas e manipulações”. O autor parece ter razão, pois a súmula é de 1969 e a Constituição vigente é de 1988, o que demonstra a incompatibilidades de ambas, em função dos períodos, ditadura e redemocratização, respectivamente.

Feita a exposição de tais princípios, sem a pretensão de esgotá-los, a Tese passa a fazer análise dos requisitos recursais, para que assim possa saber se há um paralelo com os requisitos recursais postos pela Corte IDH e eventual compatibilidade.

De um modo em geral, os requisitos são objetivos e subjetivos (Lopes Júnior, 2020). O primeiro é composto pelo cabimento, adequação, tempestividade e preparo. O segundo tem a legitimidade e gravame ou interesse. Sendo esses requisitos condicionantes para que o direito de recorrer possa existir ou não tenha vício, alertando que esses requisitos são denominados por parte da doutrina de pressupostos de admissibilidade (Greco, 2015).

Para Badaró (2020, s/p), o requisito trata-se de um “juízo de admissibilidade recursal que tem por objeto alguns requisitos ou condições para que o recurso seja admitido e, portanto, seja conhecido e analisado em seu mérito”.

A Tese iniciará a exposição pelos denominados requisitos objetivos. Recapitulando, os quais são: cabimento, adequação, tempestividade e preparo.

Os primeiros a serem analisados são o cabimento e adequação, que por serem faces da mesma moeda, serão tratados em paralelo. O cabimento pressupõe que o recurso seja cabível, ou seja, que não tenha ocorrido o trânsito em julgado, de modo contrário, acontecendo o trânsito, restarão as ações de impugnação, porém, não mais os recursos. Além disso, mesmo quando não tiver a coisa julgada, pode ocorrer de não ser cabível o recurso, assim destaca Badaró (2020), nos casos dos despachos e decisões interlocutórias que não estejam no rol do artigo 581, do CPP.

A outra face do cabimento é a adequação.

Independentemente de ser cabível, o recurso deve ser adequado, esse requisito tem nexos com o princípio da taxatividade, só que naquele há uma especificidade, pois não basta o recurso ser previsto em lei, é necessário que dentro do rol de impugnações, seja interposto o recurso correto, o adequado. Naturalmente, se o requisito da adequação tem liame com o princípio da taxatividade, também há incidência do princípio da fungibilidade, desde que respeitado seus requisitos.

O processo é uma marcha e deve, dentre outros aspectos, respeitar a duração razoável. Então, os atos processuais têm prazo para serem cumpridos e não poderia ser diferente com os recursos. Desse modo, tem o requisito da tempestividade, quando, então, cabe à parte interpor seu recurso no prazo legal, valendo atentar que nesse requisito, ainda incide a fungibilidade, respeitando seus requisitos, caso ocorra erro na interposição.

Para Greco (2015, s/p), o fim da tempestividade é “[...] impedir que se perpetue a incerteza sobre a eficácia da decisão”. Por efeito, nenhum processo pode ficar pendente de um desfecho definitivo.

O preparo é outro requisito recursal, tal requisito significa que devem ser pagas as custas do recurso, sob pena de deserção, o que para parte da doutrina é um fato extintivo do recurso (Badaró, 2020). Contudo, esse requisito é próprio das ações privadas e quando o recorrente for o querelante (Lopes Júnior, 2020).

Há críticas quanto a esses requisitos oriundos da doutrina processual civil, que podem ser levadas ao processo penal, também. O preparo gera barreiras econômicas para o recorrente, limitando o acesso à justiça, modifica a função judicial, a qual não tem finalidade de gerar receitas, de sorte que Greco (2015, s/p), desfecha que, “[...] não há nenhum benefício apreciável que justifique [...]” e mesmo se fosse o caso de inibir recurso procrastinatório, seria mais adequado pensar em nova sucumbência na fase recursal, pondera o autor.

A questão das custas foi alvo de apreciação pela Corte IDH. No *Caso Santos* foi entendido que, a “[...] suma fijada por concepto de tasa de justicia y la correspondiente multa constituyen, a criterio de este Tribunal, una obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables” (Costa Rica, 2002, Serie C, N° 97, § 54).

Quanto aos denominados requisitos subjetivos, são dois. O requisito da legitimidade e o prejuízo ou gravame.

A legitimidade diz respeito a quem tem o poder de interpor a impugnação. E quem tem esse poder, ou melhor, legitimidade são as partes, aqui reiterando as críticas quanto à legitimidade recursal da acusação. Enfim, ser parte é ser parcial, conseqüentemente, há interesses desses a depender do teor da decisão.

Como exposto, os legitimados para recorrer são os interessados. A consequência disso é que inexistente legitimidade para recorrer da decisão, ou mesmo, razão para os recursos de ofício, artigo 574, I e II, do CPP. Como explica Giacomolli (2016), esses casos não têm base constitucional, pois a iniciativa da ação penal pública é do MP, ademais a inércia da jurisdição, a estrutura acusatória e a imparcialidade não justificam os recursos de ofício.

Diante de tais considerações, defende-se a hipótese da não recepção dos recursos de ofício. Entretanto, essa posição não é a da jurisprudência, inclusive reformando decisão de 1ª instância.

RECURSO DE OFÍCIO. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. REABILITAÇÃO CRIMINAL. REQUISITO LEGAL NÃO PREENCHIDO. DECISÃO CONCESSIVA REFORMADA. Disposição dos artigos 93 e 94 do Código Penal que determina como condição inafastável à concessão de reabilitação criminal a extinção da pena imposta por meio de decisão definitiva ou o término decorrente de sua execução. Autor da pretensão submetida, através de recurso de ofício, a esta Corte contra quem não houve prolação de sentença condenatória transitada em julgado, senão a decretação da extinção de sua punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal. Circunstância que inviabiliza a ratificação do pleito formulado e impõe a reforma da solução jurídica alcançada em Primeiro Grau de Jurisdição. Recurso de ofício provido. (Remessa Necessária Criminal, Nº 50073799320228210059, Oitava Câmara Criminal, TJ do RS, Rel.: Naele Ochoa, Julgado em: 27-09-2023) (Rio Grande do Sul, 2023).

Além de ser legitimado para recorrer, a parte “precisa” do prejuízo ou gravame. O prejuízo é a chancela de quem tem legitimidade para recorrer. Isso significa que a parte ou ambas têm que ter algum gravame com o resultado da sentença, só assim a parte terá algum interesse em impugnar.

Quando a questão trata de uma condenação, o prejuízo é claro. Contudo, o prejuízo nem sempre é evidente quando há absolvição. Esse ponto deve ser pensado no contexto das ações civis que, a depender do fundamento da decisão absolutória, não impede o requisito da ação civil.

Contextualizando, uma absolvição com base no *in dubio pro reo*. Sendo o réu absolvido, no caso de um servidor público, ainda continuará respondendo uma ação indenizatória por parte da vítima, ação de improbidade administrativa e o processo administrativo disciplinar. A hipótese é clara do prejuízo, mesmo com a absolvição.

A doutrina (Lopes Júnior, 2020) esclarece que o interesse deve ser jurídico, não psíquico ou moral, logo, o prejuízo é jurídico, não outro. Deve haver um efeito prático e não teórico (Badaró, 2020). A Tese adere a essa linha, pois se o processo não pode ser usado para consulta acadêmica, da mesma forma não pode o recurso.

Questão interessante é a absolvição pela prescrição. Há posição da jurisprudência, na linha de não ter interesse o recurso, em face dessa causa de extinção de punibilidade.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DECLARADA NA ORIGEM. PUNIBILIDADE EXTINTA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL QUANTO AO PLEITO ABSOLUTÓRIO POR FUNDAMENTO DIVERSO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no AREsp n. 2.293.714/MG, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023.). Brasil. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ALEGAÇÃO DE SUSPEIÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. INVIABILIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PLEITO DE QUE SEJA DECRETADA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NOS TERMOS DO ART. 397, IV, DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. MERA DECISÃO DECLARATÓRIA DE EXTINÇÃO DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO. EFEITOS DA CONDENAÇÃO ANULADOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE NO PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (AgRg no AREsp n. 1.141.996/DF, rel. Min. Antonio Saldanha, Sexta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 23/6/2023) (Brasil, 2023).

Apesar do posicionamento da jurisprudência inadmitir o recurso no caso da prescrição, existe parcela da doutrina em sentido adverso. Para Badaró (2020), o imputado tem direito de tentar analisar o mérito do recurso que trata de sua inocência, tal direito decorre da presunção de inocência, previsto no artigo 8.2, da CADH e, artigo 5º, LVII, da CF/88, os quais devem preponderar em relação ao artigo 61, do CPP³²,

³² Artigo 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

explicando o autor, com base na doutrina italiana, que a presunção de inocência garante o *diritto al giudizio d'innocenza*.

Havendo a opção de declarar a extinção de punibilidade pela prescrição ou absolver o recorrente, não é “opção técnica do legislador”, alerta Badaró (2020, s/p). Para o autor, há uma hierarquia para a decisão, em virtude da presunção de inocência, a via mais benéfica deve ser aplicada, pois “A ausência da ressalva no art. 61 do Código de Processo Penal não pode prevalecer sobre o art. 8.2, primeira parte, da CADH, que tem *status* supralegal”.

No âmbito do Superior Tribunal Militar é cabível o exame de mérito, mesmo ocorrendo a prescrição, artigo 125 § 1º, do Código Penal Militar. Com base na analogia, é possível usar esse dispositivo no processo penal comum (Badaró, 2020).

Se existe interesse jurídico no caso da prescrição, o mesmo não pode ser dito quando o fim do recurso for a mudança de tese jurídica que resvale nos efeitos principais ou secundários da sentença (Lopes Júnior, 2020). Por exemplo, o réu suscita insuficiência probatória, artigo 386, VII, do CPP, e o juiz absolve pela inexistência do fato, artigo 386, I, do CPP. Nesse cenário e, mesmo em outras, não há prejuízo que justifique o recurso, ao contrário, a decisão foi até mais benéfica.

Questão delicada é o prejuízo do réu no caso da absolvição no rito do júri, artigo 483, III³³ do CPP, que ocasiona a absolvição do réu sem que se saiba o motivo específico da absolvição. Enquanto os outros quesitos, artigo 483, I e II, é conhecido o motivo, até pela própria quesitação.

Relacionado ao aspecto da quesitação, tendo a defesa levantado mais de uma tese, das quais uma possa gerar responsabilidade civil e outra não, que não sejam os casos dos incisos I e II, não se saberá qual tese foi acatada pelos jurados. Nesse caso, existe interesse recursal, não seria nem o caso de falar em violação à soberania dos veredictos, mas sim, na absoluta impossibilidade de conhecer o fundamento da absolvição, que na 2ª fase do júri, prevalece a íntima convicção.

Por fim, o artigo 577, do CPP, legitima o ofendido a recorrer. O ofendido ingressa no processo como assistente de acusação, tendo legitimidade para tentar a condenação. Nessa linha, o STF dispõe na Súmula 210 “O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos artigos 584 § 1º e 598 do Código de Processo Penal” (Brasil, 1964, p. 104).

³³ Esse artigo regulamente a quesitação, e o terceiro quesito é genérico, apenas questionado os jurados absolvem o réu, o que impede saber o motivo da decisão absolutória ou condenatória.

A celeuma ocorre quando tem condenação e o assistente busca aumentar a pena, da mesma forma quando uma qualificadora é excluída da pronúncia. Partindo da ideia de que, o assistente de acusação tem como fim formar um título executivo, pelo fato de a condenação tornar certa a obrigação de indenizar, artigo 91, do CP, não há interesse para o assistente recorrer.

Existe precedente, contudo, entendendo que mesmo nos casos de condenação, pode o assistente recorrer para aumentar a pena. Outro ponto é que a indenização se mede pela extensão do dano, artigo 944, do CC. Portanto, um delito qualificado tem maior extensão do que sua forma simples.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE. CRIME CONSUMADO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DESNECESSIDADE. QUANTUM DE INDENIZAÇÃO À VÍTIMA. VIA INADEQUADA. RÉU PRIMÁRIO E PENA INFERIOR A 4 ANOS. ANTECEDENTE NEGATIVO. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDA RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. [...] 2. Preenchido o requisito do art. 598 do Código de Processo Penal, pode o assistente de acusação interpor recurso de apelação para o fim de aumentar a pena. [...] (HC n. 169.557/RJ, rel. Min. Maria Thereza Moura, Sexta Turma, julgado em 29/8/2013, DJe de 12/9/2013.) (Brasil, 2013).

A exposição dos princípios recursais penais e dos requisitos foi feita com base na compreensão das impugnações no Brasil. A partir desta etapa, serão apresentados os requisitos ou elementos próximos aos requisitos, artigo 25.1, da CADH, que a Corte IDH estabelece na sua jurisprudência em relação às impugnações. Advertindo que no contexto dos recursos, a Corte IDH coloca o *habeas corpus*, mas por não ser ação de impugnação e não integrar o recorte do trabalho, não foi alvo de maiores exames.

Desse modo, o levantamento dos precedentes da Corte IDH, relacionados aos requisitos recursais, possibilitará entender qual a compreensão que a Corte tem sobre os recursos. Além disso, será possível analisar eventual paralelo e/ou compatibilidade entre o que é entendido por requisitos recursais no Brasil e pela Corte IDH.

A pesquisa às decisões da Corte IDH foi feita no *site* do tribunal, especificamente, na área do *Digesto Themis*, utilizando a versão clássica da pesquisa. Posteriormente, foram procuradas decisões alocadas nos artigos 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial), já que esses tratam do direito ao recurso. Seguindo a ordem

da CADH, a pesquisa iniciou pelo artigo 8 e, por fim, o artigo 25, pontuando que, o *site* apresenta das decisões mais genéricas, às mais específicas.

Esclarecendo que além dos artigos 8 e 25, os demais têm relação com à Tese. Entretanto, aqueles têm um nexo mais direto com a questão recursal.

Na parte inicial do artigo 8, a Corte trata dos conceitos gerais. A decisão sobre esse ponto expressa que, existe por parte dos órgãos com função judiciais, o dever de seguir às decisões justas e o pleno respeito às garantias do devido processo, do artigo 8, da CADH (Costa Rica, 2017, Série C, Nº 333, § 183). Essa decisão encontra paralelo no artigo 5º, LV, da CF/88. Em seguida, a Corte aponta o que entende pelo devido processo, indicando a adequada defesa (Costa Rica, 1987, Série A, Nº 9, § 28), sendo o artigo 8 denominado de sistema de garantias condicionantes do poder punitivo estatal, impedindo decisões arbitrárias (Costa Rica, 2013, Série C, Nº 265, § 191).

Mostrando a “recepção” das decisões do TEDH, a Corte IDH, com base naquela, proferiu decisão sobre a definição do devido processo. Sendo componentes daquele, equidade, publicidade, prazo razoável, tribunal independente e imparcial (Costa Rica, 2011, Série C, Nº 234, § 121).

Finalmente, houve decisão que fez nexo entre o devido processo e a noção de justiça, ensejando o acesso à justiça não só formalmente. Sendo resolvido os fatores de desigualdade, julgamento justo e maior nível de correção jurídica da decisão (*ibidem.*, 2015, Série C, Nº 292, § 398).

Foi estabelecido qual o alcance do devido processo, estando delineado no artigo 8.1 da CADH (*ibidem.*, 2001, Série C, Nº 72, § 137), exposto nesse dispositivo os elementos essenciais (*ibidem.*, 1999, Série C, Nº 52, § 132).

Destacou a Corte IDH que:

En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal (ibidem., 1990, Serie A, Nº 11, § 28).

Assim, foi entendido que o devido processo dos artigos 8.1 e 8.2, aplicam-se na esfera penal e nas demais (*ibidem.*, 2001, Série C, Nº 72, § 125). Tais garantias

não podem ser suspensas em situação de emergência (*ibidem.*, 1987, Série A, Nº 9, § 30).

Foi posta pela Corte, a consequência da violação ao devido processo. Então, a falta do devido processo pode justificar a exceção da necessidade de esgotamento dos recursos internos (*ibidem.*, 1987, Série C, Nº 1, § 91).

Quanto ao acesso à justiça, esse tem como elemento o artigo 8 (*ibidem.*, 2002, Série C, Nº 97, § 50). Havendo liame entre o artigo 8 e os artigos 25 e 1.1 (*ibidem.*, 1987, Série C, Nº 1, § 91), ponto a ser tratado na parte do artigo 25, detidamente.

A Corte pontuou que não foi determinado um sistema processual específico, a ponto de dizer o que atenderia as garantias da CADH. Estão livres os Estados para se orientarem como entenderem compatível com as garantias (*ibidem.*, 2019, Série C, Nº 383, § 58). Podendo o tribunal nacional, conforme as especificidades da situação, impondo a todo juiz o dever de garantir que os processos sejam conduzidos com respeito às garantias judiciais, fundamentais às decisões justas (*ibidem.*, 2015, Série C, Nº 302, § 207). Relembrando que a Corte IDH, assim como a Corte Africana, não adota a teoria da margem de apreciação.

Alguns elementos foram apontados como integrantes do devido processo. Dentre os quais o dever de motivação, inclusive, havendo referência a precedentes do TEDH (*ibidem.*, 2008, Série C, Nº 182, § 77 e 78). De modo que, a motivação possibilita ao réu entender as razões de sua incriminação, assim assegurar a presunção de inocência (*ibidem.*, 2018, Série C, Nº 354, § 270) e do mesmo modo, garante o direito de defesa (*ibidem.*, 2017, Série C, Nº 331, § 155).

Ainda foram considerados a oralidade e o direito de acesso ao processo pela vítima como componentes do direito das vítimas. O primeiro como parte das devidas garantias (*ibidem.*, 2012, Série C, Nº 240, § 253).

Foram relacionados o prazo razoável e o direito ao recurso. Tendo a Corte IDH deliberado que, a demora injustificada de um recurso de amparo deve ser analisada a partir do artigo 25, já os outros recursos são examinados pelo “prazo razoável” do artigo 8.1 (*ibidem.*, 2015, Série C, Nº 293, § 284).

Também, sobre o prazo razoável, a Corte entende que os processos com réus presos preventivamente devem ter mais celeridade (*ibidem.*, 2020, Série C, Nº 398, § 187) e, que ao passar do tempo impacta na possibilidade de produzir provas e esclarecer os fatos e responsáveis (*ibidem.*, 2018, Série C, Nº 356, § 80). Assim, a Corte estabeleceu quatro diretrizes para saber sobre a razoabilidade do prazo:

complexidade, atividade processual do interessado, conduta das autoridades judiciais e efeito jurídico na pessoa envolvida no processo (*ibidem.*, 2015, Série C, Nº 293, § 255).

No âmbito do artigo 8, da CADH, foram tratadas outras garantias judiciais, as quais pelo recorte do tema, serão basicamente mencionadas. Mas, à medida do necessário, serão relacionadas com os recursos, sendo tratado o juiz e/ou tribunal natural, independência judicial, juízo provisório, justiça militar e imparcialidade.

A partir daqui, serão abordadas as garantias do artigo 8.2, da CADH, sendo apontadas as quais tiverem maior relação com o recorte da Tese. Tendo a Corte IDH destacado que não há limitação da incidência do artigo 8.2 a processos penais, podendo ser alcançados os processos administrativo e processos judiciais não penais, na esfera constitucional, administrativa e trabalhista, desfechando a Corte IDH que, “[...] *el individuo tiene “el individuo tiene también derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”* (*ibidem.*, 2016, Série C, Nº 311, § 74). Em outra decisão, foi decidido que, “(L) *as garantías del artículo 8.2 de la Convención no son exclusivas de los procesos penales, sino que además pueden ser aplicables a procesos de carácter sancionatorio.*” (*ibidem.*, § 75).

Ao que parece, a Corte IDH não restringe o artigo 8.2 aos processos penais. Havendo incidência em outros tipos de processos, aos quais possam restringir direitos.

A Corte IDH ao tratar da presunção de inocência, destacou que, essa “[...] *acompanha acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme.*” (*Costa Rica, 2004, Serie C, Nº 111, § 154*). Isso significa que, mesmo na fase recursal e, ainda que condenado, o imputado recorrente é inocente até o trânsito em julgado, posição que encontra paralelo no STF (Brasil, 2019).

A taxatividade do artigo 8.2, também foi avaliada. A Corte IDH entendeu que as garantias do artigo 8.2 são “garantias mínimas” (*ibidem.*, 1990, Serie A, Nº 11, § 28).

Outra garantia do réu é defender-se pessoalmente ou ter assistência de um defensor, conforme disposição do artigo 8.2.c, da CADH.

O primeiro ponto é quando o réu se defende sozinho, isso só vale se a legislação interna permitir (*ibidem.*, 1990, Série A, Nº 11, § 25). De modo que, a defesa não pode ser feita pela acusação, já que não é razoável funções antagônicas numa pessoa (*ibidem.*, 2009, Série C, Nº 206, § 63).

O relevante no direito de defesa técnica é a relação com o recurso. O CPP legitima o réu a apelar, mas há necessidade do advogado conhecedor dos aspectos técnicos, arrazoar, como já explicado em subcapítulo anterior. A Corte se alinha a esse entendimento, “[L]a exigencia de contar con un abogado que ejerza la defensa técnica para afrontar adecuadamente el proceso implica que la defensa que proporcione el Estado no se limite únicamente a aquellos casos de falta de recursos” (*ibidem.*, 2015, Serie C, Nº 303, § 155). E, prossegue, “[...] la asistencia debe ser ejercida por un profesional del Derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso [...] sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos” (*ibidem.*, 2010, Serie C, Nº 218, § 132), ainda na mesma decisão, foi estabelecida a necessidade de assistência consular no caso de estrangeiro.

O artigo 8.2.h, da CADH, chega ao ponto central da Tese. É nesse dispositivo que está assegurado o direito ao recurso. Dispondo que toda pessoa acusada de um delito tem o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

Através do artigo 8.2.h, da CADH, é assegurado, especificamente, o direito ao recurso, ainda que esse possa ser inferido do devido processo. O direito ao recurso é assegurado, ainda, como foi decidido no *Caso Mohamed*, de forma inovadora, a quem é condenado pela primeira vez na 2ª instância, por força de recurso da acusação.

Destacou a Corte, até que momento o direito ao recurso deve ser exercido. Assim, tal direito é usado antes que ocorra a coisa julgada, evitando que uma decisão viciada e errônea prejudique o réu (*ibidem.*, 2004, Série C, Nº 107, § 158). Esclarecendo a Corte IDH, a quem cabe o exame do recurso, “[...] permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica” (*ibidem.*) e, caso não exista um tribunal de maior hierarquia, a “[...] revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente” (*Costa Rica*, 2009, Serie C, Nº 206, § 90).

Acrescentando a Corte que a garantia do juiz natural e do devido processo se estendem a fase recursal (*ibidem.*, 1999, Série C, Nº 52, § 161), mas os Estados têm discricionariedade para regulamentar o direito ao recurso, sem que isso atinja o núcleo do direito ao recurso (*ibidem.*, 2004, Série C, Nº 107, § 161). Nesse particular, parece que a criação de filtros recursais e, mesmo a jurisprudência defensiva, desatendem o entendimento da Corte IDH, no tocante à eficácia do recurso.

A Corte tem ressalva quanto aos processos de competência originária. Com base em pronunciamento do Comitê do Direitos Humanos das Nações Unidas, a Corte IDH decidiu que os *fueros especiales* são compatíveis com a CADH, mas deve ser garantido a parte a chance de recorrer (*ibidem.*, 2014, Série C, Nº 276, § 88-99).

A Corte decidiu, ainda, o que um recurso deve ter como característica, a teor do artigo 8.2.h, da CADH. No caso *Herrera Ulloa* (*ibidem.*, 2004. Serie C, Nº 107, § 161), foi decidido que o recurso deve ser ordinário e eficaz, visando à reforma da decisão ou de uma condenação errônea, com um reexame total da decisão impugnada, com novo exame fático e probatório, “[...] *consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria*” (*ibidem.*, 2012. Serie C, Nº 255, § 100).

O recurso deve buscar os fins aos quais foi criado (*ibidem.*, § 99). Desse modo, o recurso não pode ser ilusório e nem complexo (*ibidem.*, 2004, Série C, Nº 107, § 164). Ademais, o recurso para ser admitido deve ter formalidades mínimas e não pode ser empecilho para o reexame da decisão (*ibidem.*, 2012, Série C, Nº 255, § 99).

A questão das formalidades mínimas vista pela Corte IDH destoa da sistemática recursal do Brasil. No âmbito jurisprudencial, tem a jurisprudência defensiva, a qual proporciona entendimento restritivo à admissibilidade dos recursos. Os julgamentos são monocráticos, ao invés de colegiados, impedindo a pluralidade de visão, que são o debate colegiado e a sustentação oral. Tais aspectos demonstram a praxe forense.

Seguindo no plano jurisprudencial, é possível vislumbrar no Brasil o excesso de formalidade em alguns recursos. Por exemplo, ainda que o recurso especial não se preste a concretizar o duplo pronunciamento, não deixa de ser um recurso importante, já que no aspecto geral uniformiza a interpretação da lei federal. No caso do recurso especial, existe a exigência de prequestionamento prévio para interpor o próprio recurso especial, isso é feito muitas vezes através dos embargos de declaração, tal procedimento significa que para interpor um recurso é preciso usar outro, quase uma intermediação.

Ainda quanto ao recurso especial, há outro rígido requisito. O denominado “cotejo analítico”, sem o qual o recurso especial sequer é conhecido. No cotejo analítico é preciso que o recorrente faça um cotejo da decisão recorrida com outra que considere correta, fazendo uma análise crítica e não mera transcrição das partes consideradas certas e erradas, além disso a decisão tomada como correta tem que ser atual e de outro tribunal, conforme entendimento do STJ (Brasil, 2023).

Até este ponto da Tese, essas são as principais abordagens feitas pela Corte IDH, em relação ao artigo 8. De agora em diante, será feito o exame das decisões relativas ao artigo 25, da CADH, visando estabelecer se a Corte IDH trabalha a ideia de requisitos recursais, caso afirmativo, quais são esses, pensando sempre na ideia de que “requisito” é uma condição prévia para alcançar certo resultado.

Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais (Costa Rica, 1969).

De início e antes de adentrar à questão recursal propriamente, a Corte IDH impõe a necessidade de uma instância judicial, como requisito necessário para aplicar o artigo 25, da CADH. Interessante pontuar que essa exigência foi estabelecida em única decisão, *Caso Blake*, mas que de tamanha importância é citada, até a data de 26 de dezembro de 2023, em 167 decisões, 42 medidas provisórias e 4 pareceres consultivos (*ibidem.*, 1998, Série C, Nº 36, § 104).

Além da necessidade da instância judicial, a Corte IDH estabeleceu a extensão de “toda pessoa”. Sendo compreendido que, “toda pessoa” são todas as que estão abaixo da jurisdição. Tal visão entende que isso independe da nacionalidade da pessoa que sofre a violação, tanto assim que a Corte outorga, ainda, uma tutela específica a estrangeiro em caso de prisão.

A linha da Corte parece se adequar, por exemplo, à legitimidade do *habeas corpus* no Brasil. A legitimidade é ampla, inclusive, para menores e, da mesma forma para os recursos ordinários e extraordinários, pois a legislação não faz distinção, nesse caso, bastando ser parte no processo penal.

Retomando à Corte IDH, essa confere o direito ao recurso à vítima direta, também, aos familiares que, em certos casos, são pessoas que podem instrumentalizar esse direito, especialmente no desaparecimento de pessoas (*ibidem.*, 2004, Série C, Nº 109, § 193).

Também houve pela Corte interpretação diferenciada a alguns legitimados. Isso, em face das pessoas com enfermidades (*ibidem.*), as crianças, imigrantes, especialmente em questão de expulsão, indígenas, tendo em conta suas

particularidades, seu direito consuetudinário, valores e costumes, mulheres, como efeito da Convenção de Belém do Pará, as pessoas com *discapacidad* e as pessoas encarceradas (*ibidem.*, 2019, Série C, Nº 395, § 133; 2002, Série A, Nº 17, § 54 e 93; 2014, Série C, Nº 282, § 355; Opinião Consultiva OC-21/2014, Série A, Nº 21, § 125).

Após expor quem são os legitimados, a abordagem passa para o recurso em si. Desse modo e seguindo a disposição do *Digesto* do *site* da Corte IDH, a Tese adentra ao que seja, na visão jurisprudencial, um recurso simples e rápido ou qualquer outro recurso efetivo, como exposto no título e de redação similar ao artigo 25.1, da Convenção.

O ponto de enfrentamento inicial destacado pela Corte, que é a obrigação dos Estados na proteção judicial é uma obrigação de meio ou comportamento, porém, não é violado apenas pelo fato do processo não alcançar o objetivo da suposta vítima. Essa decisão da Corte alerta que, não necessariamente, um recurso tem que atingir os fins da pretensão da vítima, que pode não ter sido vítima, mas sim, violador de um direito, ao qual foi sancionado, mas está reclamando da sanção indevidamente (*ibidem.*, 2016, Série C, Nº 310, § 155).

Pensar que todo recurso é inefetivo, por não ter atingido o objetivo da parte, retiraria a razão de ser da persecução penal. Nessa linha, “[...] *la obligación del Estado de proveer [a la víctima de] un recurso efectivo que respete y garantice estrictamente sus garantías judiciales*” (*ibidem.*, 2008, Serie C, Nº 180, § 173).

A Corte IDH esclareceu em diversas decisões, o que venha a ser um recurso rápido. Deve haver diligência e celeridade por parte dos julgadores no curso do processo (*ibidem.*, 2015, Série C, Nº 306, § 132) precisa ser evitado dilações indevidas e que levem a impunidade, o que implica na falta de tutela judicial dos direitos humanos, o recurso tem a necessidade de ser resolvido dentro de um prazo, o que coincide com à posição da doutrina no Brasil (Badaró, 2020 e Lopes Júnior 2020).

Ainda quanto à questão do “rápido”, foi decidido que são ilusórios e inefetivos se há uma demora injustificada para decidir os recursos. Termos usados em diversas decisões da Corte (Costa Rica, 2001, Série C, Nº 79, § 134).

Depois da questão temporal, a Corte trata do que seja “qualquer outro recurso efetivo”. Sendo assim, os Estados podem determinar critérios de admissibilidade dos recursos internos, mas esses devem estar à disposição do interessado. De maneira que possa ser eficaz, não cabendo aos Estados decidirem o mérito, sem fazer análise dos requisitos de admissibilidade.

Quanto à efetividade, a Corte deliberou sobre esse ponto em diversas decisões. Em variadas sentenças foi decidido que, o Estado tem a responsabilidade de “[...] *diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz*” (*ibidem.*, 1999, *Serie C*, Nº 63, § 237). Contudo, apenas a existência de um recurso não é base para respeitar a CADH, mas as impugnações devem ser idôneas e efetivas, dando resposta oportuna e exaustiva, conforme seu objetivo (*ibidem.*, 2016, *Série C*, Nº 318, § 395).

Prossegue a Corte sobre a efetividade em muitas passagens que, não são suficientes à previsão de um recurso na Constituição ou a lei. De forma que, a efetividade de um recurso “[...] *no se cumple con la sola existencia forma*”, não é o bastante que exista formalmente. Assim, sobre o artigo 25 “[...] *no se agota en la existencia legal de un recurso*” (*ibidem.*, 1987, *Série A*, Nº 9, § 24; 1997, *Serie C*, Nº 35, § 63 e 2000, *Serie C*, Nº 70, § 191).

Foi estabelecido o contraponto do ilusório. Cabendo aos recursos, “[...] *tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido*” (*ibidem.*, 2001, *Serie C*, Nº 71, § 90).

Acrescente-se, ainda, sobre a acessibilidade. Competindo aos Estados a promoção de um recurso acessível, com chance real das pessoas poderem interpor seus recursos (*ibidem.*, 2008, *Série C*, Nº 184, § 106). Com base na jurisprudência do TEDH, a Corte IDH decidiu que os recursos devem ser certos e não apenas teóricos, “como na prática”, sem o que não ocorrerá a acessibilidade e efetividade (*ibidem.*, 2006, *Série C*, Nº 158, § 130).

Quanto à possibilidade de produzir resultado e não ser ilusório, parece haver um paralelo com o Brasil. É o caso do RSE nas decisões de pronúncia, o qual, majoritariamente, é aceito o *in dubio pro societate*, fazendo com que o RSE seja pouco eficaz, já que a dúvida enseja a pronúncia, posição adotada pelo STF (Brasil, 2024).

A rejeição liminar dos recursos foi avaliada no contexto do que seja eficaz. Não sendo eficaz o recurso rejeitado por questões fúteis ou, então, se “[...] *comprueba el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido*” (*Costa Rica*, 1988, *Serie C*, Nº 4, § 68).

Interessante que deve haver recurso, independente desse ser procedente, o que de certa forma é lógico, já que saber se o recurso terá procedência depende da análise desse (*ibidem.*, 2008, *Série C*, Nº 184, § 101). Foi nessa linha que a Corte decidiu, tratando, especialmente do artigo 25, que “[...] *puede ser violado independientemente de que exista o no una violación al derecho reclamado o de que*

la situación que le servía de sustento se encontraba dentro del campo de aplicación del derecho invocado". Daí a necessidade de haver a existência do recurso para que a parte possa impugnar, independentemente de ter razão na sua irrisignação (*ibidem.*, 2008, *Série C*, Nº 184, § 101).

Esse posicionamento da Corte IDH e que parece ser o adequado, não encontra paralelo no Brasil, de certa forma. Por exemplo, nos juízos de admissibilidade do recurso especial, a 2ª instância, muitas vezes decide fundamentando com base na suposta inexistência de afronta à lei federal, o que competiria ao STJ, ou então, o julgamento monocrático de *habeas corpus*, quando não são conhecidos sob o fundamento da inexistência de ilegalidade.

De modo que a Corte IDH desfechou o que seja efetividade, “[...] *deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención*” (*ibidem.*, 2006, *Serie C*, Nº 147, § 144). Assim, não é suficiente a existência formal das impugnações, para serem dotadas de eficácia, essas têm que produzir efeitos as violações dos direitos assegurados na CADH, pois como decidido no caso *Chaparro Álvarez* que “[*d*] e lo contrario, la actividad judicial no significaría un verdadero control, sino un mero trámite formal, o incluso simbólico, que generaría un menoscabo de la libertad del individuo” (*ibidem.*, 2007, *Serie C*, Nº 170, § 133).

Em seguida, a Corte IDH enfrentou o lado da idoneidade dos recursos e a denegação da justiça. Para ser respeitado o artigo 25, da CADH, não é suficiente a existência formal dos recursos, mas sim, ter a efetividade nos termos do artigo 25, da CADH, “[...] *no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces [...], es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención*”, cabendo a aplicação da efetividade à autoridade competente, decisão que teve como presidente na votação o juiz Cançado Trindade (*ibidem.*, 2001, *Serie C*, Nº 90, § 58). Isso demonstra que, a Corte IDH não adere à teoria da margem de apreciação.

Foi estabelecido pela Corte IDH que, qualquer norma ou medida que obste ou dificulte um recurso é violação do acesso à justiça (*ibidem.*, 2002, *Série C*, Nº 97, § 52). A decisão da Corte não parece encontrar respaldo no Brasil, com a criação dos filtros recursais e da jurisprudência defensiva. Dessa forma, a Corte IDH assinalou que “[...] *se requiere que [el recurso] sea realmente idóneo para establecer si se ha*

incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”, havendo várias sentenças nessa linha (*ibidem.*, 1987, Serie A, Nº 9, § 24).

Exemplificou a Corte IDH, na situação anteriormente citada. Ausência de independência para julgar com imparcialidade, falta de meios para executar uma decisão ou qualquer outro contexto que caracterize negação de justiça, como demora injustificada para decidir ou qualquer outra situação que não seja facultada à vítima usar o recurso (*ibidem.*, 1987, Opinião Consultiva OC-9/87, Série A, Nº 9, § 24. Foi o caso do desaparecimento forçado, no qual a Corte IDH entendeu pela ausência de recurso efetivo a simples verificação formal dos registros de pessoas desaparecidas (*ibidem.*, 2012, Série C, Nº 258, § 143).

A (in)competência da Justiça Militar foi outro ponto abordado pela Corte IDH. Ocorreu decisão que a Justiça Castrense não é efetiva para resolver graves violações de direitos humanos, “[...] *puesta que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que por diversas circunstancias resulten ilusorios, como cuando existe una carencia de independencia e imparcialidad del órgano judicial*”. Ou seja, há uma interpretação restritiva (*ibidem.*, 2012, Serie C, Nº 251, § 189).

A participação da vítima foi analisada, essa no processo penal vai além da reparação do dano, ela tem o direito de chegar à verdade e à justiça junto aos tribunais. Por efeito, no plano interno, deve haver recursos adequados e compatíveis, através dos quais a vítima poderá impugnar a competência da autoridade judicial (*ibidem.*, 2009, Série C, Nº 209, § 297). No Brasil, a vítima participa do processo como assistente de acusação, estando suas faculdades processuais no artigo 268, do CPP.

Houve uma relação entre a negativa de acesso à justiça e a eficácia dos recursos, ante a demora no julgamento de um recurso, o que o torna ineficaz (*ibidem.*, 2008, Série C, Nº 179, § 87 e 88).

Em seguida, a Corte IDH destacou que os Estados têm a obrigação de criar um recurso, nos moldes dos artigos 2 e 25.2. da CADH, caso não o tenham (*ibidem.*, 2006, Série C, Nº 151, § 137).

Em momento posterior, a Corte IDH decidiu sobre a relação da efetividade e devido processo legal. Nesse ponto, foi destacado, no início, a obrigação dos Estados de ofertarem recursos judiciais efetivos para as vítimas de direitos humanos, que sejam compatíveis com o devido processo (*ibidem.*, 1987, Série C, Nº 1, § 91).

Assim, há decisões mostrando a relação direta entre o direito ao recurso eficaz, artigo 25, e o devido processo, artigo 8.1, nesses termos “[...] *para que se preserve el*

derecho a un recurso efectivo, en los términos del artículo 25 de la Convención, es indispensable que dicho recurso se tramite conforme a las reglas del debido proceso, consagradas en el artículo 8 de la Convención” (ibidem., 1987, Serie C, Nº 1, § 91).

Adicionou a Corte IDH que, os juízes têm a obrigação de coordenar o processo. De tal modo que não seja violada a justiça e o devido processo, não dando ensejo ao formalismo e à impunidade (*ibidem.*, 2003, Série C, Nº 101, § 211). E no âmbito do processo penal, a vítima tem direito de acesso e o direito de ter uma decisão definitiva (*ibidem.*, 2008, Série C, Nº 187, § 117).

O dever de motivação está presente no sistema recursal. O dever de motivar as decisões judiciais é garantia da adequada administração da justiça, dá credibilidade às decisões judiciais, mesmo na sociedade democrática, além de que as decisões que atingem direitos humanos devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de serem decisões arbitrárias (*ibidem.*, 2019, Série C, Nº 396, § 214). Logo, “[...] *la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión” (ibidem., 2019, Serie C, Nº 384, § 120).* No entanto, a efetividade de um recurso não depende do resultado favorável à parte (*ibidem.*, 2018, Série C, Nº 359, § 169).

Em termos técnicos, a Corte esclareceu o dever de motivação. Sendo essa uma garantia mínima do recorrente para não violar o devido processo, mas para que seja motivada “[...] *no es imprescindible para determinar la efectividad del recurso [...] la efectividad del recurso implica que, potencialmente, cuando se cumplan dichos requisitos, el órgano judicial evalúe sus méritos” (ibidem., 2008, Serie C, Nº 184, § 94).*

Finalizando a parte do recorrente, houve análise do nexo entre a duração razoável e o direito ao recurso e efetividade. Ponderando a Corte que o prazo razoável, artigo 8, tem íntima ligação com o recurso efetivo, rápido e simples, do artigo 25 (*ibidem.*, 2013, Série C, Nº 269, § 188).

A Corte reafirmou a questão do acesso à justiça, posto que os artigos 8 e 25 asseguram o direito de ter uma decisão oriunda das autoridades judiciais (*ibidem.*, 2002, Série C, Nº 97, § 57).

Noutra passagem, a Corte estabeleceu o elo entre o artigo 25 e a obrigação geral do artigo 1.1, sobre a atribuição que os Estados têm de respeitar os direitos e liberdades (*ibidem.*, 1999, Série C, Nº 48, § 63). Decidido pela primeira vez no caso *Blake*, no qual o artigo 25 é uma das bases do próprio Estado de Direito, “[...] *toda vez*

que contribuye decisivamente a asegurar el acceso a la justicia” (ibidem., 2002, Serie C, Nº 97, § 54).

Foram postas pela Corte Internacional, quais eram as limitações do direito ao recurso efetivo, leis de anistia, taxa judiciária e situações de emergência. Devendo ser esclarecido que no âmbito da Corte, quando se trata de recurso, esse instrumento tem uma compreensão maior do que a vista no Brasil, pois na esfera interna, em suma, é uma garantia impugnativa, enquanto para a Corte, o raio de ação vai além, tal como investigar e até localizar pessoas, circunstâncias não tão abordadas internamente.

De todo modo, o acesso à justiça não é absoluto. Podendo o Estado criar algumas limitações aos recursos, desde que não gere negativa ao direito ao recurso (*ibidem.*, 1996, Série C, Nº 28, § 61).

O primeiro ponto de limitação do direito ao recurso efetivo foi a lei de anistia. E, o dever de persecução penal estatal de investigar e punir com severidade, não como simples formalidade (*ibidem.*, 1998, Série C, Nº 43, § 105).

Por efeito, o primeiro caso que tratou da lei de anistia foi o *Castillo Páez*. A partir de então, passou a ser entendido que esse tipo de lei impede a investigação e acesso à justiça, conhecimento da verdade e o de receber a reparação (*ibidem.*)

Houve relação entre a proteção judicial e a lei de anistia. De sorte que, a lei de anistia viola o direito de proteção judicial, artigo 25. Mesmo a adoção da prescrição não é aceita pela Corte (*ibidem.*, 2001, Série C, Nº 75, § 42). Assim, o Estado “[...] *ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación” (ibidem., 2001. Serie C, Nº 75, § 41).*

Apesar da posição internacional, o Brasil segue linha distinta e aceita a prescrição.

LEI N. 6.683/79, A CHAMADA 'LEI DE ANISTIA'. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS,

DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E 'AUTO-ANISTIA' (*sic*). INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. [...] (ADPF 153, Rel.: EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29-04-2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-0 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011) (Brasil, 1979).

Houve outros pontos de limitação ao recurso efetivo na visão da Corte IDH. Tais como, as taxas judiciais e a situação de emergência. Esses aspectos mostram a rejeição da Corte IDH à teoria da margem de apreciação.

Quanto ao acesso à justiça e o direito ao recurso, são garantias postas na CADH, nisso não há divergência. Contudo, as taxas e multas podem consistir em impedimento ao acesso à justiça, “[...] *pues no aparecen como razonables, aún cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda*” (Costa Rica, 2002, Serie C, Nº 97, § 54).

Em outra passagem, a Corte decidiu no caso *Santos versus Argentina* que o valor das taxas judiciárias não tem relação entre o meio empregado e o fim perseguido pelo legislador (*ibidem.*). Sendo possível dizer que não houve proporcionalidade no caso. Prossegue a Corte, na mesma decisão, que o acesso à justiça precisa que as partes não tenham sido condenadas a pagar valores, por terem acionado à justiça e a cobrança de honorários de profissionais estabelecidos, com base no valor do litígio, gera uma barreira para a efetividade da justiça.

Outra situação que tem nexos com a efetividade é a emergência, expressão usada pela Corte. Segundo o tribunal, as garantias dos artigos 7.6 e 25.1 não podem ser suspensas, mesmo para “[...] *preservar la legalidade en una sociedad democrática*” (*ibidem.*, 1987, Serie A, Nº 8, § 42).

É preciso que, mesmo na situação de emergência tenham meios idôneos “[...] *para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella*” (*ibidem.*, Nº 9, § 21).

Cunha Júnior (2010) explica que, a vigente Constituição Federal tem um sistema constitucional das crises que são normas constitucionais que regulam graves

problemas político-institucionais, essas normas traçam os chamados estados de exceção, entendidos como um conjunto de medidas e providências excepcionais que tem por finalidade afastar aquelas situações de crise e restaurar a normalidade, a ordem, a paz social e o equilíbrio constitucional entre as instituições políticas.

A instalação da situação ou estado de emergência não pode gerar o cerceamento da efetividade das garantias judiciais impostas aos Estados. Assim, o direito a um recurso simples, rápido e eficaz, também é válido em situações excepcionais (Costa Rica, 2000, Série C, Nº 68, § 103). Exemplifica a Corte, com a impossibilidade de suspensão do *habeas corpus*, que mesmo não sendo, tecnicamente um recurso, é uma garantia, assim, como o recurso (*ibidem.*, 2002, Série A, Nº 17, § 122).

Nesse sentido, essas foram as decisões da Corte que guardam relação direta com o artigo 7, e, mais especificamente, os artigos 8.2.h e 25, ambos da CADH. A exposição deles possibilitará entender se há requisitos recursais postos pela Corte e se existe paralelo com os requisitos do Brasil.

É possível compreender das decisões referentes ao artigo 8, no qual consta o direito ao recurso e, do artigo 25.1, ligado à proteção judicial, que a Corte tem em suas decisões uma leitura muito protetiva dos direitos humanos, para dar um suporte à vítima que teve seus direitos humanos violados, assim, cabendo o esclarecimento da verdade, seja para amparar pessoas que não tiveram asseguradas as garantias judiciais do artigo 8, notadamente, o artigo 8.2.h, ambos da CADH, recorte desta Tese.

Outro aspecto interessante, são os adjetivos empregados pela Corte para qualificar os recursos: “simples, rápido e eficaz”. Em outra decisão, o recurso foi tratado como devendo ser “simples, rápido e efetivo” (*ibidem.*, 2006, Série C, Nº 151, § 137), sugerindo que a Corte não distingue “eficaz” de “efetivo”, apesar disso, a Tese fez a opção pela expressão eficácia, no subcapítulo.

Ao longo das suas decisões, a Corte estabeleceu o que seriam esses adjetivos, “simples”, “rápido” e “eficaz/efetivo”. De tal modo que o recurso não tivesse maiores formalidades, ainda que o acesso à justiça não seja absoluto e o Estado possa estabelecer requisitos de admissibilidade, que não sejam ilusórios e consigam atingir a finalidade com a qual foram criados, sendo julgados em prazo razoável para serem eficazes.

É pertinente pontuar o grau de semelhança entre as decisões da Corte, tanto assim, que as sentenças têm como base seus precedentes. Inclusive, sendo repetidos

integralmente, alguns pontos, ao menos no que toca às características dos recursos. Isso indica que essas características são pacificadas pela Corte IDH.

Retomando à ideia de requisito como condição para análise do mérito, não parece haver identidade entre quais os requisitos no Brasil e da Corte. Porém, isso aparenta ser um ponto positivo, pois os requisitos da Corte permitem funcionar como mediadores da efetividade dos recursos, tanto assim que a Corte aponta em quais situações não existe efetividade recursal e a falta de efetividade.

Esclarecendo que a Corte usa os termos “efetividade” e “eficácia”, indistintamente. Mas que, em ambos os casos, implica-se na impossibilidade de conhecimento do recurso, isso da mesma forma dos requisitos recursais na visão brasileira. De maneira que os requisitos recursais postos pela Corte, como os expostos no Brasil são condicionantes ao exame do recurso.

Alertando que a necessidade de um recurso ser efetivo e, conseqüentemente, adentre ao mérito, não vai significar que o recurso seja provido, necessariamente. Linha a qual é seguida pela Corte IDH.

Após a análise da visão da Corte sobre os recursos, surge uma reflexão: há um paralelo na perspectiva da Corte sobre os recursos, o processo em si e a instrumentalidade do processo?

Tendo por referencial a instrumentalidade do processo, com referencial em Dinamarca (2022), é cabível analisar se a visão da Corte IDH sobre recursos é a mesma da instrumentalidade do processo. Esclarecendo que para Dinamarca (2022, p. 135), o processo deve ser útil e de resultados, como aponta o autor.

[...] com vista à aceleração dos resultados da jurisdição. Através delas simplifica-se a instrução e afrouxam-se as exigências de cognição, ainda que sob o risco do erro [...] A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados.

Já ao tratar da função jurisdicional, a instrumentalidade do processo tem finalidades sociais. Desse modo, a função jurisdicional e a legislação têm como fins a paz social e a pacificação de conflitos. Ao se referir ao papel do juiz, o autor esclarece que, cabe “[...] interpretar de modo adequado os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo, eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar”,

e, assim, “[...] tem a missão de decidir segundo as escolhas da sociedade” (Dinamarco, 2022. p. 143 e 176).

De modo que, a instrumentalidade do processo está inserida num contexto mais amplo, na realidade, a instrumentalidade do sistema processual está inserida na ordem política, social e jurídica da nação. Então, o fim do processo, segundo Dinamarco é “O *endereço positivo* do raciocínio instrumental conduz à ideia da *efetividade do processo*” (*ibidem.*, p. 177).

Havendo por parte da instrumentalidade do processo, forte crítica quanto ao formalismo. Crítica feita pela grande preocupação com temas processuais, deixando de lado a instrumentalidade do processo (*ibidem.*, p. 242).

A instrumentalidade do processo aponta na direção para aproximar o processo da efetividade. Indicando a instrumentalidade, a via da conciliação da técnica processual com os valores éticos e críticas à cegueira ética, apontando na direção de técnicas simplificadoras, como autocomposição e os meios alternativos. Aspectos já existentes no processo penal, a exemplo da composição cível, transação penal, acordo de não persecução penal, dentre outros (*ibidem.*).

Arremata Dinamarco que a instrumentalidade do processo tem por fim fazer as pessoas mais ou menos felizes, através da eliminação dos conflitos e com decisões justas. Defendendo o autor que, o “[...] acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo”, sendo o acesso à justiça o ponto mais importante do sistema processual (*ibidem.*, p. 203 e 204).

As linhas panorâmicas anteriormente citadas mostram os principais traços da instrumentalidade do processo. Então, a partir delas é possível tentar analisar se há um paralelo entre a instrumentalidade do processo e a visão da jurisprudência da Corte IDH sobre os recursos.

Há distinção nas perspectivas. Por exemplo, a instrumentalidade do processo, como apontado pelo autor é para o processo civil. Enquanto isso, o direito ao recurso tem um tratamento na esfera penal, ainda que as garantias judiciais se apliquem a todos os tipos de processo.

Apesar da distinção, existem pontos de semelhanças. Tanto a visão instrumental do processo, como a Corte IDH, no aspecto recursal, visa às decisões justas. Ambas têm, ainda, como fim, conhecer a verdade e evitar formalismo, tanto que a Corte IDH tem decisão que trata de formalidades mínimas. Sendo, aqui, necessário alertar que o informalismo para a instrumentalidade é do processo na

busca de seus fins e, a formalidade mínima para a Corte é em relação ao uso do recurso (*ibidem.*, p. 274).

Outro ponto de similitude é a verdade. A visão da instrumentalidade do processo e a Corte atentam que o processo e o recurso, respectivamente, buscam a verdade.

Entre aproximações e distanciamentos, aparenta haver certo paralelo da linha instrumental do processo e a jurisprudência da Corte. O paralelo surge com a busca da verdade, o escopo de decisões justas e o (in)formalismo, esse direcionado em sentidos diferentes para a visão instrumental, o processo e para a Corte, o recurso.

4.3 CAUSAS DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NO STJ DE 2013 A 2019

A escolha pelo Superior Tribunal de Justiça, deu-se com a finalidade de uniformizar a interpretação dos demais tribunais em relação a determinado dispositivo legal. Para isso, o principal tipo de processo julgado pelo Superior Tribunal de Justiça é o recurso especial. O STJ foi criado pela Constituição Federal de 1988, artigo 104, composto por 33 ministros (Dinamarco, 2022).

Com efeito, a jurisprudência do STJ apresenta uma visão nacional, sendo essa corte o “órgão de cúpula” da justiça comum. De outra maneira, eventual opção por um tribunal estadual ou federal e, até um conjunto desses, iria apresentar uma perspectiva reduzida, quiçá totalmente distorcida de outras cortes, mesmo do STJ, tanto assim, que a função do “tribunal da cidadania” como é conhecido o STJ, é uniformizar essa distorção de entendimento. Nesse sentido, se um tribunal estadual decide de uma forma e outro tribunal entendeu de outra maneira sobre lei federal infraconstitucional, caberá ao STJ, via recurso especial, decidir, uniformizando a interpretação sobre qual o entendimento correto (Dinamarco, 2022).

De maneira que será pesquisado qual a visão do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito ao recurso conferido pela CADH, no artigo 8.2.h. Alertando que, pelo fato do STJ tratar o mencionado dispositivo legal como se fosse duplo grau, a pesquisa foi feita utilizando esse parâmetro. Assim, através do resultado da investigação no *site* do STJ, o trabalho almejará responder sobre o problema da pesquisa.

A pesquisa dos acórdãos foi realizada nas 5ª turma, 6ª turma e 3ª seção do STJ. As 5ª e 6ª turmas são compostas por 5 (cinco) ministros, tendo competência em

direito penal e processo penal. A 3ª seção é composta pelos ministros da 5ª e 6ª turmas. Em relação à 3ª seção, essa possui competência na esfera penal, artigo 9 § 3º, do Regimento Interno do STJ, cabendo a remessa dos processos das turmas (5ª e 6ª) para a seção (3ª), quando houver por parte do ministro, proposta de revisão de jurisprudência assentada em súmula, em face da relevância da questão e evitando divergência entre as turmas (5ª e 6ª) da mesma seção, os incidentes de assunção de competência, artigo 14, do Regimento Interno. Em suma, a seção decide sobre processos que têm um maior destaque do que os julgados nas turmas.

Para a pesquisa, foram usadas como palavras-chaves no campo ementa/indexação, duplo grau, pelas razões já expostas, utilizando como conectivo, a preposição essencial “com”, pois esse termo localiza em um mesmo parágrafo acórdãos contendo “duplo grau”. Os órgãos julgadores foram a 5ª turma, 6ª turma e 3ª seção, não tendo a última apresentado resultado, com a pesquisa sendo feita entre as datas de publicação dos acórdãos entre 01.01.2019 e 01.01.2023, na classe processual “recurso especial”.

O resultado de tais vetores foram 23 acórdãos, divididos entre 13 decisões da 5ª turma e 10 decisões da 6ª turma, sem ocorrência para a 3ª seção. As balizas ocasionaram 5 (cinco) acórdãos específicos sobre o problema da pesquisa. Pode-se apontar que dos cinco, 3 são da 6ª turma, 2, da 5ª Turma.

É pertinente rememorar que a Tese tem como estudo a (in)eficácia do direito ao recurso, o qual tem fundamento legal no artigo 8.2.h, da CADH. Todavia, e, como já exposto no trabalho, há divergência de tratamento quanto a esse dispositivo convencional. De sorte que, há abordagem como se esse fosse o duplo grau, e outro, como se tratasse do direito ao recurso, perspectiva com a qual a Tese adere.

Relembrando que a Corte IDH trata o artigo 8.2.h, da CADH, como direito ao recurso, como colocado nas diversas decisões do subcapítulo anterior, 4.2.

Dos 23 acórdãos encontrados no STJ, com os parâmetros de busca indicados, 5 enfrentam diretamente o problema da pesquisa, ou seja, da situação do acusado que é absolvido na 1ª instância e condenado na 2ª instância, sem a possibilidade de reexame probatório. Desse modo, o trabalho passará a expor as razões dos 5 acórdãos específicos, esclarecendo que em alguns casos, os fundamentos das decisões são repetidos ou se referem a precedentes, sem maiores explicações.

Antes de fazer a análise de cada um dos 5 (cinco) acórdãos, é preciso fazer um breve alerta. A fundamentação das decisões seguintes, de um modo em geral,

apresentou carência, salvo em algumas situações, o que foi objeto de ponderação e, esse aspecto dificultou o exame das decisões. Exposta tal questão, a Tese passará ao exame e conseqüente reflexão de cada um dos 5 acórdãos ligados diretamente ao problema da pesquisa.

No AgRg., no Resp. 1976912/SP, rel. Ministro Antônio Saldanha, da 6ª turma, houve rejeição à alegada violação ao duplo grau no caso de quem foi absolvido na 1ª instância, condenado na 2ª instância e ficou sem via para revisar matéria de prova e direito em outra instância. Sendo decidido pelo STJ que:

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não há ofensa ao art. 8, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica e, conseqüentemente, não há violação ao duplo grau de jurisdição nos casos em que o réu, absolvido em primeira instância, é condenado apenas quando do julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público.

No voto, o relator fundamentou a decisão, em momento posterior, nos seguintes termos. No processo penal ambas as partes podem recorrer, de modo que o condenado teve a chance de se defender na apelação do Ministério Público, exercendo o contraditório e a ampla defesa, não havendo para a decisão, violação ao duplo grau de jurisdição, tratado na Tese com a nomenclatura de “duplo pronunciamento”, mas como já exposto, há críticas quanto à legitimidade do Ministério Público recorrer.

Houve o segundo fundamento, no voto do relator. O Ministério Público ao apelar da absolvição e conseguindo a condenação, estava exercendo o contraditório e ampla defesa. Sendo apontado outras decisões do STJ, nessa linha.

Podendo a decisão ser sintetizada nos seguintes moldes:

[...] a ambas as partes do processo penal é dado o direito de recorrer das decisões judiciais. Logo, caso absolvido em primeira instância e condenado em segundo grau, o réu teve a oportunidade, durante o recurso de apelação ministerial, de se defender das alegações do órgão acusatório apresentadas em tal recurso, exercendo, assim, seu direito ao contraditório e ampla defesa, respeitado, portanto, o duplo grau de jurisdição.

Outra reflexão quanto à decisão do STJ é em relação ao Ministério Público estar exercendo o contraditório e ampla defesa. Quanto ao contraditório não parece haver problemas, pois esse assegura o direito de participação no processo. Contudo,

a ampla defesa aparenta ser um princípio específico para o imputado e não à acusação. Afinal, quem é acionado e se defende é o réu e não o autor, sendo direito subjetivo público do acusado (Giacomolli, 2014).

Em suma, a decisão entendeu que incorreu violação ao duplo pronunciamento. Mesmo quando o réu é condenado na 2ª instância, por força de recurso da acusação.

Em outro acórdão, no AgRg., no Resp. 1934729/SP, o relator, desembargador convocado, Olindo Menezes, da 6ª turma, também foi decidido que não ocorreu violação ao duplo grau. A fundamentação da decisão e, aqui refletindo se ocorreu respeitado princípio da motivação, foi feita, exclusivamente, com base em outras decisões do STJ e nada mais, aspecto que já havia sido alertado antes de iniciar o exame dos acórdãos.

Existe problema na decisão, a forma. Não parece ter sido respeitado o princípio da fundamentação. É o que, Fenoll (2010) alerta ser “[...] *lo que no se puede motivar no existe*”, assim, ocorre quando os fundamentos são cobertos, aparentando ter motivação, por exemplo, reproduz literal e sem motivação, jurisprudência, sem haver a explicação do porquê, como destacou o autor.

Analisando tal acórdão, esse está como pondera Giacomolli (2014), no mero impulso *per relationem*. Como efeito, o autor defende que sentenças e acórdãos nesse sentido são nulos, linha a qual a Tese segue. Assim, a decisão foi carente de fundamentação, apesar de haver referências a outras decisões, mas sem um exame crítico, o que impossibilita maiores análises desses acórdãos, exceto pela via da violação da motivação

O tema da pesquisa foi debatido em outra decisão, no AgRg. nos EDcl. no Resp. 1696478/CE, Ministro Rogério Schietti, 6ª turma, havendo rejeição da arguição de violação ao duplo grau. Para negar as arguições, houve fundamentação no sentido de que há precedentes negando violação ao duplo grau quando o réu é condenado em 2ª instância, após recurso da acusação, sem a possibilidade de reexame probatório e jurídico, o que é repetido em outra decisão.

Outro fundamento na decisão foi que, o Resp. só admite questão de direito relacionada à lei federal e interpretação divergente entre tribunais. Tais fundamentos, são evidentes manifestações da jurisprudência defensiva e da complexidade do Resp.

Ao final, o voto do relator destacou o terceiro e último fundamento,

[...] o não conhecimento do recurso especial – ante a não ocorrência das hipóteses constitucionais para seu cabimento – não importa em violação do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que, aliás, apesar de terem natureza supralegal, estão hierarquicamente abaixo da Constituição Federal.

A decisão adota o entendimento da supralegalidade da CADH. Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal, também. Ocorre que numa perspectiva mais protecionista dos direitos humanos e internacional, a decisão não se vislumbra adequada.

Por parte da doutrina, há posicionamento, a exemplo de Trindade (2003), entendendo que a CADH, que é um tratado de direitos humanos, tem a mesma hierarquia da Constituição Federal. Nessa linha, a Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina, no caso *Giroldi*, tratado no subcapítulo 3.2, passou a entender que os tratados de direitos humanos têm a mesma hierarquia da Constituição, inclusive essa decisão pontua que deveria ser respeitada a jurisprudência da Corte IDH.

Ponderando sobre o tema, Sarlet (2012, p. 124) defende, também, o mesmo nível da Constituição Federal e os tratados de direitos humanos, com base no artigo 5º § 2º, da Constituição. Pontuando que essa visão,

[...] é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos.

Portanto, a decisão do STJ, ainda que encontre paralelo no STF, não é a mais adequada. Posto que, a tese da supralegalidade, mesmo sendo majoritária, deixa de tutelar adequadamente a CADH, tanto assim que o acórdão do STJ violou o direito ao recurso, inclusive no contexto da jurisprudência da Corte IDH, especialmente, no caso *Mohamed*.

Interessante pontuar que o acórdão tratou, também, de se reportar a outra decisão, o Resp. 1.761.648/SP, Ministra Laurita Vaz, decisão que não entrou no resultado dos parâmetros da pesquisa, por não conter alguns dos critérios selecionados, porém, merece ser pontuada. A decisão referida esclarece que, o Resp. tem limites constitucionais e que a norma infraconstitucional, mesmo supralegal, não

poderia ampliar a finalidade constitucional do Resp., demonstrando que, o Resp. não consegue rever a condenação de 2ª instância.

Ainda teve a decisão no AgRg. no AResp. 1578301/SP, Ministro Reynaldo Fonseca, 5ª turma, também, rejeitando alegação de violação ao duplo grau, mas sem explicar claramente o porquê, ou seja, carente de fundamentação, como visto no voto do relator, “No presente caso, o que ocorreu foi a absolvição do recorrente em primeira instância e a sua condenação pelo Tribunal a quo. Logo, não há se falar que houve privação do direito de recorrer, nem violação ao Pacto de San José da Costa Rica, como aduz a defesa”.

De forma direta e sem fundamento, decisão foi no sentido da inexistência da violação ao artigo 8.2.h, da CADH, reportando-se, em momento seguinte ao acórdão do STJ e a decisão da 2ª instância, a qual condenou o réu. Além disso, apontou a decisão que a 2ª instância é soberana no exame das provas, com base na Súmula 7, do STJ.

Por fim, a decisão no AgRg. no Resp. nos EDcl. no 181.9033/SP, relator Desembargador convocado Leopoldo Raposo, 5ª turma, também rejeitando a alegação de violação ao duplo grau, referindo-se ao STJ, nesse ponto, somente aos fundamentos da 2ª instância, a qual negou a violação ao duplo grau. Sob o fundamento de que foi “[...] observado todo o procedimento penal à garantia do contraditório e da ampla defesa, não há qualquer irregularidade na condenação em segundo grau” (fls. 292-293) o que está em consonância ao entendimento desta Corte Superior”.

A parte da decisão, também incorreu em vício já apontado. Houve defeito, pois ocorreu a “fundamentação” *per relationem*. Essa pode ser entendida quando uma decisão se reporta aos fundamentos de outra.

Houve outras abordagens no voto do relator. Foi apontado pelo réu que o artigo 8.2.h, da CADH, impediria o Ministério Público de apelar, mas a decisão destacou que o STJ entende que esse dispositivo convencional confere, ainda, ao Ministério Público a possibilidade de recorrer, indicando também, o permissivo do artigo 593, I, do CPP, para justificar a possibilidade de o Ministério Público apelar.

[...] que permite ao Parquet se insurgir contra sentença absolutória prolatada por juiz de primeiro grau, sob pena de inviabilizar a proteção da sociedade por meio da submissão das provas e fatos a órgão hierarquicamente superior, bem como em face da necessária

observância ao princípio da paridade das armas, na medida em que tal direito é assegurado à defesa, em caso de prolação de édito condenatório (*ibidem.*).

O voto destacou, em momento posterior, que não seria viável o STJ analisar provas como se fosse a 2ª instância, reportando-se a outra decisão, o Resp. 1.761.648/SP, Ministra Laurita Vaz. Isso, na linha da impossibilidade de aplicar o artigo 8.2.h, da CADH, para afastar a Súmula 7, do STJ, e reexaminar a condenação na 2ª instância.

A invocação da Súmula 7, do STJ, afigura-se jurisprudência defensiva. A doutrina na Espanha, por exemplo, já superou a dicotomia matéria de prova e de direito. Ademais, a invocação da súmula em contexto de jurisprudência defensiva retira a efetividade do recurso, tornando-o ilusório, tanto assim que grande parte das decisões de inadmissão de Resp. são a partir da referida súmula, a qual encontra similar no STF.

A decisão no AgRg. nos EDcl. no Resp. 181.9033/SP, relator Desembargador convocado Leopoldo Raposo, fez referência a outro acórdão do STJ, o Resp. 264.263, relatoria Ministro Fernando Gonçalves. Contudo, essa decisão, apesar de tratar do duplo grau, tinha como objeto a (im)possibilidade de deserção *versus* o direito de apelar em liberdade, não sendo o problema da pesquisa. Apenas, destaque-se que nesse processo, no voto vencido e esclarecimentos do Ministro Vicente Leal, aduziu que os artigos 594 e 595, do CPP, não foram recepcionados pela Constituição Federal e que, “[...] o Pacto de São José de Costa Rica, ao qual já aderiu o nosso país, proclama a exigência de que as condenações criminais sejam submetidas a dois graus de jurisdição”.

Apesar da decisão no Resp. 264.263 ter desconsiderado, por maioria, o direito ao recurso, já havia indicativos de atenção à CADH. Esse ponto foi consignado nos esclarecimentos do Ministro Vicente Leal sobre a necessidade de respeitar o Pacto de São José da Costa Rica, “Não se pode, também, negar a incidência do Pacto de São José da Costa Rica que exige o duplo grau de jurisdição em uma condenação criminal, e ele está devidamente inserido no contexto do sistema jurídico penal brasileiro.”.

O voto vencido demonstrou uma tentativa de compatibilizar o CPP à CADH. No entanto, não foi o posicionamento vencedor, tal aspecto aponta uma falta de maturidade convencional, pois tornou a CADH quase uma figura de retórica, fazendo,

inclusive, que fosse violada numa só decisão, a CADH, no tocante ao direito ao recurso e a presunção de inocência, bem como a Constituição Federal quanto à presunção de inocência. De toda sorte, o voto vencido foi um aceno rumo à adequação do CPP à CADH.

As decisões mostram como o STJ enfrenta o problema da pesquisa. E, a partir de suas decisões, a Tese buscará entender a (in)eficácia do direito ao recurso, isso confrontado com o posicionamento da Corte IDH sobre o artigo 8.2.h, da CADH. Essas podem ser sintetizadas nos seus principais pontos.

Um dos principais fundamentos dos acórdãos tratados, se é rigorosamente válida é a fundamentação, com base em outras decisões do próprio STJ. Desse modo, as decisões se retroalimentam, dando sustentação a outras e, em algumas decisões, não havia fundamentação quanto à impossibilidade do reexame de prova de quem foi condenado em 2ª instância, não tinha como rever matéria de prova. Inclusive, houve acórdão que fez referência a precedente desconexo com o assunto da (im)possibilidade de reexame da prova.

As decisões entenderam pela legitimidade de o Ministério Público apelar da absolvição, tese que é pouco questionada. Contudo, a possibilidade de o Ministério Público recorrer, em especial, à 2ª instância, gera o problema de transformar o acusado que foi absolvido na 1ª instância, em condenado na 2ª, havendo problema, justamente, pois diante desse quadro, o réu, agora condenado, mesmo sem o trânsito em julgado, não tem como recorrer para outra instância visando ao reexame de prova.

O que pode haver em tal situação é a interposição de Resp. e RE., os quais não admitem reexame de prova. Pode haver interposição dos embargos de declaração, mas que não têm finalidade de reexame de prova, ou então, interpor embargos infringentes, os quais podem rever prova, entretanto, só em casos restritivos, quando a condenação for por maioria e em acórdãos resultantes de apelação e recurso em sentido estrito, situação que torna a chance de reexame probatória muito escassa.

Outro argumento usado nos acórdãos foi a supralegalidade da CADH. O problema desse entendimento é que certas garantias judiciais, a exemplo do direito ao recurso que integram o bloco de constitucionalidade acabam ficando sem uma tutela eficiente, tanto que foi argumentado que a finalidade constitucional do Resp. não poderia ser ampliada pela CADH, o que impossibilita a revisão de provas na

hipótese de quem é condenado na 2ª instância, depois de apelo da acusação, contra decisão de 1ª instância.

A Súmula 7, do STJ, foi apontada nas decisões e essa, assim como a Súmula 279, do STF, impede o reexame de prova na STJ. Tal aspecto se configura em jurisprudência defensiva. Contudo, esse entendimento do STJ é criticado pela doutrina, a qual entende superada a dualidade matéria de prova *versus* direito (Fenoll, 2010).

Outro ponto, ainda sobre a Súmula 7, é que essa afasta a efetividade dos recursos, que está na contramão da CADH, em seu artigo 25, e da jurisprudência da Corte IDH, que, assim, acaba vendo o recurso como vão e ilusório, como foi posto, dentre outros, na O/C 9/87 “[e]llo puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, [...] por cualquier [...] situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión” (Costa Rica, 1987, Serie A, Nº 9, § 24).

Os resultados na pesquisa, 23 acórdãos, em termos gerais e, em limites específicos, 5 decisões sobre o problema da pesquisa, mostram que a eficácia do direito ao recurso a partir da CADH, não é enfrentada no Brasil e que precisa ser amadurecida e postas hipóteses de soluções ao caso, tendo em vista que o Brasil é potencial responsável internacional por violação ao direito ao recurso previsto no artigo 8.2.h, da CADH, nos termos como a Argentina foi condenada.

A visão brasileira do direito ao recurso ou duplo grau, como é tratado pelo STJ, é conflitante com a posição da Corte IDH. Isso fica claro com a leitura do artigo 8.2.h, da CADH, feita no *Caso Mohamed* que, dada a sua fundamentalidade, será exposto em seus principais pontos. Esclarecendo que esse confronto é necessário para entender se há compatibilidade do CPP à CADH, evitando possível responsabilização internacional.

A decisão do *Caso Mohamed* foi a pioneira a analisar o direito ao recurso de quem foi condenado na 2ª instância pela primeira vez. Neste ponto não está sendo tratado do direito de recorrer em processos de competência originária. A especificidade do caso decorre, por ter sido a decisão relativa à matéria que precisa ser revisada no recurso, de modo a satisfazer o direito ao recurso (Piovesan, Fachin e Mazzuoli, 2019).

O caso tratou de um réu que foi absolvido na 1ª instância, por questões probatórias, especificamente, pelo *in dubio pro reo*. Porém, na 2ª instância, após

recursos da acusação e querelante, a 2ª instância condenou o acusado, o qual interpôs impugnação às instâncias superiores, as quais inadmitiam recurso ordinário.

Notadamente, o réu perfez o seguinte trâmite após a condenação na 2ª instância. Primeiro, apresentou recurso extraordinário federal na 2ª instância, alegando, dentre outros pontos, a falta de prova decisiva (Costa Rica, 2012, Série C, Nº 255, § 52), tendo o Ministério Público contraditado, sustentando que o RE tem caráter excepcional e o seu deferimento geraria uma 3ª instância ordinária (*ibidem.*, § 53). Como resultado da interposição do RE, a 2ª instância não conheceu da impugnação, o que se assemelha com o sistema recursal no Brasil.

Como efeito da inadmissão do RE, foi interposta outra impugnação pela defesa. Agora, foi apresentado o “*recurso de queja*” junto à Corte Suprema de Justiça da Nação, visando anular a decisão de 2ª instância. Relevante destacar que nesse “*recurso queja*” foi levantado o argumento de que o réu foi condenado após absolvição na 1ª instância, estando a Argentina compromissada com as Convenções Internacionais, as quais a Corte Suprema havia dado o compromisso de respeitar, sendo acrescentado que o RE ao ser inadmitido, violou o artigo 9, da CADH.

Mesmo com os fundamentos apresentados, a nova impugnação foi rejeitada pela Corte Suprema. O fundamento foi que o RE era inadmissível, a teor do artigo 280, do Código de Processo Civil e Comercial (*ibidem.*, § 58).

Seguindo o trâmite recursal, o réu interpôs o terceiro recurso após a condenação na 2ª instância. Dentre os argumentos, estavam a negativa de jurisdição, violação às garantias da CADH e, que o recurso visava esgotar as instâncias internas e acionar a CIDH, mas, novamente, a impugnação foi rejeitada pela Corte Suprema (*ibidem.*, § 60).

Já na jurisprudência internacional, perante a Corte IDH, a Comissão Interamericana e o representante da vítima Mohamed alegaram violação ao direito de recorrer, previsto no artigo 8.2.h, da CADH, violação ao direito de defesa e o direito a um recurso simples, rápido e efetivo pela inadmissibilidade do RE e do “*recurso queja*”, além de outras alegações. Em síntese,

La Comisión sostuvo que la garantía establecida por el artículo 8.2.h de la Convención no consiste en ‘un derecho a dos instancias, sino a una revisión, por parte de un tribunal superior, del fallo condenatorio [...] independientemente de la etapa en que [este] se produzca’, conclusión que apoya no sólo [en el] texto del artículo 8.2.h).

A Argentina ao se defender levantou um ponto de destaque. Arguido o Protocolo 7, da Convenção Europeia, o qual excepciona o direito ao recurso. No entanto, tal diploma internacional não se aplica na Corte IDH, tendo esse argumento funcionado com força persuasiva, talvez.

Frente a tal quadro, a Corte IDH delimitou que analisaria a situação do direito de recorrer ao *ne bis in idem* (*ibidem.*, § 83). Tendo pontuado a Corte que o artigo 8.2.h, da CADH é *standard* mínimo (*ibidem.*, § 88).

Quanto à exceção do direito de recorrer do Protocolo 7, essa foi rejeitada pela Corte, sendo decidido que o direito de recorrer é uma garantia primordial do devido processo legal, como foi exposto na decisão do *Caso Mohamed*.

*[...] permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica⁸⁸. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado⁸⁹. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recorrida (*ibidem.*, § 97)*

Esclareceu a Corte que o recurso do artigo 8.2.h, da CADH, é um recurso ordinário, acessível e eficaz. De sorte que, deve ser buscado aos fins aos quais foi estabelecido, sem maiores complexidades, o que justamente não é o caso, a exemplo do Resp. não poder ser ilusório e com mínimas formalidades (*ibidem.*, § 99).

Ponto de destaque no *Caso Mohamed* foi a interdependência da matéria de fato e direito, como destacado na decisão, “[...] puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho” (*ibidem.*, § 100). Aspecto desconsiderado na jurisprudência dos tribunais superiores do Brasil.

A decisão baseada nos reconhecidos peritos Maier, Bovino e Binder entendeu que não havia na Argentina recurso ordinário para impugnar a condenação da 2ª instância. Isso, equipara-se à estrutura processual no Brasil e, atualmente, possibilita entender pela eficácia do direito ao recurso no Brasil, através do *Caso Mohamed*, tendo os mencionados peritos concluído, como o que a Corte acatou, que o recurso extraordinário federal e o “*recurso de queja*” não asseguram o direito a recorrer.

A Corte acrescentou, ainda, em referência aos *agravios*, que esses implicavam negativamente na efetividade dos recursos, tendo em vista que estavam “[...] *condicionados a priori por las causales de procedencia de esse recurso. Esas causales limitaban per se la posibilidad del señor Mohamed de plantear agravios que implicaran un examen amplio y eficaz del fallo condenatorio*” (Costa Rica, 2012, Serie C, Nº 255, § 106).

Por tais razões, a Corte entendeu que não foi garantido um recurso ordinário, acessível e eficaz, o qual oportunizasse ao imputado um reexame da decisão condenatória, como estabelece o artigo 8.2.h, da CADH, que caberia à Argentina adotar as disposições de direito interno, como impõe o artigo 2, da CADH, sob pena de responsabilização internacional. Logo, competia à Argentina a obrigação “[...] *de procurar que el señor Mohamed tuviera acceso a un recurso eficaz, oportuno y accesible que le garantizara una revisión integral y amplia (supra párrs. 90 a 101) de la sentencia condenatoria que le fue impuesta por primera vez en segunda instancia*” (*ibidem.*, § 114).

Paralelo a tal fundamentação, foi decidido que a ausência do direito ao recurso impediu o direito de defesa. Como acentuou a Corte no *Caso Mohamed* que, “[...] *derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso*” (*ibidem.*, § 119).

A leitura posta pelo tribunal internacional se afigura coerente. Então, limitar e, principalmente, faltar com o direito ao recurso é violar o próprio direito de defesa, tornando o processo, de certa forma, via de mão única, pois só tem uma direção, ação, sem a via oposta da reação.

A alegação sobre a violação ao *ne bis in idem* foi rejeitada pela Corte. Para o tribunal, o processo penal é uno em suas várias fases, inclusive com os recursos ordinários (*ibidem.*, § 122), conseqüentemente, a decisão condenatória de 2ª instância não foi novo juízo, mas sim, outra etapa do mesmo processo, sem que houvesse nesse trâmite à coisa julgada (*ibidem.*, § 123). Inclusive, a decisão da Corte foi subsidiada pelos peritos Maier e Binder.

Ainda, foram suscitadas questões sobre o princípio da legalidade, irretroatividade e modificação na fundamentação da sentença. Contudo, diante do recorte da Tese, esse exame fica referido ao subcapítulo 3.3.

Na sentença da Corte foram estabelecidas algumas reparações. E, tendo em vista o foco desta Tese, a mais importante foi a que impôs à Argentina o dever de

conceder à vítima do caso internacional, um recurso amplo da condenação da 2ª instância. Sendo assim, respeitado o artigo 8.2.h, da CADH (*ibidem.*, § 148).

A retomada do *Caso Mohamed*, logo após a exposição dos acórdãos do STJ que tratam do direito ao recurso, denominados por esse de duplo grau de jurisdição, é importante. Afinal, realizando o confronto entre ambos é possível entender a (in)compatibilidade da sistemática recursal no Brasil com a Corte IDH.

Voltando às decisões do Brasil, os 5 acórdãos foram decididos por unanimidade e, todos com parciais diferenças de fundamentação entre si, rejeitaram a alegação de violação ao direito de recorrer quando o réu é condenado na 2ª instância, após impugnações da acusação. Afirmção que é sintetizada no acórdão do AgRg. REsp. nos EDcl. no Resp. 1696478, “Segundo compreensão desta Corte Superior, inexistente violação ao duplo grau de jurisdição nas hipóteses em que o réu é absolvido em primeiro grau e condenado pelo tribunal”.

O trecho anteriormente citado foi extraído da ementa. No voto, também, a fundamentação se repete, o que se percebe é que o cerne dessa decisão e a ideiação se repetem nas demais, é a aceitação de que o réu absolvido na 1ª instância e condenado na 2ª, não tenha recurso que possibilite revisão probatória da 2ª instância, restando, somente, impugnação de natureza extraordinária.

Vale acentuar que o artigo 8.2.h, da CADH, mesmo o artigo 14 § 5, do PIDCP, não são desconhecidos na decisão, tanto que são mencionados expressamente. Todavia, a citação é para asseverar que a situação recursal tratada, não viola a CADH nem o PIDCP. Em outros termos, esse acórdão, assim como toda jurisprudência do STJ, pesquisado nos parâmetros apontados, reconhece a CADH e alguns, até o PIDCP, sem, no entanto, emprestar-lhes a devida efetividade no sentido da revisão no aspecto probatório.

Tal foi o sentido das decisões do STJ, que houve a impossibilidade de reexame probatório. Os motivos expostos foram a Súmula 7, a natureza da suprallegalidade da CADH, que impede a ampliação da finalidade posta na CF para o Resp., a legitimidade do MP para apelar e a existência de precedentes que atendiam a impossibilidade de impugnar aspectos probatórios da decisão de 2ª instância, quando o réu é absolvido na 1ª instância.

Por cautela, é esclarecido que tais justificativas à negativa do direito de recorrer foram debatidas à medida que cada um dos 5 acórdãos, do STJ, era pontuado. Essas justificativas serviram para negar a CADH, ainda que reconhecida a existência do

direito ao recurso, chegando ao ponto do acórdão no AgRg., no AResp 1578301, talvez o mais carente de fundamentação, expor taxativamente que o réu foi absolvido na 1ª instância e condenado na 2ª. Isso não violou o direito de recorrer, decisão sem qualquer motivação, ainda que fosse alguma que a Tese pudesse discordar, como foi posto no voto do relator, “[...] o que ocorreu foi a absolvição do recorrente em primeira instância e a sua condenação pelo Tribunal a quo. Logo, não há se falar que houve privação do direito de recorrer, nem violação ao Pacto de San José da Costa Rica [...]”.

No plano internacional e, diametralmente, oposto, a pesquisa encontrou na jurisprudência da Corte, o *Caso Mohamed*. Nessa decisão, a dinâmica recursal analisada na Argentina é a mesma que ocorreu nas decisões do STJ e permanecem vigentes no Brasil. Entretanto, o posicionamento da jurisprudência brasileira e a da Corte Internacional são antagônicos, notadamente, quando é feita uma leitura do *Caso Mohamed*, perfeitamente aplicável ao sistema recursal penal no Brasil.

Nesse sentido, é possível para a Corte, tendo por base a sua jurisprudência, fazer uma análise da compatibilidade do sistema recursal penal brasileiro com a CADH. A exemplo do artigo 8, da CADH, que *“La referida disposición convencional contempla un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del ius puniendi del Estado y que buscan asegurar que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias”* (*ibidem.*, § 80).

Ao que foi demonstrado nos acórdãos do STJ, o recurso interposto contra a condenação de 2ª instância não foi efetivo, foi inadmitido, dentre outros fundamentos, por visarem ao reexame de provas. Enquanto isso, a Corte entende que um recurso efetivo é um dos pilares da CADH e do Estado de Direito *“[...] constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”*, sendo o artigo 8.2.h, uma garantia mínima e primordial no devido processo (*ibidem.*, § 82 e § 92).

Igual ao Brasil, na Argentina o acusado condenado não tinha outro recurso ordinário para impugnar a condenação da 2ª instância. Em ambos os casos, por falta de recurso ordinário, foi usado o recurso de natureza extraordinária, o que foi registrado na decisão internacional (*ibidem.*, § 105). Ainda há mais similitude entre Brasil e Argentina, no Brasil, os agravos regimentais não tiveram eficácia, assim como os *agravios* na Argentina, que foram alvo de crítica à decisão internacional, já que estavam condicionados à procedência dos recursos (*ibidem.*, § 106).

Frente à ausência de um recurso que pudesse impugnar à decisão de 2ª instância da justiça Argentina, a Corte entendeu que “[...] *no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria contra el señor Mohamed, en los términos del artículo 8.2.h*” (*ibidem.*, § 113). Novamente, reitera-se, situação sentida no Brasil.

Tal passagem foi reafirmada em outro momento da sentença internacional, a “*Argentina tenía el deber de procurar que el señor Mohamed tuviera acceso a un recurso eficaz, oportuno y accesible que le garantizara una revisión integral y amplia (supra párrs. 90 a 101) de la sentencia condenatoria que le fue impuesta por primera vez en segunda instancia*” (*ibidem.*, § 114). Logo, a Corte acabou por entender que a Argentina violou o direito da vítima do caso internacional recorrer, nos termos do artigo 8.2.h.

Em diversas passagens do *Caso Mohamed* e de outras decisões que tratam das impugnações, ficou claro que a Corte estabeleceu como deve ser um recurso do artigo 8.2.h, ordinário, acessível e eficaz, além de não ter maiores complexidades. Quando são analisados os recursos especiais, nos 5 acórdãos retirados do STJ, impugnações que visavam, especialmente, reformar a condenação de 2ª instância, ficou claro a dificuldade no trâmite dos recursos, tanto assim que os condenados buscavam chegar ao mérito do Resp., através dos agravos regimentais, da mesma forma que na Argentina.

Ao que foi apresentado, houve complexidade na interposição no Brasil e Argentina, em face da condenação de 2ª instância. Inegavelmente, não houve a possibilidade, em ambos, de rever a matéria probatória, apesar de em todos os casos do Brasil ter sido mencionado o artigo 8.2.h, da CADH, e até o PIDCP. Do mesmo modo, a decisão da justiça da Argentina, quando o réu arguiu o compromisso da Argentina em respeitar os tratados interacionais e foi rejeitado.

É possível compreender que diante do paralelo entre o sistema recursal da Argentina e do Brasil, a forma como a Corte IDH fez a leitura do direito de recorrer na Argentina, o Brasil tem violado o direito de recorrer de quem é absolvido na 1ª instância, condenado na 2ª instância, ficando sem um recurso ordinário acessível e eficaz para impugnar a decisão condenatória de 2ª instância. Restando, somente, o Resp. que, ao longo do exposto nos 5 acórdãos, mostrou-se complexo, inacessível e sem eficácia. Em suma, não oportunizando ao condenado o reexame probatório da

condenação, apesar de ter oportunizado à acusação a revisão da absolvição, o que viola a paridade de armas.

Ao decidir dessa forma, o STJ, ainda, desconsiderou a jurisprudência da Corte IDH e deixou de fazer o controle de convencionalidade, tomado como norte a CADH. Como foi decidido no *Caso Almonacid Arellano*, decisão com a qual esta Tese adere e mostra a incompatibilidade entre o sistema recursal do Brasil e o internacional.

[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americanas obre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Costa Rica, 2006, Serie C, Nº 154, § 124).

Inclusive, a Corte nesse caso elenca a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, o Tribunal Constitucional da Bolívia, a Suprema Corte de Justiça da República Dominicana e o Tribunal Constitucional do Peru, como exemplos de Cortes da mais alta hierarquia que têm se reportado e feito o controle de convencionalidade, aspirando a interpretação da Corte IDH (*ibidem.*, § 226 e § 232). De modo que, a Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina, obrigatoriamente, adotou as sentenças da Corte IDH (*ibidem.*, § 231), tendo a Corte argentina, no *Caso Giroldi*, equiparando a CADH a sua Constituição.

Os aspectos demonstrados ressaltam a maturidade e avanço daqueles países em relação aos direitos humanos, neste ponto, especifique-se, a CADH. Enquanto isso, as decisões do STJ mostram o descompasso da posição do Brasil, em relação à CADH, o que reflete na ineficácia do direito ao recurso, garantia inserida na CADH.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir desta etapa, a Tese começa a fazer as suas considerações finais. Nesse momento, o trabalho passa a iniciar o desfecho da pesquisa, posteriormente, serão feitas as propostas de soluções do problema.

O trabalho sobre qualquer tema de processo penal precisa ser aliado com o entendimento de qual seja a função do processo penal. Tendo em vista que, a depender das finalidades que tenha o processo penal, a abordagem de seus institutos e/ou garantias tomarão caminhos distintos.

A função do processo penal adotada na Tese foi aquela posta na Constituição Federal, na Convenção³ Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, além de outros documentos internacionais. Assim, foi possível entender que não há pena sem o devido processo penal. A análise realizada, além da visão da CF/88, chegando a tratados internacionais, deu-se pela imposição de relacionar o processo penal aos direitos humanos, como ponderou Trindade (2003).

A pauta dos direitos humanos, então, passa a ter novos referenciais. Tanto, assim, que Marie-Anne (2008) expõe que os acontecimentos na 2ª Guerra, o respeito aos direitos humanos passou a ser posto como necessário à paz dentro e entre os Estados, motivando os diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, é possível concordar que a CADH, por exemplo, é um referencial normativo para o processo penal brasileiro.

Tal aspecto é reforçado pela jurisdição internacional da Corte IDH, possibilitando eventual responsabilização internacional, por violação da CADH e ao que foca a pesquisa, as garantias judiciais.

A partir da lógica dos sistemas processuais, poderia ser atestado se os direitos humanos estão sendo respeitados. Essa pauta dos sistemas processuais, ainda, é seguida por muitos autores, até pela legislação, a exemplo da Lei 13.969/19, Pacote Anticrime. No entanto, esse culto ao processo acusatório é um *slogan* político como

alerta Montero Aroca (2015). Tanto que o autor faz uma autocrítica a quem mantém o mesmo pensamento por anos, sem refazer uma nova crítica.

Baseado nisso, Bachmaier Winter (2008, p. 47) destaca o reducionismo no debate, que esse perdeu parcela de sua utilidade. Dessa maneira, a autora sustenta que os tratados internacionais e as Constituições ganharam entendimento quanto às garantias processuais penais, ficando de lado o debate acusatório e inquisitório, apontando como solução “[...] *el estudio será mucho más fructífero si se analizan los diversos mecanismos através de los cuales se articulan las garantías del proceso penal en los diferentes procesos acusatorios.*”.

A hipótese é convalidada, quando examinadas as decisões da Corte IDH. Tendo essa debatido a violação das garantias processuais, portanto, a Tese segue com as premissas das garantias judiciais do artigo 8, da CADH, e, é assim que a função do processo penal é respondida.

Com os tratados internacionais, o processo penal passa a adotar as garantias judiciais daqueles. Isso, como patamar mínimo de direitos. No Brasil, tal adoção ocorre através do bloco de constitucionalidade, o que leva a novo direcionamento do processo penal, em especial, a função do processo penal.

Aliado aos direitos humanos, o processo penal deve mostrar a sua real função. O processo não deve servir só para aplicar a pena, deve na concepção da Constituição e dos direitos humanos ser um sistema de garantias, entendimento complementado por Binder (2003b, p. 25) que visualiza o processo como um sistema de garantias no qual, “Seu objetivo é, essencialmente, proteger a liberdade e a dignidade da pessoa.”.

Por esses aspectos, o processo penal não pode ser mais visto isoladamente. Tem, necessariamente, que dialogar com os direitos humanos, inclusive, sob pena de responsabilização internacional, pressupostos aos quais a Tese chega.

Dentre as garantias judiciais dos tratados internacionais, a pesquisa foca no direito ao recurso. Pensado nele, foi desenvolvido o problema da Tese, sobre a (in)eficácia do direito ao recurso.

A Tese entende, com base em posicionamento doutrinário, como exposto no subcapítulo 2. 2, que o duplo pronunciamento não está expresso na CF/88, mas que esse decorre da complementação da legislação nacional com os tratados internacionais, nesse sentido, Giacomolli (2014, p. 291) aponta que “O direito ao duplo

pronunciamento, embora não expresso na CF, se infere da integração ao ordenamento jurídico dos diplomas internacionais e da estrutura constitucional.”.

Outro ponto do duplo pronunciamento é que se chegou ao entendimento desse ser uma garantia do processo penal, isso, no entanto, não afasta que devam ser asseguradas as garantias em outros ramos do processo.

O questionamento sobre o duplo pronunciamento ser expresso ou não na CF/88, não é uma questão acadêmica, há sim, questão de ordem prática. Considerando que, o direito ao recurso é instrumento de materialização do duplo pronunciamento e decorre de tratados internacionais, a violação ao duplo pronunciamento gera responsabilização internacional, diferente se não houvesse tutela internacional.

Atente-se que os tratados internacionais, a exemplo da CADH, especificamente, têm em si, o direito ao recurso, artigo 8.2.h, o que é diferente, apesar de limítrofe, ao duplo pronunciamento, como explicado no subcapítulo 2. 2, que pode ser entendido na visão de Badaró (2020, s/p) que é “[...] um modelo de sistema judiciário segundo o qual o conteúdo das decisões de mérito poderia ser objeto de duas instituições sucessivas, por órgãos diversos”.

Sendo o duplo pronunciamento um modelo de sistema judicial, o que é o direito ao recurso? Esse é o meio que instrumentaliza esse sistema, o meio que dá vida ao duplo pronunciamento.

Após a opção pela nomenclatura duplo pronunciamento e não duplo grau de jurisdição, surgiu um debate da necessidade desse duplo pronunciamento ser feito por um juiz ou tribunal “superior”. A resposta e o norte seguido pela Tese foram dados pelo *Caso Herrera Ulloa*, quando nessa oportunidade, a Corte IDH decidiu que é necessário “[...] permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica” (*Costa Rica, 2004, Serie C, Nº 107, § 158*).

Sobre a necessidade de um tribunal superior, tem exceção. Tal ocorre nos processos de competência originária, mesmo assim, não é afastada a chance de revisão e isso foi decidido no *Caso Barreto Leiva*.

Nesta sentença foi decidido que:

[...] al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando

el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo considera pertinente (ibidem., 2009, Serie C, Nº 206, § 90).

Natural, também, que nessa etapa recursal, as demais garantias judiciais permaneçam sendo respeitadas. A fase recursal, ainda, é parte componente do processo, assim é integrante de um sistema de garantias do imputado.

Tais colocações já esclarecem que a Tese optou por um sistema de dupla instância, sem desconsiderar a existência do sistema de única instância, do qual as críticas são mais proveitosas para aprimorar o sistema de dupla instância do que para afastá-las.

Chegou-se ao entendimento de que a dupla instância é melhor por alguns fatores. Redução de possibilidades de erro, pluralidade de debates e fator democrático da decisão, que não seria assim se fosse de única instância.

Como mecanismo de duplo pronunciamento, há o direito ao recurso. A Tese acolheu o direito ao recurso com fundamento no artigo 8.2.h, da CADH, o qual foi mais centrado na pesquisa. Além disso, há referência expressa do direito ao recurso no artigo 14 § 5, do PIDCP, o qual o Brasil subscreveu e indiretamente, na Agenda 2030, o objetivo 16.3, quando esse trata do acesso à justiça, mesmo inexplorado pela doutrina apesar de sua importância. De modo distinto, não cabendo para o Brasil, o direito ao recurso como previsto no Protocolo 7, da CEDH, ante à possibilidade de excepcionar o direito ao recurso. Hipótese confirmada pela Corte IDH e por não ser o Brasil subscritor da CEDH.

A Tese entendeu, ao fim, que o recurso é uma espécie de impugnação (Del Pozzo, 1957). Contudo, a Tese seguiu um caminho distinto em relação ao conceito de recurso, como posto pela doutrina, chegando à ideia do recurso como uma garantia, como exposto por Maier (2004).

Essa perspectiva está alinhada com a posição de Casara (2018, p. 130), “[...] diante de suas peculiaridades, que acabam por defini-lo como um instrumento estatal de contenção do poder penal em garantia do indivíduo”. Entendimento que sustenta a hipótese conceitual do recurso como garantia.

Do mesmo modo, Binder (2003), entende a impugnação como garantia judicial mínima, tendo a pesquisa chegado ao denominador de entender o recurso como uma

garantia judicial mínima protetiva da liberdade do imputado e instrumento de impugnação de uma decisão, baseada no contraditório e na presunção de inocência.

Em suma, o conceito guarda nexos com a ideia do processo como um sistema de garantias de Ferrajoli (2000). Assim, o recurso está inserido e tem natureza jurídica de direito fundamental convencional, decorrente da base normativa na CADH.

Como garantia, chegou-se à conclusão do nível de extensão do recurso, após exame das decisões da Corte IDH e da doutrina nacional e estrangeira, entendeu-se que o nível de reexame do recurso deve ser amplo, jurídico e probatório, sem o qual o reexame ficaria parcial. Enfim, se o duplo pronunciamento é um sistema de dupla revisão, não dupla conformidade, o qual requer duas confirmações da condenação, é preciso uma segunda revisão para possibilitar ao réu rever a decisão, confirmando ou reformando a sua decisão.

Por tais razões, a Tese chegou ao entendimento da necessidade de ampla revisão. Na linha de Badaró (2020), ao conceituar o duplo pronunciamento, como um sistema que requer uma revisão, é preciso, ao menos, uma revisão fática e jurídica, sob pena de violação ao duplo pronunciamento.

Considerando a extensão do recurso, fica em paralelo, também, a ideia do recurso como um direito-garantia. Há dificuldade prática, como alerta Vasconcelos (2020), em distinguir o recurso como garantia ou direito, não sendo na visão da Tese possível excluir o recurso do que se entende por direito e por garantia.

Observadas tais premissas, é cabível entender que o recurso é um meio termo entre direito e garantia. Daí, Badaró (2020) entende o recurso como um “direito-garantia”, na mesma linha de Cunha (2010).

No Brasil, o sistema recursal tem seus mecanismos de instrumentalização do duplo pronunciamento, como explicado no subcapítulo 3.1. Dentre esses, tem a apelação, o RSE, o agravo em execução, embargos infringentes e embargos de declaração. Contudo, após a análise da extensão desses instrumentos, nem todos servem para a adequada atenção ao duplo pronunciamento.

A apelação foi o instrumento recursal apto para concretizar o duplo pronunciamento. Essa espécie de impugnação, que tem maior extensão e amplitude, não tendo suas hipóteses de cabimento restritas, por exemplo, como o RSE, além de enviar à instância distinta o novo reexame da causa, daí ser tido por meio ordinário por excelência (Lopes Júnior. 2020), ao qual nenhum outro tem a mesma majestade (Assis, 2021). Diferente dos recursos extraordinários que só cabem em matéria de

direito, mesmo distinto dos demais ordinários que são restritos ou não têm dupla instância.

Partindo do pressuposto que a apelação, como sendo o recurso que possibilita ampla revisão de fato e direito, é o mais apto a concretizar o duplo pronunciamento. Por efeito, a doutrina coloca como o recurso que instaura o duplo pronunciamento (Ubertis, 2008b; Armena Deu, 2008). Contudo, isso não impede, por si, o questionamento da (in)eficácia do direito ao recurso, como já posto no problema e, mais à frente, será feita a proposta para eventual solução.

Após apontar qual o recurso adequado para concretizar o duplo pronunciamento, fica pendente desfechar esse aspecto, se o duplo pronunciamento é brasileiro ou dos países ocidentais. Análise foi feita com base na paradigmática decisão colombiana, C-414, de sua Corte Constitucional e, da Argentina, no *Caso Girolodi*, da Corte Suprema, a qual, inclusive, gerou a doutrina Girolodi, a qual se reporta à Corte, além de a Tese ter referido a decisão da Bolívia e Venezuela sobre o duplo pronunciamento. Nos casos da Colômbia e da Argentina, ocorreu referência à necessidade de aplicação da CADH, cada uma teve sua abordagem específica, mas trataram do duplo pronunciamento.

A decisão colombiana tratou da dupla conformidade. Esse sistema é diferente do duplo pronunciamento, pois a dupla conformidade exige que a condenação seja submetida a um reexame e no caso da decisão colombiana, isso deve ocorrer independente da instância a qual a condenação foi proferida.

Da decisão argentina foi possível extrair a seguinte lição. O recurso de cassação, similar aos recursos extraordinários no Brasil, não concretiza o duplo pronunciamento. Por efeito, da violação ao artigo 8.2.h, da CADH, foi criado um órgão intermediário judicial, a Câmara Nacional de Cassação Penal para respeitar o direito ao recurso.

No tocante ao aspecto do duplo pronunciamento ser brasileiro ou de países ocidentais, foi possível chegar a um denominador. As sentenças tratadas no subcapítulo 3.2 mostraram que a questão do duplo pronunciamento não é específica do Brasil, apesar de cada país ter particularidades a serem sanadas. Por exemplo, o caso da Argentina, aproxima-se mais com o Brasil, no que se refere à necessidade de revisão da decisão condenatória, já que o recurso extraordinário não satisfaz o duplo pronunciamento, mas a da Colômbia também mostrou a preocupação com a necessidade do duplo pronunciamento para todos os tipos de acusado.

Além dessas colocações, ambas as decisões tratam da CADH e o aspecto recursal dessa. Isso mostra que o problema do duplo pronunciamento não é específico do Brasil. Portanto, a questão deve ser tratada no plano internacional pela Corte IDH, até pelo fato do direito ao recurso previsto nesse tratado instrumentalizar o duplo pronunciamento.

Independente dos casos anteriormente citados que auxiliaram na construção da Tese, houve decisão específica que possibilitou responder ao problema da pesquisa, o *Caso Mohamed*, da Corte IDH.

O *Caso Mohamed* é relevante para desenvolver e responder o problema da pesquisa. Tendo em vista que, a sistemática recursal da Argentina, que foi alvo de decisão da Corte IDH, é compatível com a sistemática recursal do Brasil. Posto que, no caso, a vítima Mohamed foi absolvida na 1ª instância e condenada na 2ª instância, isso por questões probatórias, restando àquela a interposição de impugnações de natureza extraordinária às instâncias superiores, o que inviabilizou o reexame probatório da condenação ocorrida na 2ª instância, tal narrativa é compatível com a sistemática recursal do Brasil.

Alertando que, a escolha por decisões da Corte IDH decorreu por essa ser a intérprete da CADH. Bem como, pelo fato das garantias judiciais da CADH serem *standarts* mínimos de proteção, o que coloca essas garantias como filtro mínimo dos processos no Brasil. Tal aspecto reflete na necessidade de compatibilizar a legislação interna do Brasil à CADH, como decidiu a Corte IDH, “*Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, [...] que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.*” (*Costa Rica, 2002, Serie A, Nº 17, § 87*).

Após a análise do caso, a Corte IDH decidiu sobre o direito ao recurso, caso que serve para entender a (in)eficácia do direito ao recurso no Brasil. Dentre as diretrizes da decisão, três chamam atenção.

A Corte IDH entendeu que o artigo 8.2, da CADH, tem garantias mínimas e são extensivas a todas as fases do processo (*ibidem.*, § 91). Ao sentenciar sobre esse dispositivo, a Corte asseverou que o recurso do artigo 8.2.h deve ser ordinário, acessível e eficaz, buscando os fins aos quais foi estabelecido, sem maiores complexidades e eficaz para corrigir uma condenação errônea (*ibidem.*, §99 e §100).

Por fim, a Corte entendeu pela violação do direito ao recurso, nos seguintes termos, “*Argentina tenía el deber de procurar que el señor Mohamed tuviera acceso a un recurso eficaz, oportuno y accesible que le garantizara una revisión integral y amplia (supra párrs. 90 a 101) de la sentencia condenatoria que le fue impuesta por primera vez en segunda instancia*” (*ibidem.*, § 114).

Essa decisão e os requisitos estabelecidos pela Corte IDH mostram a ineficácia do direito ao recurso no Brasil, quando o réu é condenado na 2ª instância e, em virtude de recurso da acusação, já que não terá chance processual de rever junto às instâncias extraordinárias, a matéria probatória que ensejou sua condenação, nos termos como foi na Argentina.

Essa situação impede que a condenação na 2ª instância seja revista quanto às provas. Enquanto isso, o posicionamento da Corte é que o direito ao recurso possibilita que o acusado tenha direito de recorrer para impugnar sua condenação no aspecto fático e jurídico, ainda que na 2ª instância, por força de recurso da acusação, no entanto, o sistema recursal no Brasil não permite, como exposto ao longo da Tese, levando a considerar a deficiência do direito ao recurso no Brasil.

Em paralelo ao direito ao recurso, surge o questionamento sobre a exclusividade do direito fundamental ao recurso. Aspecto posto no subcapítulo 4.1, trabalhado a partir das formas de resolução de conflitos, com o processo. Como foi exposto, não qualquer processo, mas sim, em processo que respeite os direitos humanos, conseqüentemente, as garantias mínimas, em função do devido processo (*ibidem.*, 2019, Série C, Nº 396, § 200).

Do processo resulta a sentença, que como ato humano, está sujeita a erros. Reconhecido e aceito a possibilidade de erro é necessário o instrumento corretivo, o recurso.

Esse instrumento de correção é assegurado no âmbito dos direitos humano, mais especificamente, no plano internacional na CADH e PIDCP (Badaró, 2023). Então, o recurso é um direito-garantia do acusado para rever sua condenação.

Neste momento há uma simbiose entre direitos e deveres, para explicar se o recurso é um direito fundamental exclusivo do cidadão. Perspectiva feita a partir de Kelsen (2003), ao buscar repensar a dualidade direito objetivo e direito subjetivo, mas sem haver a pretensão de eliminar a expressão direito subjetivo (Sgarbi, 2013).

Para Kelsen (2003) deve ser tratado primeiro o dever jurídico e depois o direito subjetivo. Nessa mesma perspectiva o direito subjetivo diferente da tradicional, sendo

o direito subjetivo reflexo do dever jurídico. Logo, o direito subjetivo é um direito reflexo, não ocorrendo sem o dever jurídico. Ferreira e Chrismann (2017, p. 6) destacam que “Não há, dessa forma, uma referência a um sujeito determinado, merecedor do rótulo de portador de um direito subjetivo”.

De tais colocações, Kelsen (2003, p. 157) vislumbra o direito subjetivo como o “[...] poder de vontade conferido pela ordem jurídica”. Por efeito, se o Estado cria a norma, ele que tem o dever jurídico e, esse dever, no caso a persecução penal, gera uma sentença, ocasionando o direito ao recurso. Tendo em vista que, se o Estado cria a norma, também, pode desrespeitá-la.

Em outros termos, o direito subjetivo é para o réu um poder concedido pela norma, podendo acionar judicialmente a outra parte na hipótese de descumprimento, é o direito subjetivo para Kelsen (2003), o poder jurídico, como direito reflexo, como esclarecem Ferreira e Chrismann (2017, p. 9) que “[...] através desse poder jurídico o titular do direito reflexo ingressa com uma ação e, por fim, obtém uma decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever”.

O que é possível entender a partir das afirmações citadas, é que não é apenas o réu que tem exclusividade do direito fundamental ao recurso. O Estado, também, possui, já que uma sentença errônea pode gerar uma ação indenizatória, responsabilidade internacional, violação à dignidade da pessoa, ocasionado o descrédito da justiça. Por isso, o Estado também tem interesse no reexame das suas sentenças, não que isso assegure que a decisão transitada em julgado seja perfeita, mas isso reduz a possibilidade de erros, já que o recurso acaba funcionando como um teste de validade do ato judicial, daí o duplo pronunciamento e na Colômbia, a necessidade de dupla conformidade.

Desfechando tais questões, é preciso estabelecer os requisitos recursais postos pela Corte IDH. Requisitos que possibilitam responder ao problema da (in)eficácia do direito ao recurso.

A Corte IDH, num primeiro momento, estabeleceu que o artigo 8, no qual estão localizadas as garantias judiciais, compõe um sistema de garantias condicionantes do poder punitivo estatal, impedindo decisões arbitrárias (*ibidem.*) Isso é importante, pois essa é uma pauta mínima em termos processuais, sem a qual haverá violação à CADH.

Enquanto isso, o artigo 25.1, da CADH, estabelece quais os requisitos recursais: simples, rápido e efetivo. Contudo, a Corte deixa os Estados livres para estabelecerem

um sistema processual (Costa Rica, 2019, Série C, Nº 383, § 58) específico e, orientam-se como entenderem as garantias da CADH. No *Caso Herrera Ulloa* decidido quais são os requisitos recursais, ordinário e eficaz (*ibidem.*, 2004, Série C, Nº 107).

A decisão estabelece alguns requisitos. Ficou pontuado a necessidade de o recurso ser ordinário e eficaz. O que significa que, o recurso não pode ser ilusório e nem complexo.

A construção dos requisitos foi feita ao longo de outros casos. A Corte decidiu que o recurso deve propiciar um reexame total da sentença impugnada, com novo exame fático e probatório (*ibidem.*, 2012, Série C, Nº 255).

Ainda sobre a efetividade, a Corte dispôs que o Estado tem a responsabilidade de “[...] *diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz*” (*ibidem.*, 1999, Serie C, Nº 63, § 237). De sorte que, não basta a existência formal de um recurso para que seja atendido o direito ao recurso “[...] *no se agota en la existencia legal de un recurso*” (*ibidem.*, 2006, Serie C, Nº 141, § 139). Assim, a Corte explica o que seja a efetividade e “[...] *deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención*” (*ibidem.*, Nº 147, § 144).

A Corte estabeleceu requisitos gerais, os quais podem ser tomados como filtro de uma análise da efetividade dos recursos. Ficou claro da jurisprudência internacional que, o recurso nos moldes da CADH precisa ser simples, sem maiores complexidades de interposição, o que destoa da jurisprudência defensiva no Brasil.

Outro requisito é ser ordinário. Tal aspecto possibilita o reexame fático e jurídico, concretizando o duplo pronunciamento. O que não acontece quando o réu é condenado na 2ª instância, por força de recurso da acusação, na pesquisa posto como problema.

O recurso deve possuir potencialidade de rever a decisão impugnada, ainda que o recurso seja uma obrigação de meio e não, necessariamente, tenha que atingir os fins do recorrente, a impugnação não pode ser ilusória, o que acaba ocorrendo quando o réu pode recorrer questionando o aspecto jurídico, somente.

Ao que parece, do contexto das decisões trabalhadas nessa parte e, no subcapítulo 4.2, é que a Corte estabeleceu tais requisitos para o direito ao recurso. Essas balizas, sempre na busca de um desenvolvimento dos recursos, servem para analisar a compatibilidade do sistema recursal no Brasil com a Corte, o que se afigura incompatível, notadamente, quando ocorre a condenação na 2ª instância, diante de recurso da acusação.

As reflexões finais são embasadas e comprovadas na jurisprudência do STJ. Nessa linha, os acórdãos que examinam os recursos especiais, decorrentes de condenação na 2ª instância, a qual o réu foi condenado por força de recurso da acusação, mostram o problema da ineficácia do sistema recursal no Brasil.

Esclarecendo que o STJ é o “órgão de cúpula” da justiça comum (Greco, 2015). O que significa que compete a esse tribunal as impugnações decorrentes da 2ª instância no Brasil, salvo à matéria especializada, como trabalhista, eleitoral e militar.

Após as pesquisas feitas no *site* do STJ, foram encontrados 23 acórdãos, com os parâmetros da pesquisa apontado no subcapítulo 3.3, dos quais 5 (cinco) acórdãos específicos são sobre o problema da pesquisa. Em todos os acórdãos foi rejeitada a alegação de violação ao duplo pronunciamento.

O STJ, em todas as decisões analisadas e a unanimidade, considerou que inexistiu violação ao duplo pronunciamento quando o réu é condenado, somente, quando ocorreu julgamento de apelação por parte do Ministério Público, sem que com isso ocorresse violação ao artigo 8.2.h, da CADH.

Esclarecendo que, quando se trata de duplo pronunciamento, está se falando do direito ao recurso, tanto assim que as decisões do STJ, referem-se, expressamente, ao artigo 8.2.h, da CADH. Esse aspecto mostra que a CADH não é desconhecida da jurisprudência do STJ, tanto que todas as 5 decisões, referem-se a esse tratado, chegando uma delas a mencionar o PIDCP, quanto ao direito ao recurso.

A questão não é a referência ao direito ao recurso, artigo 8.2.h, da CADH, o problema é a violação a esse dispositivo legal. Em todas as decisões, apesar do condenado não ter como rever a condenação de 2ª instância, o recurso foi inadmitido, impossibilitando o reexame da condenação da 2ª instância.

A posição do STJ é incompatível com a visão da Corte IDH. Tal fato possibilita a responsabilização internacional diante da ineficácia do direito ao recurso, nos moldes como foi sentenciado no *Caso Mohamed*. Apesar dessa incompatibilidade processual, o Brasil continua na via oposta da Corte, estando pendente de uma futura compatibilização.

A pesquisa ao chegar nessa etapa, considera que há incompatibilidade do sistema de recursos penais no Brasil, no tocante ao direito ao recurso em relação ao posicionamento da Corte IDH. Essa inadequação ocasionou a ineficácia do direito ao recurso. Frente a esse contexto violador da CADH, a Tese propõe alternativas no sentido de resolver o problema da pesquisa.

Há uma primeira alternativa a ser pensada para sanar a ineficácia do direito ao recurso, como posto no trabalho. Neste ponto, seria o caso de atribuir competência ao STJ para rever as condenações de 2ª instância, decorrentes de recurso da acusação. Esse reexame pelo STJ seria jurídico, o que já é aceito, ainda que com dificuldades impostas pela jurisprudência defensiva.

O outro reexame seria probatório. O que afastaria a Súmula 7, do STJ. Com a possível ampliação da finalidade do STJ para rever matéria probatória nos casos de condenação como posto no problema da pesquisa, estaria atendido o direito ao recurso como exigido pela Corte IDH, notadamente, no *Caso Mohamed*.

Teoricamente, a via de solução parece adequada e atende o direito ao recurso. No entanto, é preciso pensar no aspecto prático, afinal, teoria e prática estão relacionadas, e é o lado prático dessa solução que inviabiliza a proposta.

O STJ tem um grande quantitativo de processos, havendo grande acervo de *habeas corpus*, por exemplo, os quais têm preferência de julgamento. Então, a situação atual da Corte é de sobrecarga de processos dos mais variados tipos, além dos penais, como tributário, administrativo, previdenciário, empresarial, civil, consumidor e tantos outros, salvo as matérias especializadas.

Incrementar a finalidade do STJ para reexaminar matéria probatória, ainda que só em casos de condenação, seria aumentar o acervo processual. Essa via acabaria, de imediato, o tempo de julgamento de outros processos, violando o direito à duração razoável.

Também, levaria um tempo arrazoado para serem julgadas as impugnações das condenações aqui propostas, novamente, violando a duração razoável. Portanto, essa via de solução tem um (d)efeito colateral violador de um direito fundamental, a duração razoável, podendo travar ou congestionar o STJ, ainda mais.

Consequentemente, a primeira via de solução é interessante no plano da teoria, todavia, na prática esse se mostra inexecutável.

Há uma segunda possibilidade de solucionar o problema da pesquisa. Através da limitação recursal da acusação. Esse aspecto foi pontuado no subcapítulo 3.1, aderindo a Tese à vertente da ilegitimidade da acusação para impugnar a absolvição.

Dentre os motivos dessa linha, Prado (2001, p. 122) expõe que a CADH e o PIDCP têm “[...] previsão de recurso para assegurar o princípio do duplo grau de jurisdição é exclusivo da defesa”. O autor atesta para uma “situação paradoxal”, já que uma condenação surgida no tribunal, não poderia ser revista em termos de prova.

Justamente, esse é o problema da pesquisa que pode ser solucionado evitando essa “situação paradoxal”, retirando a legitimidade da acusação para impugnar a decisão absolutória.

A hipótese de solução encontra respaldo na doutrina internacional. Para Maier (2008, p. 727), legitimar a acusação para recorrer é abrir uma nova instância recursal, o que seria, “[...] *sera, sin, duda*, una condena de ‘primeira instancia’ e da mesma forma se a condenação é aumentada em função de um recurso da acusação”. Referido contexto, se adequa a sistemática recursal brasileira.

Complementa o autor que, diante da condenação de 2ª instância, terá o condenado o direito ao recurso para impugnar o duplo pronunciamento, fato que leva ao *regressus in infinitum*. Apenas, esclarecendo, que a Tese optou pelo duplo pronunciamento e não dupla conformidade, já que o exercício do direito ao recurso é faculdade.

Não tendo a acusação legitimidade para recorrer da absolvição, não haverá eventual condenação na 2ª instância e os problemas decorrentes disso, especialmente, a questão do reexame probatório.

Existe outra consequência positiva na ilegitimidade da acusação recorrer. Os recursos defensivos contra a condenação de 2ª instância passarão a ser julgados em menor tempo, assim como os demais processos, diante da diminuição do número de recursos. Desse modo, restará atendida a duração razoável do processo, além de que, não há problema de ordem prática em implementar essa solução.

A terceira proposta de solução ao problema da pesquisa, nesse objetivo, tomando como auxílio os embargos infringentes e de nulidade, especificamente, os infringentes que reexaminam prova.

Os embargos infringentes e de nulidade se constituem em um recurso. Esses podem ser de matéria jurídica e/ou probatória, a depender do objeto da divergência. O que interessa nesse recurso é a lógica da possibilidade da revisão da matéria probatória, especialmente.

A questão do reexame foi tratada pela doutrina. Para Lopes Júnior (2020), o efeito é devolutivo, já que a devolução é feita para um órgão com composição mais ampla do que o órgão julgador inicial e superior hierarquicamente.

Por sua vez Tourinho Filho (2010) e Badaró (2020) sustentam que há uma espécie de efeito repressivo parcial, pois os julgadores iniciais podem se retratar. Por

tais razões a Tese adere, ocorrendo uma junção da retratação e da devolução (Aranha, 2006).

Colocação sobre o efeito dos embargos, é possível entender que esse possibilita o reexame da matéria impugnada. A questão é que, rigorosamente, só quanto à divergência. Contudo, o procedimento dos embargos pode ser usado na proposta de solução do problema.

Da mesma forma que os embargos possibilitam o reexame da matéria, alertando aqui para a particularidade da divergência e excepcionando-a, poderia ser criado uma espécie de impugnação que possibilitasse recorrer da decisão condenatória de 2ª instância, fruto do recurso da acusação. No sentido contrário do Protocolo 7, da CEDH, que excepciona o direito ao recurso, nessa hipótese, seria criado um permissivo legal, justamente, nesse caso.

Com esse novo recurso ou se fosse o caso até a extensão dos embargos, o próprio tribunal reexaminaria a matéria impugnada. Isso, sem o requisito da divergência e com uma composição mais ampla, como já ocorreu com os embargos e assim estaria respeitado o princípio da imparcialidade.

Pensar na ampliação dos embargos para a questão do problema da pesquisa é atender o direito ao recurso e ao duplo pronunciamento. Tanto assim que, Lopes Júnior (2020) entende que limitar os embargos às decisões não unânimes de alguns tipos de recursos, deixa de dar eficácia ao direito de defesa e ao duplo pronunciamento. Reitere-se que, a proposta aqui de ampliação da hipótese de cabimento dos embargos, independe de haver divergência.

A vantagem do aumento da hipótese de cabimento dos embargos não seria complexa. Afinal, não seria preciso criar outro recurso com toda uma lógica, legitimidade, prazo, procedimento e efeito, além de novas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Tal aspecto, de certa forma, já estaria amadurecido pelos embargos.

Ademais, a proposta dos embargos não encontra dificuldade prática. Basta adotar o rito dos próprios embargos para sua nova hipótese de cabimento, sem a necessidade de criar um novo tribunal e/ou turma, apenas precisando ampliar o número de julgadores.

Outro aspecto interessante, é que a proposta encontra certo respaldo no STF, por meio de seu RI, artigo 333, I. Tanto assim que o Supremo (Brasil, 2005) ao discutir o duplo pronunciamento, em processo de competência originária, entendeu por ser cabível o recurso de embargos infringentes, com base no artigo 8.2.h, da CADH e, em

precedente da Corte IDH, no *Caso Barreto Leiva*, no qual foi decidido pela possibilidade do direito ao recurso em processo de competência originária.

A ponderação que o STF fez, foi sobre a limitação dos embargos em virtude do alcance da impugnação, no caso a divergência. No entanto, a hipótese aqui proposta é no sentido de que se os embargos tiverem a sua finalidade ampliada no caso de condenação na 2ª instância, por força de recurso da acusação, essa não tenha como requisito a divergência da votação, mas sim, a condenação decorrente de recurso acusatório na 2ª instância.

Ao se pensar e aquiescer com tal linha, estará atendida a CADH. Afinal, o direito ao recurso será concretizado integralmente nos termos da jurisprudência da Corte, viabilizando o reexame jurídico e probatório, bem como essa revisão será feita por órgão hierarquicamente superior ao que decidiu, com a composição distinta e poderes para rever a decisão impugnada.

As propostas, cada uma dentro de suas especificidades, tenta solucionar a (in)eficácia do direito ao recurso, algumas com maior potencialidade de concretização, outras com menor.

Para além das questões jurídicas processuais, sobre a (in)aplicabilidade dessas, há outras questões a serem mencionadas. Por exemplo, a retirada da legitimidade do Ministério Público para recorrer, pode implicar em oposição por parte da instituição, que pode entender isso como perda de poder.

Outro ponto é o processo legislativo. Pode ocorrer diversas mudanças na proposta que ela acabe desnaturada na sua essência, especialmente, pela pressão das instituições componentes do sistema judicial.

Também há os debates na doutrina. Como toda proposta, há parcela favorável e contrária, o que, também, pode levar a desconfigurar a proposta ou até aprimorá-la, tudo a depender do respeito à jurisprudência da Corte IDH. De todo modo, o debate é necessário e as propostas podem ser tomadas como alerta à possível responsabilização internacional, ponto de partida para futuros e indispensáveis debates acadêmicos.

Independente da concordância com as propostas feitas, até o surgimento de outras, a pesquisa chega a uma consideração. O sistema recursal no Brasil é incompatível com o posicionamento que a Corte IDH estabeleceu sobre o direito ao recurso na CADH, o que, repita-se, viabiliza nova condenação do Brasil na Corte IDH. Tal aspecto, justifica o início de um processo de discussão sobre a solução da questão,

não só por violação à garantia judicial do direito ao recurso, como pelo respeito aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Adlezio. **Relações entre a Carta e a Convenção Americana dos Direitos Humanos. Comentário da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e do Protocolo Adicional**. Paulo Pinto de Albuquerque (Org). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de e SCKELL, Soraya Nour. A recepção da Convenção Europeia dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In*: NORONHA, João Otávio e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. São Paulo: *Tirant lo Blanch*, 2021.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. **Garantias Judiciais e Princípio da Legalidade**. Comentário da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e do Protocolo Adicional. Paulo Pinto de Albuquerque (Org). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Seleção de Opiniões. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso**. T. II. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefesa**. 2. ed. México: UNAM, 1970.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal**. 2. ed. Madrid: EDERSA, 1997.

ARANGÜENA FANEGO, Coral. La doble instancia en el proceso penal. **Criminalia**, México, v. 65, n. 1, p. 3-42, jan./abr., 1999.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Dos recursos no processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Jáuregui, Luciano Adolfo s/ plantea excepciones previas**. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sentencia 15 de Marzo de 1988. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-jauregui-luciano-adolfo-plantea-excepciones-previas-fa88000084-1988-03-15/123456789-480-0008-8ots-eupmocsollaf?>. Acesso em 01 de out. de 2022.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Girolodi, Horacio David y otros/ recurso de casación - **causa n. 32/93**. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sentencia 7 de Abril de 1995. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-girolodi-horacio-david-otro-recurso-casacion-causa-32-93-fa95000086-1995-04-07/123456789-680-0005-9ots-eupmocsollaf>. Acesso em 20 de set. de 2022.

ARMENTA DEU, Teresa. El recurso de apelación y la mal llamada segunda instancia. *In: Revista de Derecho procesal penal*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 2013.

ARMENTA DEU, Teresa. **Estudios sobre el proceso penal**. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culsoni, 2008.

ASENCIO MELLADO, José M. **Derecho procesal penal**. 4 ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 4ª ed. São Paulo. Thomson Reuters. E-book. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **São Paulo**: Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/12. 4ª ed. Thomson Reuters, 2022. E-book.

BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023. E-book.

BADARÓ, Gustavo. **Juiz natural e processo penal**. São Paulo: RT, 2014.

BADARÓ, Gustavo. **Manual dos recursos penais**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. E-book. 2020.

BADARÓ, Gustavo. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. E-book.

BADENI, Gregorio. **Reforma constitucional e instituciones políticas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994.

BALDÉ, Aua. Abolição da Pena de Morte. Comentário da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e do Protocolo Adicional. Paulo Pinto de Albuquerque (Org). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book.

BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. A centralidade do juízo oral no Sistema Acusatório: uma visão estratégica acerca do caso penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 669–705, 2018. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/150>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BARRETO Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada**. 3ª edição. Coimbra editora, 2005.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**. Comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11690/08 e n. 11.719/08. Belo Horizonte: DelRey, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

BINDER, A.; CAPE, E; NAMORADZE, Z. Estándares latinoamericanos sobre defesa penal efectiva. BINDER, A.; CAPE, E; NAMORADZE, Z. (Org). **Defensa penal efectiva en América Latina**. ADC/ CERjusC / CoNECTAs / DEjustiCiA / iDDD / iCCPG / ijPP / iNECiP, 2015.

BINDER. Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Trad. Fernando Zani, com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b.

BINDER. Alberto M. **O descumprimento das formas processuais. elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal**. Trad. Ângela Nogueira pessoa, com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. parte geral 1**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Nova ed, 2004.

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado **(CPE)** (7-Febrero-2009). Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em 10 out. 2023.

BRASIL STF. **Súmula 713**, publicada no Diário da Justiça (DJ) nos dias 9, 10 e 13 de outubro de 2003.

BRASIL. STF. **HC 234688 ED**, Rel: Cristiano Zanin, Primeira Turma, julgado em 21-02-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 23-02-2024 PUBLIC 26-02-2024). Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=165376&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 21 mar. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Ementa Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>. Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. CNJ. **Resolução nº 364**, de 12 de janeiro de 2021, Brasília, 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 fev. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Senado Federal, Brasília, 2013. TPI.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. a/res/70/1, 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 1.002**, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Brasília – DF, 1984.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília – DF, 1984.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em 20 de abr. de 2022.

BRASIL. STF. **AP 470**, Mensalão voto do Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 19/08/2005, DJe 01/09/2005.

BRASIL. STF. **HC 88420**, Rel: Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 17-04-2007, DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00037 EMENT VOL-02279-03 PP-00429 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007.

BRASIL. STF (2ª Turma). **Recurso Extraordinário 313060/SP**. Leis 10.927/91 e 11.262 do município de São Paulo. Seguro obrigatório contra furto e roubo de automóveis. Shopping centers, lojas de departamento, supermercados e empresas com estacionamento para mais de cinquenta veículos. Inconstitucionalidade. Recorrente: Banco do Estado de São Paulo S/A – BANESPA. Recorrido: Município de São Paulo. Relatora: Min. Ellen Gracie, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260670>. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. STF. A exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 6512. 21 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5971568>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. STF. **ADCs 43, 44 e 54**. Proíbe a prisão após a confirmação de uma decisão condenatória em segunda instância: O julgamento foi relatado pelo ministro Marco Aurélio. 2019.

BRASIL. STF. **ADPF 347**. 04 out. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur493579/false> acesso em 08 jan. 2023.

BRASIL. STF. **AP 470**, Mensalão voto do Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno Julgado em 19/08/2005, DJe 01/09/2005.

BRASIL. STF. **HC nº 165376/RJ**, relatora Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 11/12/2018, Publicação 26/06/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=165376&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. STF. **Lei 12.850/2013**. No âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa (LEI 8.429/1992). (ARE 1175650, Rel: Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 03-07-2023, processo eletrônico repercussão geral - mérito DJe-s/n DIVULG 04-10-2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=520247&ori=1>. Acesso em 02 fev. 2021.

BRASIL. STF. **Recurso extraordinário 12353440**, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 12 set. 2024.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário 628137 RG/RJ**. Inexistência de repercussão geral. Relatora: Min. Ellen Gracie, 21 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=fgts&base=baseRepercussao>. Acesso em 20 ago. 2021.

BRASIL. STF. **Regimento interno. Atualizado até a Emenda Regimental n. 58/2022** [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 09 jan. 2024.

BRASIL. STF. **RHC 227572 AgR**, Rel.: Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 01-09-2023 PUBLIC 04-09-2023). Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=165376&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 21 jan. 2024.

BRASIL. STF. **Súmula 160**. HC 107.457, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, j. 2-10-2012, DJE 207 de 22-10-2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2747#:~:text=571%2C%20I%2C%20do%20C%3%B3digo%20de,casos%20de%20recurs%20de%20of%20C%3ADcio>). Acesso em 20 de jul. 2022.

BRASIL. STF. **Súmula 210**. O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Cód. de Proc. Penal. Edição: Imprensa Nacional, Brasília – DF, 1964, p. 104. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula210/false>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. STF. **Súmula 423**. 01.06.1964. Brasília. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula423/false>. Acesso em: 21 de mar. 2023.

BRASIL. STF. **Súmula 523**. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. DJ de 10/12/1969, p. 5933; DJ de 11/12/1969, p. 5949; DJ de 12/12/1969, p. 5997. Brasília, DF, 1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula525/false>. Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL. STF. **Súmula 525**. A medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido. DJ de 10/12/1969, p. 5933; DJ de 11/12/1969, p. 5949; DJ de 12/12/1969, p. 5997. Republicação: DJ de 11/06/1970, p. 2382; DJ de 12/06/1970, p. 2406; DJ de 15/06/1970, p. 2438. Brasília, DF, 1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula525/false>. Acesso em 25 jun. 2022.

BRASIL. STF. **Súmula. 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário 13.12.1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula279/false>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. STF. **Tema 60** - Possibilidade de prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. RE 466.343-1, 2008. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=165376&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. STJ. **Ag Int no REsp n. 2.027.534/PA**, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 15/12/2022, DJe de 19/12/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. STJ. **AgInt no AgInt no REsp n. 1.847.411/MG**, rel. Min. Manoel Erhardt (Des. Conv. do TRF5), Primeira Turma, julgado em 4/4/2022, DJe de 7/4/2022.

BRASIL. STJ. **AgRg no AREsp n. 1.952.323/MS**, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 14/2/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. STJ. **AgRg no AREsp n. 2.293.714/MG**, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023.) (AgRg no AREsp n. 1.141.996/DF, rel. Min. Antonio Saldanha, Sexta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 23/6/2023).

BRASIL. STJ. **AgRg no AREsp n. 2.384.703/SP**, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 27/11/2023.) <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 08 jan. 2023.

BRASIL. STJ. **AgRg no HC n. 736.555/RJ**, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. STJ. **AgRg no HC n. 743.854/SP**, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 6/10/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. STJ. **AgRg no REsp n. 1.671.257/AC**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/2/2018, DJe de 21/2/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. STJ. Habeas Corpus. Impetração substitutiva de recurso especial. **HC nº 169.557/RJ**, rel. Min. Maria Thereza Moura, Sexta Turma, julgado em 29/8/2013, DJe de 12/9/2013.

BRASIL. STJ. **HC nº 529.168/SP**, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe de 28/11/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. STJ. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Atualizado até a Emenda Regimental n. 44, de 13 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. STJ. **REsp n. 1.496.114/RJ**, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/11/2017, DJe de 13/11/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. STJ. **RHC nº 143.516/RJ**, rel.: Min. Rogerio Schietti, Sexta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 28/6/2021.

BRASIL. STJ. **Súmula 648**. A superveniência da sentença condenatória prejudica o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa feito em habeas corpus. Terceira Seção, em 14.4.2021. DJe 19.4.2021. Disponível em: <file:///C:/Users/dvdca/Downloads/12309-38045-1-PB.pdf>. Acesso em 12 set. 2022.

BRASIL. STJ. **Súmula 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial, 03.03.1990. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. STJ. **Súmula nº 333**. Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2007]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?&b=TEMA&p=true&t=&l=10&i=340#TIT333TEMA0>. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. STJ. **Súmula nº 54**. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual. Referência: CC/1916, art. 962. Corte Especial, em 24.09.1992. DJ 1Jl.10.1992, p. 16.801.

BRASIL. STJ. **Tema 988**. Define a natureza do rol do art. 1015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do Novo CPC. DJe de 28/02/2018.

CABRAL, Irineu Barreto. **A Convenção europeia dos direitos do homem anotada**. 3ª edição. Coimbra editora: Coimbra, 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. V.III. Trad. Luiz Abenizia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Da jurisdição**. Atualização Antônio Adonias Bastos. Salvador: Juspodivum, 2024.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa notada**. Coimbra: Coimbra, Ed. 9, 2015.

CAPORAL, Hugo Chaves; SILVA, Guilherme Amorim Campos da. O juiz das garantias como elemento renovador do sistema acusatório brasileiro. **Revista de Direito**, [S. l.], v. 13, n. 03, p. 01–26, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/12815>. Acesso em: 9 fev. 2022.

CARDOSO, Alessandro Mendes. **O dever fundamental de recolher tributos no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014. E-book.

CARRIÓ, Alejandro D. **Garantias constitucionales en el proceso penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2012.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro. Lumen juris, 2008.

CASARA, Rubens, O direito ao duplo grau de jurisdição e a constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: CASARA, Rubens (org.). **Processo penal do espetáculo e outros ensaios**. Florianópolis: *Tirant lo Blanch*, 2018.

CHAMORRO BERNAL, Francisco. **El artículo 24 de la constitución**. Tomo I. el derecho de libre acceso a los tribunales. Barcelo: Iura Editorial, 2005.

CHIAVARIO, Mario, Art. 6 – Diritto ad un processo equo. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (org.), **Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**. Padova: Cedam, 2001.

CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie dela persona**. Le sigole garanzie. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1982.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. VII. Campinas: Bookseller, 1998.

CIANI, Gianfranco. **Le impugnazioni penale: Evoluzione ou involuzione?** Controlli di mérito e controlli di legittimità. Palermo: Giuffrè, 2008.

COHENDET, Marie-Anne. **Droit constitutionnel**. 4ª ed. Paris: Montchrestien, 2008.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Código de procedimiento penal-doble instancia. Recurso de apelación contra sentencias referidas a la libertad del imputado-reglas/normas del código de procedimiento penal que no prevén la posibilidad de apelar sentencias condenatorias proferidas por primera vez en segunda instancia-inconstitucionalidad por omisión legislativa y exhorto al Congreso de la República. **Sentencia C-792** de 2014. Bogotá D.C, 2014. Disponible em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-792-14>. Acesso em 22 maio 2023.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-414/22**. Doble conformidad en la acción de repetición-procede la impugnación de todas las sentencias que declaren la responsabilidad. Bogotá D.C, 2022. Disponible em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-414-22.htm>. Acesso em 13 de maio de 2023.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Compendio di procedura penale**. 3ª ed. Padova: Cedam, 2006.

CORDERO, Franco. **Guida allá procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. V.II. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, No. 344, § 168.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, § 124.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Andrade Salmón Vs. Bolívia**, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 1.º de dezembro de 2016, Série C, Nº 330, § 93.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá**. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, No. 104, § 74.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, No. 72, § 125 y 137.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206, § 89 y 90.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Casal Vs. Argentina.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 2020, Serie C, N° 408, § 3, § 22 § 23 y 68.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52, § 161.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, No. 170, § 133.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Gómez Virula y otros Vs. Guatemala.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C, No. 393, § 64.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107, § 158, § 161 y 164.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, No. 276, § 88 § 91 § 99 y 105.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, No. 42, § 169.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso López y otros Vs. Argentina.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C, No. 396, § 200 y 214.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Manuela y otros Vs. El Salvador.** Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2021. Série C, N° 445, § 118.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Mendonza e outros Vs. Argentina.** Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Acórdão de 14 de maio de 2013. Série C, nº 260, § 87 y 246.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Mohamed Vs. Argentina.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C, No. 255, § 80, § 88 § 99 y 100.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111, § 180.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 344, § 168.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Valle Ambrosio vs Argentina**. Sentencia de 20 de julio de 2020. Serie C, No. 408, § 42 y 68.

COSTA RICA. Corte IDH. **Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile**. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021., § 138.

COSTA RICA. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva **OC-18/03** de 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 18, § 77 y 167.

COSTA RICA. Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva **OC-17/02** de 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17, § 54, § 87, § 93 y 122.

COSTA RICA. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva **OC-21/14** de 19 de agosto de 2014. Serie A, No. 21, § 125.

COSTA RICA. Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva **OC-8/87** de 30 de enero de 1987. Serie A, No. 8, § 42.

COSTA RICA. Corte IDH. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva **OC-11/90** de 10 de agosto de 1990. Serie A, No. 11, § 28.

COSTA RICA. Corte IDH. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva **OC-11/90** de 10 de agosto de 1990. Serie A, No. 11, § 25, § 28.

COSTA RICA. Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva **OC-9/87** de 6 de octubre de 1987. Serie A, No. 9, § 21 § 24 § 28 § 30 y 168.

COSTA RICA. Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva **OC-24/17** de 24 de noviembre de 2017. Serie A, No. 24, § 26.

COSTA RICA. Corte IDH. Opinión consultiva **OC-11** de 10 de agosto de 1990. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b convención americana sobre derechos humanos), § 28.

COUTERE, Eduardo. **Vocabulário jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro- São Paulo: Renovar, 2001.

CREUS, Carlos. **Derecho proceal penal**. Buenos Aires. Astrea, 1996.

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 4 ed Salvador: JusPodivm, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro; FREDIE, Didier Jr. **Direito processual civil**. V. III. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**. escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DAMÁSIO, Antonio. **O erro de Descartes**. emoção, razão e o cérebro. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justiça y el poder del estado**. Análisis comparada del proceso legal. Trad. Andrea Vidal. Chile: Editorial Juridica de Chile, 2000.

DEL POZZO, Carlo Umberto. **L'appello nel processo penale**. Turino: Torinense, 1957.

DESSPORTES, Frédéric; LAZERGES-COUSQUER, Laurence. **Traité de procédure pénalé**. 4^a ed. Paris: Económica, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: Juspodivm, 2022.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022.

DROIT, Dyna´Sup. **Droit constitutionnel**. 2^a ed. Paris. Magnard-Vuibert. 2009.

EMBALÓ, Mamadú. **Garantias do Processo Penal**. Comentário da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e do Protocolo Adicional. Paulo Pinto de Albuquerque (Org). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Constituição Mexicana**, 1917. Revisão em 2015. Disponível em: https://constituteproject.org/constitutions?lang=en&status=in_force&status=is_draft. Acesso em: 18 mar. 2023.

FAVAROTTO, Ricardo S. El derecho al doble conforme. **Revista Aranzadi de derecho y proceso penal**, Navarra, n. 28, p. 155-181, mai./ago. 2012. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=96511. Acesso em: 27 jul. 2022.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Trad. Ana Zomer, Fauzi Hassan, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Garantias. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 22, n. 85, p. 7-24, 2001. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=32980. Acesso em: 12 jul. 2022.

FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. (12ª edição). Grupo GEN, 2023.

FERREIRA, Daniel Brantes; CHRISMANN. Pedro Henrique Veiga. **O Direito Subjetivo nas concepções De Hans Kelsen e Alf Ross**. *civilistica.com* 6, no. 1 (agosto 6, 2017): 1-18. Acessado novembro 8, 2023. <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/281>.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons., 2007.

FILHO, José Ernesto Pimentel e CAVALCANTI, Carlos André Macêdo. **Estatística e nascimento do controle criminal no alvorecer da França contemporânea**. Projeto história, São Paulo, n. 34, p. 211-226, jun., 2007.

FRANCE. Sénat. Rapports législatifs. Projet de loi portant réforme de la procédure criminelle. **Rapport n° 275** (1996-1997), déposé le 20 mars 1997. Disponível em: <https://www.senat.fr/rap/196-275/196-27520.html>. Acesso em: 18 mar. 2023.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**. Abordagem crítica. Acordo civil, transação penal. Suspensão condicional do processo. Rito sumariíssimo 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. E-book.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentin. **Derecho procesal penal**. 3 ed. Madrid: Colex, 1999.

GIOSTRA, Glauco. **Primeiras lições sobre a justiça penal**. Trad. Bruno Sousa. 1ª ed. São Paulo: *Tirant lo blanch*, 2021.

GIUSEPPE BETTIOL. **Direito Penal**. 2 volumes, Derecho Penal Parte General, Noções sobre o processo penal italiano. Editora: Revista dos tribunais, 1966.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal. uma genealogia do autoritarismo no processo penal brasileiro**. V. 1 Rio de Janeiro: *Tirant lo Blanch*, E-book. 2019.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. Salvador: Juspodivm, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; MENDES, Tiago Bunning. A inexistência de fundamentos para o recurso acusatório no processo penal: uma crítica ao paradigma da bilateralidade recursal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 257-289, dez. 2018.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. V.I. Buenos Aires: EJEA, 1961.

GOZAÍNE, Osvaldo Alfredo. **El debido proceso**. Buenos Aires. Rubinzal-Culzono, 2010.

GOZAÍNE, Osvaldo. **Garantías, principios y reglas del proceso civil**. Buenos Aires: Eudeba, 2015.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais. Vol. III. Disponível em: Grupo GEN, Grupo GEN, 2015. E-book.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 3 ed. São Paulo: RT, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante Schuback, posfácio de Emmanuel Carneiro Leão ISBN: 978-85-326-3284-5. Editora Vozes. Reimpressão: 6º - 2020.

HERNÁNDEZ, Miguel Moreno. **Derecho procesal canónico**. Madrid: Aguilar. 1956.

HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, Oscar L. **Derecho internacional de los derechos humanos**. 2 ed. Buenos Aires: Editar, 2007.

INNOCENCE PROJECT BRAZIL. **Relatório anual**. Mantenedor, Legado Márcio Thomaz Bastos. São Paulo, 2023. Disponível em: https://www.innocencebrasil.org/files/ugd/800e34_177225669a784a779cf4343f224bef7f.pdf. Acesso em 16 mar. 2024.

JUGO, Gabriela. El derecho de recurrir la sentencia penal condenatoria y los instrumentos internacionales de derechos humanos. *In*: M. GARCIA, Luis (org.). **Los derechos humanos en el proceso penal función en el derecho interno**. Detención. prisión preventiva. Recurso contra la sentencia condena: Ábaco de Rodolfo Depalma. 2002.

KARL, Popper. **A lógica da pesquisa científica**. 9ª ed. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Mota. São Paulo: Cultura, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LANGER, Mimo. **Revolution in Latin American criminal procedure**: diffusion of legal ideas from the periphery. Revista da Faculdade de direito da UFRGS. 37. P. 4/45, dez. 2017. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/issue/view/3391> >. Acesso em 07 de janeiro de 2020.

LEDESMA, Ángela, Ester. Recurso como garantia de juzgamento estándares mínimos. *In*: **Revista de Derecho procesal**. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 2014.

LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. V.III. impugnaciones. Proceso de prevencion criminal. Ejecucion. Trad. Santiago Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963.

LETELIER LOYOLA, Enrique. **El derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013.

LEVENE, Ricardo. **Manual de derecho procesal penal**. T. I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição**. Barueri, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Des)Velando o risco e o tempo no processo penal. *In*: GAUER. Ruth M. Chittó (org.). **A qualidade do tempo para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. E-book. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. V. I. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2009.

LÓPEZ, Antonio María Lara. **El recurso de apelación y la segunda instancia penal**. Pamplona: Thomson Reuters, 2014.

LOZZI, Gilberto. **Lezioni di procedura penale**. 7ª ed. Torino: Giappichelli. 2010.

MACHADO SEGUNDO. Hugo de Brito. Os recursos no novo CPC e a jurisprudência defensiva. *In*: Didier Jr, Fredie (Coord geral). **Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. 2ª ed. Salvador: Juspodium, 2016.

MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal-Tomo I Fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

MAIER, Julio B; PASTOR, Daniel R.; BARBERÁ, Gabriel E. Pérez e SARRABAYROUSE, Eugeni. E. **Derecho processal penal**. Tomo IV. Los procedimientos. Buenos Aires. Ad-Hoc, 2023.

MAIER, Julio. Acerca de la garantía procesal del recurso contra la condena penal e la convenciones internacionales sobre derechos humanos. *In*: MAIER. Julio (org.). **Antología el proceso penal contemporáneo**. 1ª ed. Lima: Palestra editores, 2008.

MALJAR. Daniel. E. **El proceso penal y las garantías constitucionales**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006.

MALJAR. Daniel. E. El proceso penal y las garantías constitucionales. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal Penal**. Tomo I. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEJA, 1951.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. V. II. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. V. IV. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. V.IV Campinas: Millennium, 2000.

MATUSSE, Ângelo. **Direito de Acesso aos órgãos Nacionais competentes e a ser julgado por um Tribunal Imparcial**. Comentário da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e do Protocolo Adicional. Paulo Pinto de Albuquerque (Org). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

MAZZUOLI, Valerio. **Curso de Direito Internacional Público**. Disponível em: Grupo GEN, (15ª edição). Grupo GEN, 2023. E-book.

MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direitos Humanos**. 9ª ed. São Paulo: Grupo GEN; 2021. E-book.

MEDINA, Jose Miguel Garcia. **Direito processual civil**. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELO, Celso de D. Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. V. I. 15 ed. Renovar, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MONTERO AROCA, J. El principio acusatorio entendido como eslogan político. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/4>. Acesso em: 9 fev. 2022.

MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**. Una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de Cristina Murachco.

MORAES, Maurício Zanoide. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudência de suas estruturas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A problemática da tramitação das razões recursais diretamente nos tribunais (art. 600, & 4º do CPP). *In*: ROSA, Alexandre Morais; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Não vale tudo no processo penal**. Florianópolis. Emais, 2022.

MORSELLI, Carlo. **La sentenza penalli**. Torino: Giappichlli. 2003.

MUCHANGA, Adelino Manuel. **Presunção de Inocência**. Comentário da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e do Protocolo Adicional. Paulo Pinto de Albuquerque (Org). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

NABAIS, Casalta José. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Disponível em: Grupo GEN, (45ª edição). Grupo GEN, 2023.

NAVARRO, José Bonet. **Cassación penal e infracción de precepto constitucional**. Navarra: Editorial Aranzadi. 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. Processo civil, penal e administrativo. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

NIEVA FENOLL, Jordi. **El hecho y el derecho en la casación penal**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2010.

NIEVA FENOLL, Jordi. **Fundamentos de derecho procesal penal**. Madrid: Edisofer, 2012.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons., 2010.

NIEVA FENOLL, Jorge. **El derecho y el derecho en la casación penal**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2000.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Foro por prerrogativa de função no processo penal. Investigação, processo e duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NORMANTON, Ana Catharina Machado. **Bloco de constitucionalidade: A estrutura das normas de direitos humanos e seus efeitos no direito brasileiro**. Dissertação. Direito. Mestrado. USP. São Paulo. 2021.

NUCCI, Guilherme. **Curso de direito processual penal**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense. E-book. 2022.

OLIVA SANTOS, Andrés *et al.* **Derecho procesal penal**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

PACELLI, Eugênio. **Curso de direito processual penal**. 25 ed. São Paulo: Atlas. E-book. 2021.

PARMA, Carlos. **Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PASSOS, J.J Calmon. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. **AJURIS. Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul**. Referência: v. 9, n. 25, p. 132–144, jul., 1982.

PASTOR, Daniel R. **La nueva imagen de la casación penal**. evolución histórica y futuro de la dogmática en el derecho procesal penal. Buenos Aires: Ad-Hoc., 2001.

PASTOR, Daniel. **La nueva imagen de la casación penal**: histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal. Impreta: Buenos Aires: Ad-Hoc., 2021.

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

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

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Direitos humanos, Estado de direito e Constituição**. Trad. Paulo Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional** - 10a Edição 2024. São Paulo, Saraiva Jur, 2024.

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de Direitos Humanos**: sistema interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários sobre a Convenção Americana sobre direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. *In*: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**, 8ª ed. Disponível em: Grupo GEN, Grupo GEN, 2018. E-book.

PRADO, Geraldo. **Curso de processo penal**. Tomo I. Fundamentos e sistema. São Paulo: Marcial Pons., 2024.

QUEIROZ, Paulo. **Abolição do parecer ministerial**. 2015. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/abolicao-do-parecer-ministerial/>. Acesso em: 22 jan. 23.

QUÊNIA. Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. **(ACHPR)**. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembléia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981.

QUIROGA, Jacobo Lóez Barja. **Tratado de derecho procesal penal**. Navarra: Aranzadi, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2020a.

RAMOS, André de Carvalho. **O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho; MAHLKE, Helisane. Presunção de Inocência e os Direitos do Acusado. *In*: STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). **O tribunal penal Internacional**: comentários ao estatuto de Roma. Belo Horizonte: D'Plácido. 2020b.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30 ed. Barueri: Atlas. E-book. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disposição dos artigos 93 e 94 do Código Penal. Recurso de ofício provido. **Remessa Necessária Criminal, Nº 50073799320228210059**, Oitava Câmara Criminal, TJ do RS, Rel.: Naele Ochoa, Julgado em: 27-09-2023.

ROBLES, Manuel E. Ventura; GARETTO, Daniel Zovatto. **La naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. San José. IIDH. Vol. 7. 1988.

ROETS, Damien. **Impartialité et justice pénale**. Paris: Cujas, 1997.

RORAIMA. Tribunal de Justiça de Roraima. TJRR – **AgInst 0000.17.000167-1**, Rel. Des. Mozarildo Cavalcanti, Segunda Turma Cível, julg.: 19/10/2017, public.: 31/10/2017). 2017
<https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml;jsessionid=GomIAIGn-4M3jLkjLiOTHDu4OwlW6QWJUdVRFjh.prod-oraclelinux8-wildfly1-base>. Acesso em 16 nov. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema de derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1972.

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

SANTIAGO NETO, José de Assis. O devido processo legal e o (in) devido processo penal brasileiro. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 3, n. 01, p. 164-178, 1 ago. 2017.

SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: DelRey, 2012.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre. Livraria dos advogados, 2007.

SARLET, Ingo. **Valor de alçada e limitação do acesso a duplo grau de jurisdição**. Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. Brasília a 33 n.131 julho/setembro. 1996.

SGARBI, Adrian. **Introdução à teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SIDOU, José Maria Othon. **Os recursos processuais na história do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal. III**. 2ª ed revisada e atualizada. Lisboa: Verbo, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOLIMINE. Marcelo A.; PIROZZO. Jorge D. **Recursos y otros remédios para el control de las decisiones de jueces y fiscales**. 1ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

SOTGIU, Giuseppe. **La cassazione penale**. Padova: Cedam, 1947.

SOTTANI, Sergio, I riflessi della normativa internazionale e delle riforme interne sul sistema delle impugnazioni, *In* Gaito (org.), **Le impugnazioni penali**, Torino: UTET, 1998.

SOULIER, Gérard. O processo penal na democracia. *In*: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processo penal e direitos humanos**. Trad. Fernando de Freitas Barueri: Manole, 2004.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias processuais penais?** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v.3. Disponível em: Grupo GEN, (56ª edição). Grupo GEN, Ebook. 2023.

TOSI, Renzo. **Dicionário de sentenças latinas e gregas**. 10.000 citações da Antiguidade ao Renascimento no original e traduzidas com comentário histórico, literário e filológico. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. V. 1. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**. Jurisdição, ação e processo, estudo sistemático. São Paulo: RT, 2002.

UBERTIS, Giulio. **Il processo penale**. Bolonha: Il Mulino, 2008a.

UBERTIS, Giulio. **Il processo penale**. La verifica dell'accusa. Bolonha: Il Mulino, 2008b.

URANI, Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes. **Modos de obtenção do convencimento do julgador**: análise dos sistemas processuais penais. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

URANI, Marcelo Fernandez. O Pacto de São José da Costa Rica e seu impacto no processo penal brasileiro. **Boletim Informativo IBRASPP**, v. I, p. 20-22, 2014.

URANI, Marcelo Fernandez. Habeas Corpus como medida impugnativa colateral. *In*: REIS, Anna Maria; LEMOS, Bruno Espiñeira; COLAVOPE, Luís Eduardo; MATTOS FILHO, Maurício. (Org.). **Habeas Corpus**. Teoria e prática. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2023.

URANI, Marcelo Fernandez; SILVA, Edimar Carmo. **Manual de direito processual penal acusatório. doutrina e jurisprudência**. 2. ed. V. I Curitiba: Juruá, 2017.

VARELLA, Marcelo; ECHEVERRIA, Andrea Dantas. A construção do direito ao duplo grau de jurisdição nas cortes europeia e interamericana de direitos humanos. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 23, n. 1, 2018. p.01-15. p.02.04.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal. Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. 2 ed. São Paulo: RT, 2020.

VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid: La ley, 1993.

VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justiça (TSJ). **Sentença nº 54**. Disponível em: <http://www.tsj.gob.ve>. Acesso em 10 out. 2023.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI. **Curso avançado de processo civil**. V. II. 16 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WINTER, Bachmaier Lorena. Acusatorio versis inquisitivo. reflexiones acerca del proceso penal. *In*: BACHMAIER WINTER, Lorena (org.). **Procesal penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons., 2008.

WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnação no sistema processual constitucional brasileiro. *In*: WUNDERLICH (Org). **Escritos de direito e processo penal e, homenagem ao professor Paulo Claudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 4ª ed. Revista dos Tribunais, 2002.