

**Convenção Americana de Direitos Humanos****Second tier of judicial authority and American Convention on Human Rights**

DOI:10.34117/bjdv6n2-079

Recebimento dos originais: 30/12/2019

Aceitação para publicação: 07/02/2020

**Eduardo Cazellatto**

Advogado, Mestrando em Direito da Saúde: dimensões individuais e coletivas pela UNISANTA.

Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Católica de Santos. Endereço: Rua Libero Badaró, 659, sala 11 - Vila Assunção - Praia Grande, SP - Brasil. CEP: 11704-070. E-mail: educazellatto@hotmail.com

**Renata Salgado Leme**

Advogada, Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito/USP. Professora titular do curso de Graduação e do Mestrado de Direito da Saúde: dimensões individuais e coletivas da UNISANTA.

Endereço: Praça Dom Idílio José Soares, 42, cj. 66 - Centro - Santos, SP – Brasil. CEP: 11013170. E-mail: renataleme@aasp.org.br

**RESUMO**

O presente artigo analisa o duplo grau de jurisdição sob a ótica da Convenção Americana de Direitos Humanos. No Brasil, sempre se sustentou que o duplo grau de jurisdição só é aplicável quando o regramento constitucional preveja tal possibilidade, não se admitindo em toda e qualquer hipótese. Lado outro, a Convenção Americana contém tal previsão sem ressalvas. O problema é evidente sob dois aspectos: (i) apesar da restrição do foro por prerrogativa de função nos moldes decididos na Ação Penal nº 937, continua possível o julgamento originário por tribunais de diversas autoridades no Brasil, impedindo, nos termos da Constituição, o exercício de tal direito; (ii) mas não se trata de um problema exclusivo das pessoas julgadas originariamente por tribunais ou Cortes superiores, o caso Mohamed Vs. Argentina, trata de réu julgado originariamente em primeira instância, cujo processo percorreu as duas instâncias ordinárias e ainda assim, a Corte Interamericana entendeu que se violou o duplo grau. No atual cenário jurídico, quando o Estado promove um verdadeiro ataque aos direitos fundamentais, parece-nos interessante reforçar o debate lançando outras luzes sobre o problema.

**Palavras-chave:** direito de recurso; duplo grau de jurisdição; direitos humanos e fundamentais; Convenção Americana de Direitos Humanos.

**ABSTRACT**

This article analyzes the second tier of judicial authority from the point of view of the American Convention on Human Rights. In Brazil, the second tier of judicial authority is only applicable when the constitutional rule provides this possibility, and is not allowed in any case. On the other hand, the American Convention contains such a provision without any reservation, The problem is evident in two aspects: (i) despite of the restriction of the forum by function prerogative, in the manner decided in the criminal action nº 937, the original trial by courts of several authorities in Brazil continues possible, preventing, under the terms of our constitution, the exercise of this right; (ii) it is not a problem exclusively of persons judged by the courts of first instance or higher courts, the case of Mohamed v. Argentina, in particular, is a defendant originally tried at first instance, the proceedings of which were carried out by the two ordinary courts and even so, the Inter-American Court found that the second tier was violated. In the current legal scene, when the state seems to promote a real attack on fundamental rights, it seems interesting to reinforce the debate on the subject, shedding another light on the problem.

**Keywords:** right to appeal; second tier of judicial authority; human rights; American Convention on Human Rights.

## 1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de se garantir o duplo grau de jurisdição a toda e qualquer pessoa, seja ela detentora ou não, de foro por prerrogativa de função, é alvo de acirradas discussões.

Conquanto o constituinte tenha elencado como direito fundamental o contraditório e ampla defesa com seus *recursos* inerentes, não o fez quanto ao duplo grau de jurisdição. Diante de tal “omissão”, o direito ao duplo grau de jurisdição, amparado por respeitáveis vozes, tem sido considerado regra jurídica ou “mera possibilidade” de acordo com o direito interno.

Ocorre, porém, embora não se negue seus bons argumentos, não é o que tem entendido a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual já se pronunciou, que o direito ao duplo grau de jurisdição é garantia mínima, assegurada a qualquer pessoa, sem exceções.

Na primeira parte do trabalho, esboçam-se os fundamentos da temática recursal, abordando-se também o conceito de recurso e de duplo grau de jurisdição.

Em seguida, passa-se a analisar o duplo grau como regra ou princípio; direito fundamental ou direito humano.

Por fim, analisa-se o entendimento da Corte Interamericana sobre a extensão da expressão recurso contida na Convenção Americana de Direitos Humanos e sinaliza-se possíveis caminhos.

A presente pesquisa-se funda-se em textos doutrinários e julgados proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nosso intuito com este estudo, contudo, é modesto.

Não há pretensão de enfrentar a temática de modo exaustivo: o objetivo é sinalizar um provável problema e fornecer possíveis respostas.

## 2 AS DISTINÇÕES ENTRE RECURSO E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

É do inconformismo da parte vencida e da falibilidade do órgão julgador, seja a decisão proferida singular ou colegiadamente, que surgem os recursos. Há quem diga também, que a maior experiência dos julgadores que integram os órgãos para quem se recorre - o juízo *ad quem* -, em regra, composto por magistrados de longa carreira, tornariam as decisões “tecnicamente” mais corretas e conseqüentemente “mais justas”. Estes são, basicamente, e em termos gerais, os fundamentos que justificam a existência dos recursos.

Mas para se falar em decisões tecnicamente mais corretas, é necessário ainda abordar o que grandes estudiosos do assunto apontam na temática recursal como conteúdo principiológico. Dois deles confrontam-se e necessariamente precisam ser harmonizados.

De um lado, o *princípio da justiça*, que leva a pensar que quanto mais se examinar uma decisão, mais possível será a perfeita distribuição da justiça. Lado oposto, a *certeza jurídica*, impondo brevidade, a exigir que a decisão seja proferida de uma vez por todas, sem procrastinações inúteis (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2005, p. 23).

Explanados tais fundamentos, pode-se afirmar que o direito de recorrer decorre, não só do direito fundamental ao contraditório e da ampla defesa, mas do próprio *devido processo legal*, também elencado como direito fundamental em nossa Carta Política. Além disso, a Constituição Federal ao dizer que não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, faz com que nossos processualistas entendam que recorrer, nada mais é do que prolongar o direito de ação dentro do mesmo processo (DEZEM, 2015, p. 678). Portanto, um desdobramento da inafastabilidade da jurisdição.

Mas tal direito, embora fundamental ao exercício do contraditório e da ampla defesa, regra geral, e como quase todos os demais direitos, não se reveste de caráter absoluto, podendo sofrer limitações advindas do texto constitucional ou mesmo da legislação ordinária, sem que com isso se alegue qualquer violação aos preceitos da cláusula maior e geral do devido processo legal. Aliás, obedecidos certos parâmetros, “que direitos tenham restrições e que possam ser restringidos parece ser uma ideia natural, quase trivial” (ALEXY, 2017, p. 276).

Há, entretanto, um lembrete para a compreensão deste estudo que não pode ser esquecido: falar em recurso, e em especial, em duplo grau de jurisdição, é também falar em devido processo. Tais termos, cujos conteúdos sofreram - e ainda sofrem - ao longo dos tempos suas releituras, devem estar sempre entrelaçados. O acúmulo histórico a respeito do entendimento do que é um *devido processo* não pode deixar de ser objeto de reflexão.

O que se entendia por devido nos tempos absolutistas, não foi que se entendeu no século XX. Ainda mais quando, incorporados no texto constitucional, deve-se observar a regra hermenêutica proibindo, em direitos fundamentais, o retrocesso (DIDIER Jr, 2017, p. 44-45). Noutros termos, o que se entendeu por recurso ou, por duplo grau de jurisdição, em certo período, pode não ser o mesmo dos dias atuais.

Embora escape ao escopo do trabalho a análise minuciosa do que “pode” ser considerado recurso - no sentido técnico -, há certa harmonia entre os processualistas quanto ao alcance da expressão: é uma das formas de se impugnar uma decisão, realizada de forma *voluntária* e na *mesma*

relação processual, visando a invalidação, a reforma, o esclarecimento ou a integração de determinado pronunciamento judicial. Ratificando tal definição:

Os recursos são meios voluntários de impugnação das decisões, utilizados antes da preclusão e na mesma relação jurídica, aptos a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão. Já as ações autônomas de impugnação, que também funcionam como meio para impugnação de decisões judiciais, dão origem a uma nova relação jurídica [...] (DEZEM, 2015, p. 678).

A mesma conformidade permanece quando se aborda o que é e a abrangência do duplo grau de jurisdição: a possibilidade de amplo reexame da matéria fática, probatória e jurídica, realizada por órgão diverso do que proferiu a decisão impugnada.

Portanto, a reanálise do caso em julgamento não fica adstrita a violação e/ou correta interpretação/aplicação da lei ou da Constituição, tal como incide, via de regra, nos recursos extraordinários *lato sensu*, a saber, o recurso especial (art. 105, inc. III da CF) e o extraordinário (art. 102, inc. III da CF). Também não se restringe aos limites voto vencido, como ocorre com os embargos infringentes (art. 609, parágrafo único do CPP).

Assim, para que se possa falar em duplo grau de jurisdição, é preciso que o órgão *ad quem* realize integralmente o reexame da matéria apreciada pelo juízo *ad quo*, o qual, nos termos do ordenamento pátrio, é exercido pelo recurso de apelação, cuja interposição devolverá ao tribunal a apreciação de toda a matéria, fática e jurídica (LIMA, 2011, p. 75).

Estabelecidos tais conceitos, cabem ainda duas advertências: a) tenha-se claro que o duplo grau de jurisdição, na sistematização do direito pátrio, é exercido por órgão diverso, mas não necessariamente por de maior hierarquia na estrutura do Judiciário. Não há necessária verticalidade, tal como nos Juizados Especiais, onde “os recursos são endereçados ao Colégio Recursal, que é composto por juízes de primeira instância” (TAVARES, 2000, p.178) e b) pode existir o duplo grau sem necessariamente existir recurso, compreendido como ato voluntário <sup>1</sup>, portanto, quando nos referirmos a duplo grau de jurisdição, não incluiremos o reexame necessário, ante a ausência de voluntariedade.

### **3 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO PRINCÍPIO OU COMO REGRA JURÍDICA**

Os fundamentos, a natureza jurídica e conceito acerca dos recursos e do duplo grau de jurisdição são semelhantes, mas prosseguindo, percebe-se que as conformidades descritas terminam quando se pretende assentar o duplo grau como direito fundamental e princípio constitucional e/ou

<sup>1</sup> É o caso, por exemplo, quando da sentença concessiva de *habeas corpus* dos juízes em primeira instância (art. 574, inc. I, do CPP), da absolvição sumária no Júri (art. 574, inc. II do CPP), da decisão que concede reabilitação criminal (art. 746 do CPP) etc.

como direito humano, ou ainda, pura e simplesmente, como mera possibilidade jurídica, de acordo com o direito vigente. Respeitáveis vozes (LOPES JR, 2013) tentam extraí-lo de outros princípios, como o direito de defesa e do devido processo legal, mas não foi o duplo grau de jurisdição expressamente previsto pela Carta de 1988 <sup>2</sup>.

Alinhando-se ao pensamento supra, Gilmar Ferreira Mendes sustenta:

No modelo constitucional brasileiro o direito ao duplo grau de jurisdição não se realiza em todos os feitos e em todas as instâncias. Não se reconhece direito a uma contestação continuada e permanente, sob pena de se colocar em xeque um valor da própria ordem constitucional, o da segurança jurídica, que conta com especial proteção (coisa julgada). Se a Constituição consagra a competência originária de determinado órgão judicial e não define o cabimento de recurso ordinário, não se pode cogitar de um direito ao duplo grau de jurisdição [...] (MENDES; BRANCO, 2011, p. 439/441)

Em outras palavras, haverá o direito ao duplo grau sempre que o texto constitucional prever tal possibilidade, ainda que realizada por Cortes Superiores, v.g. nas hipóteses do julgamento em recurso ordinário pelo Supremo Tribunal Federal do crime político (art. 102, inc. II, “b” da CF) e do julgamento em recurso ordinário pelo Superior Tribunal de Justiça das causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País (art. 105, inc. II, “c” da CF). Nestes casos, tais tribunais funcionam como cortes de apelação, reexaminando a matéria fática, probatória e jurídica efetivada pelas instâncias originárias.

Portanto, o duplo grau de jurisdição, consubstanciado pelo total e irrestrito reexame da matéria posta em julgamento pela instância inferior, fica condicionado as regras já estabelecidas pela Carta Política e assim, para tal corrente, trata-se apenas de mera regra, não se cogitando elencá-lo como princípio, “ou ele incide ou não incide. Ou há a previsão legal para um segundo julgamento, ou não há, ajustando-se à noção de *all or nothing*” (TEIXEIRA, 2008, p. 341).

Essa definição é a mais recorrente em termos doutrinários e jurisprudenciais, mas há quem sustente a ideia de que o *tudo ou nada* das regras não pode ser imposto de modo absoluto, há regras que contém expressões cujo âmbito de aplicação não é previamente delimitado, ficando o interprete encarregado de decidir pela sua incidência, o que demonstra que o critério acima exposto só tem sentido quando todas as questões relacionadas a validade, sentido e subsunção estiverem superadas (ÁVILA, 2005, p. 39) <sup>3</sup>.

<sup>2</sup> O único texto a prevê-lo expressamente foi a Constituição de 1824. Essa a razão da grande divergência.

<sup>3</sup> No mesmo sentido conferir: SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630.

No âmbito da Convenção, a alegação de que duplo grau de jurisdição se trata de regra jurídica, adiante-se, não encontra respaldo, encaixando-se muito mais a ideia de princípio, em se considerando as distinções formuladas pelos estudiosos do tema.

#### **4 OS DEITOS HUMANOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

É clássica a distinção entre os direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, embora se prestem a interesses mais acadêmicos do que práticos.

Falar em direitos do homem é necessariamente falar em jusnaturalismo, direitos não positivados. Em tese, não se encontram previstos em textos constitucionais ou tratados internacionais. Na atualidade, entretanto, dificilmente se cogita de algum direito do homem que não tenha sido previsto normativamente (MAZZUOLI, 2013, p. 852).

Já quando se fala em direitos fundamentais, se está a referir necessariamente sobre matéria constitucional. O direito constitucional positivo de cada Estado. Nos dias atuais e nos estados democráticos, principalmente aos que optam por um modelo de constituição tida por extensa, há um grande rol de direitos fundamentais em seus textos, tal como no nosso.

Por sua vez, direitos humanos dizem respeito a matéria do direito internacional público o qual se encontram positivados em tratados. Guardam sim, suas semelhanças com os fundamentais, mas pode ocorrer de nem todos os direitos humanos previstos em documentos internacionais estarem previstos no rol de direitos fundamentais dos textos constitucionais.

À guisa de exemplificação, o direito ao nome no Brasil é matéria reservada ao Código Civil, não existindo no texto constitucional qualquer correspondência nesse sentido. Mas tal dispositivo existe na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 18), cuja previsão se faz necessária, principalmente quando referido tratado busca resguardar os chamados Estados subdesenvolvidos, “deformados por profunda desigualdade social, nas quais o número de crianças não registradas ou abandonada é considerável” (COMPARATO, 2013, p. 382).

Mas a Constituição faz tal distinção? Quem responde é mais uma vez, Valério Mazzuoli:

[...] quando o texto constitucional brasileiro quer fazer referência, mais particularmente, aos direitos nele previstos, utiliza-se da expressão “direitos fundamentais”, como faz no art. 5, § 1º, [...] Por sua vez, quando o mesmo texto constitucional refere-se às normas internacionais de proteção da pessoa humana, faz referência à expressão “direitos humanos”, tal como no § 3º do mesmo art. 5º, segundo o qual “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. (2013, p. 853)

Desta maneira, pode-se dizer que no plano dogmático, o constituinte estabeleceu seus critérios para distinguir um direito de outro, mas tais distinções - direitos fundamentais e humanos -, apesar da “técnica” textual, não são relevantes em termos práticos. Assim,

[...] Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que a sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente -, nos campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional. (SARLET, 2015, p. 32-33).

A Constituição Federal tem compromisso, tantos com os direitos e garantias fundamentais expressos em seu texto, como os direitos humanos reconhecidos nos textos internacionais. Ainda mais quando se deve ter em mente que na hipótese de direitos humanos previstos em tratados estiverem em conflito com direitos fundamentais do direito interno, deve prevalecer a norma que proteja de modo mais efetivo o ser humano. Daí que, tais distinções, perdem a essência de qualquer debate quando analisados sob a da proteção do indivíduo <sup>4</sup>.

A previsão conferindo *status* constitucional aos tratados sobre direitos humanos - aprovação em cada Casa do Congresso em dois turnos, por três quintos de votos - parece não fazer sentido, seja em razão da interpretação supra, seja em razão da Convenção Americana, pois o Brasil não realizou qualquer reserva quando de sua assinatura e ainda, pelo fato de que o § 2º do art. 5º da Constituição afirmar que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” <sup>5</sup>.

Sob esses argumentos poderíamos concluir parcialmente que o duplo grau de jurisdição, embora não inserido formal e expressamente no texto constitucional, não deixa de ser um direito fundamental. Mas sob a ótica positivista, cuida-se de um direito humano.

## 5 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

No plano internacional, o direito ao duplo grau de jurisdição é, há muito, debatido. Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos também não o assegure de forma expressa, nos sistemas

<sup>4</sup> O STF, embora reconhecendo *status* supraconstitucional aos tratados sobre direitos humanos no julgamento do Recurso Extraordinário 466343/SP - prisão civil do devedor-fiduciante - de certo modo, utilizou tal regra de interpretação – maior proteção -, na medida em que em nossa Carta é possível a prisão civil do depositário infiel.

<sup>5</sup> Entendimento diverso é conferido pelo Tribunal Constitucional do Peru, onde há dispositivo prevendo rito qualificado para incorporação de tratados conferindo-lhes *status* de norma constitucional. Entende a Corte “que a exigência do procedimento qualificado de reforma somente se aplica para os tratados que afetem ou alterem diretamente a Constituição, o que não abrange as hipóteses de normas internacionais que promovam o desenvolvimento e complementação das normas constitucionais existentes” (DANTAS, 2017, p. 255).

regionais, ou mais especificamente, na Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Protocolo adicional nº VII de 1984, assegurou em seu art. 2.1 o “direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal”, cabendo a cada Estado a implementação e regulamentação do exercício de tal direito<sup>6</sup>.

Contudo, referido tratado, comporta duas importantes exceções, que são sintetizadas por Luiz Flávio Gomes: “(a) condenação imposta pelo tribunal máximo do país; (b) caso de condenação imposta em razão de recurso contra sentença absolutória” (GOMES; CUNHA; MAZZUOLI, 2009, p. 135). Assim, não se cogita de qualquer violação a direitos humanos, pois ‘há ressalva expressa a permitir o julgamento de quaisquer pessoas pelo mais alto tribunal do país, sem que tal configure violação ao duplo grau de jurisdição’ (MAZZUOLI, 2013 a, p. 7).

Já em nosso sistema regional, mesmo os réus que detêm foro por prerrogativa de função, segundo a sistemática da Convenção Americana, devem ser julgados por juiz ou instância judiciária inferior, eis que a regra do duplo grau é absoluta e não há qualquer distinção sobre tipo de pessoa ou agente para fins de aplicação. (MAZZUOLI, 2013 a, p. 7).

Sob tais fundamentos, pode-se sustentar que o STF quando do julgamento da Ação Penal nº 470 (*Mensalão*), violou o duplo grau de jurisdição, ainda que tenha admitido os embargos infringentes após acirrada discussão sobre a sua recepção pela Constituição<sup>7</sup>. É que apesar do único recurso cabível fosse os infringentes previstos em Regimento Interno, tal recurso encontrava a limitação da divergência parcial existente nos votos anteriores e ainda, julgados pelo plenário do Supremo, não foi possível que aqueles réus tivessem analisadas suas postulações por órgão diverso do que proferiu a decisão. Some-se a isso, que de todos os acusados, somente três exerciam mandato como parlamentares, portanto, amparados pelo foro perante o Supremo; os demais, foram atraídos pela regra da conexão.

Quanto a este aspecto, esclarecedores os casos *Leiva Vs. Venezuela.* e *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, julgados pela Corte Interamericana: Barreto Leiva, funcionário do mais alto escalão da Presidência da República, não era detentor de foro por prerrogativa, mas, acusado de ser coautor de crimes praticados pelo então Presidente e Parlamentares Venezuelanos, teve, por conta da conexão, seu julgamento atraído perante a Suprema Corte que o condenou.

<sup>6</sup> Na Itália, a implementação do duplo grau de jurisdição já é bem debatida pela doutrina, porém encontra certa resistência por parte do Judiciário. Nesse sentido, confira-se: SOTTANI, Sergio. **I riflessi della normativa internazionale e delle riforme interne sul sistema delle impugnazioni.** p. 55-74.

<sup>7</sup> Resumidamente, o que ocorreu foi que os infringentes, eram previstos no Regimento Interno do Supremo, e como é cediço, regimentos internos, não podem criar recursos. Contudo, prevaleceu o entendimento que aquela previsão regimental, foi recepcionada pela atual Constituição, pois à época de sua redação, o STF detinha competência constitucional anômala para fazê-lo e, tendo compatibilidade material e formal com a constituição vigente quando de sua elaboração, não tendo sido declarada inconstitucional sob a égide das constituições anteriores, prevaleceu o entendimento de que o dispositivo regimental foi recepcionado pela atual Constituição com *status* de lei ordinária.

Levado o caso a Corte Interamericana, a Corte considerou que não há incompatibilidade dos foros especiais com a Convenção, no entanto:

[...] el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso <sup>8</sup>.

No mesmo sentido foi o julgamento do caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, onde a Corte reiterou o mesmo entendimento acima descrito <sup>9</sup>. Logo, não tendo os Estados signatários da Convenção formulado qualquer reserva – tal como o Estado brasileiro não o fez – o reconhecimento de que se violou um direito humano se impôs.

### 5.1 O CASO *MOHAMED Vs. ARGENTINA*

O caso *Mohamed Vs. Argentina*, embora não único, é razoavelmente recente e o que mais pode nos impactar. Tem início no ano de 1992 quando o motorista de ônibus *Oscar Alberto Mohamed* no exercício de sua profissão - direção de veículo automotor -, teria em razão de um atropelamento, causado a morte de uma senhora, terminando por ser processado por homicídio culposo.

Obedecidos os trâmites do direito interno, o Ministério Público postulou pela condenação de *Mohamed* a um ano de prisão e inabilitação especial por seis anos. A justiça de primeiro grau - *Juzgado Nacional en lo Correccional n° 3* – entretanto, proferiu sua sentença absolvendo *Mohamed* da imputação.

Diante de tal decisão, a acusação então apresentou sua apelação a Corte local e em fevereiro de 1995 a *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional* - o tribunal de segunda instância argentino -, proferiu sentença condenando-o. Não havia, no entanto, segundo o direito interno daquele Estado, qualquer previsão de se recorrer ordinariamente contra a decisão condenatória proferida pela *Cámara Nacional de Apelaciones*, restando ao condenado somente o *recurso extraordinario federal* - semelhante ao nosso recurso especial -, que sequer ultrapassou o juízo de admissibilidade.

Diante da impossibilidade de se recorrer ordinariamente, o caso foi submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1996 - um ano após a condenação pelo tribunal -, tendo sua admissibilidade ocorrido quando já ultrapassados 10 anos de sua condenação, no ano de 2005.

No ano de 2012, a Corte Interamericana reconheceu que o Estado Argentino violou uma série de direitos previstos na Convenção Americana, em especial, a garantia judicial mínima de *recorrer da*

<sup>8</sup> *Leiva Vs. Venezuela*. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_206\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf). Acesso em 12-07-19.

<sup>9</sup> *Liakat Vs. Suriname*. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_276\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf). Acesso em 12-07-19.

*sentença para juiz ou tribunal superior* (art. 8.2 h). Embora reconhecendo um processo criminal de duas instâncias e a condenação proferida somente no tribunal de apelação, que reformou a sentença absolutória de primeiro grau -, a Corte afastou qualquer possibilidade de alegação por parte do Estado Argentino, em sustentar que a garantia mínima, consagrada no artigo 8.2.h da Convenção permitiria exceções previstas no direito interno dos Estados signatários e assim se pronunciou:

99. La Corte ha sostenido que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. 100. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que 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. 101. Además el Tribunal considera que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral <sup>10</sup>

Como se vê, no entendimento da Corte Interamericana, o conceito e alcance do duplo grau de jurisdição deve ser entendido, independentemente do regramento recursal de cada Estado-parte e até mesmo da nomenclatura conferida ao meio de impugnação manejado. O conceito de recorrer mencionado pelo dispositivo da Convenção, portanto, assegura ao acusado que seu recurso analise questões fáticas e probatórias em que se fundaram a sentença condenatória,

[...] el sistema procesal penal argentino que fue aplicado al señor Mohamed 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 de la Convención Americana, y también ha constatado que el recurso extraordinario federal y el recurso de queja, en tanto salvaguarda de acceso al primero, no constituyeron en el caso concreto recursos eficaces para garantizar dicho derecho <sup>11</sup>.

Diante da decisão acima transcrita, parece não existir dúvida que o conceito de recurso mencionado pela Convenção Americana de Direitos Humanos é na verdade, mais do que um meio de impugnação judicial qualquer e não se trata de mera regra jurídica. Os Estados partes devem se comprometer a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições da

<sup>10</sup> *Mohamed Vs. Argentina*. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_255\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf). Acesso em 05-08-2018.

<sup>11</sup> *Mohamed Vs. Argentina*. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_255\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf). Acesso em 05-08-2018.

Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza – o que inclui as de natureza constitucional, judiciais etc. - que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades nela previstos.

## 6 POSSÍVEIS CAMINHOS

Ainda que exista judiciosa corrente doutrinária sustentando que o duplo grau de jurisdição não pode ser exercido contra acusados absolvidos em primeira instância, não se admitindo assim, que o Ministério Público possa exercê-lo contra sentenças absolutórias (MAIER, *apud*, BADARÓ, 2017, p. 23), o fato é que se trata de corrente minoritária e não encontra amparo no sistema judicial brasileiro. Contudo, em favor do acusado, detentor ou não de foro por prerrogativa, a questão deve ser objeto de reflexão.

Notem que no âmbito da Corte, é frequente a ideia de que os Estados signatários da Convenção devem adotar, não só medidas legislativas, mas outras medidas para se respeitar tal garantia “mínima”.

Apesar de o STF ter firmado entendimento no âmbito da Ação Penal nº 937 de que, as normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função devem ser interpretadas restritivamente, aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele e que mesmo que o crime tenha sido cometido após a investidura no mandato, se o delito não apresentar relação direta com as funções exercidas, também não haverá foro privilegiado (STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018), será possível ainda, interpretando-se o julgado *contrario sensu*, que relacionados ao cargo e durante o seu exercício, o foro por prerrogativa continua vigente <sup>12</sup>.

Sendo os detentores de foro por prerrogativa julgados originariamente pelos tribunais de segunda instância, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, o caso não oferece grandes dificuldades: enquanto não se adotarem as medidas legislativas, podem os órgãos hierarquicamente superiores, no caso o STJ e o STF, respectivamente, conhecerem dos recursos sem o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, funcionando as Cortes superiores como verdadeiros tribunais de apelação, seja por mera fungibilidade recursal ou até, por mera técnica de julgamento, que frise-se, encontra amparo na Convenção, já que não se fala exclusivamente em medidas legislativas.

Caminho diverso, contudo, deverá ser realizado quando o detentor do foro tiver o seu julgamento previsto originariamente perante o Supremo Tribunal Federal. Neste caso, ou esvazia-se a competência originária do referido órgão para outro hierarquicamente inferior, ou o julgamento de ações penais deve ficar adstrita aos órgãos fracionários, com recurso para o pleno da Suprema Corte,

---

<sup>12</sup> O STJ também já firmou entendimento no mesmo sentido. Confira-se: STJ. Corte Especial. APn 857/DF, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 20/06/2018 e STJ. Corte Especial. APn 866/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 20/06/2018.

sem a participação do julgador ou julgadores originários, tal como já se decidiu nos casos *Leiva Vs. Venezuela.* e *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname.*

Nos casos onde o acusado tenha seu julgamento originário em primeiro grau de jurisdição, caso absolvido em primeira instância e condenado pelo tribunal de apelação, para que seja efetivada as disposições da Convenção, no manejo de seu recurso especial, deve o Superior Tribunal de Justiça, analisá-lo primeiramente como mera apelação, e somente não se admitindo e negado provimento ao apelo, analisar os fundamentos jurídicos do especial.

## 7 CONCLUSÕES

O direito ao duplo grau de jurisdição não se trata de mera possibilidade ou regra jurídica. Pode-se elenca-lo como princípio, em se adotando a clássica distinção doutrinária, ou mera técnica de julgamento, quando mencionamos que os caminhos não se resumem a alterações do ordenamento. Pouco importa elencá-lo como direito fundamental ou como direito humano. A luz da Convenção, os Estados-partes devem adotar medidas, em especial, medidas legislativas, para efetivá-lo, não havendo qualquer possibilidade de alegação para seu descumprimento em razão de disposições do direito interno de cada Estado. Trata-se de garantia mínima e eventual nomenclatura do meio de impugnação é irrelevante.

Apesar da restrição do foro por prerrogativa, aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele, continua valendo tal possibilidade. Deve-se, no entanto, flexibilizar o juízo de admissibilidade quando tais detentores sejam julgados originariamente pelos tribunais ou pela Cortes Superiores, excetuados os casos do julgamento originário pelo STF, onde o julgamento pode cingir-se aos órgãos fracionários, com recurso para o pleno. Nos casos de acusado com julgamento originário em primeiro grau, absolvido em primeira instância e condenado em apelação provida pelo Ministério Público, em recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça deverá analisá-lo primeiramente como corte ordinária.

Em tempos onde o foro por prerrogativa ganha cada vez mais opositores, efetivar tal direito, não será das tarefas mais difíceis, já que nos julgamentos originários realizados em primeira instância, a sua concretização, não é algo que pode se reputar de difícil solução.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** (tradução: Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. São Paulo. Malheiros, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed., rev., São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). ***Leiva Vs. Venezuela***. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_206\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf). Acesso em 12-07-19

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). ***Liakat Ali Alibux Vs. Suriname***. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_276\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf). Acesso em 12-07-19.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). ***Mohamed Vs. Argentina***. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_255\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf). Acesso em 05-08-2018.

DANTAS, Eduardo Souza. **O Tribunal Constitucional do Peru**. In: Cortes Constitucionais e Supremas Cortes. BRANDÃO, Rodrigo (org.). Salvador: JusPODVM, 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. rev., atual. e ampl., v. 1. Salvador: JusPODVM, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 6.

GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. v. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **O caso Mensalão e a regra do duplo grau de jurisdição**. *Boletim IBCCRIM*. n. 248, v. 21, 2013, p. 7-9

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630.

SOTTANI, Sergio. **I riflessi della normativa internazionale e delle riforme interne sul sistema delle impugnazioni**. In: Gaito (org.), *Le impugnazioni penali*, s.d. p. 55-74

TAVARES, André Ramos. **Análise do Duplo Grau de Jurisdição como Princípio Constitucional**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 30, p. 177-186. Jan – Mar, 2000.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Análise fragmentada do duplo grau, enquanto regra de direito**. *Revista de Processo*, vol. 158/2008, p. 337 – 362. Abr., 2008