

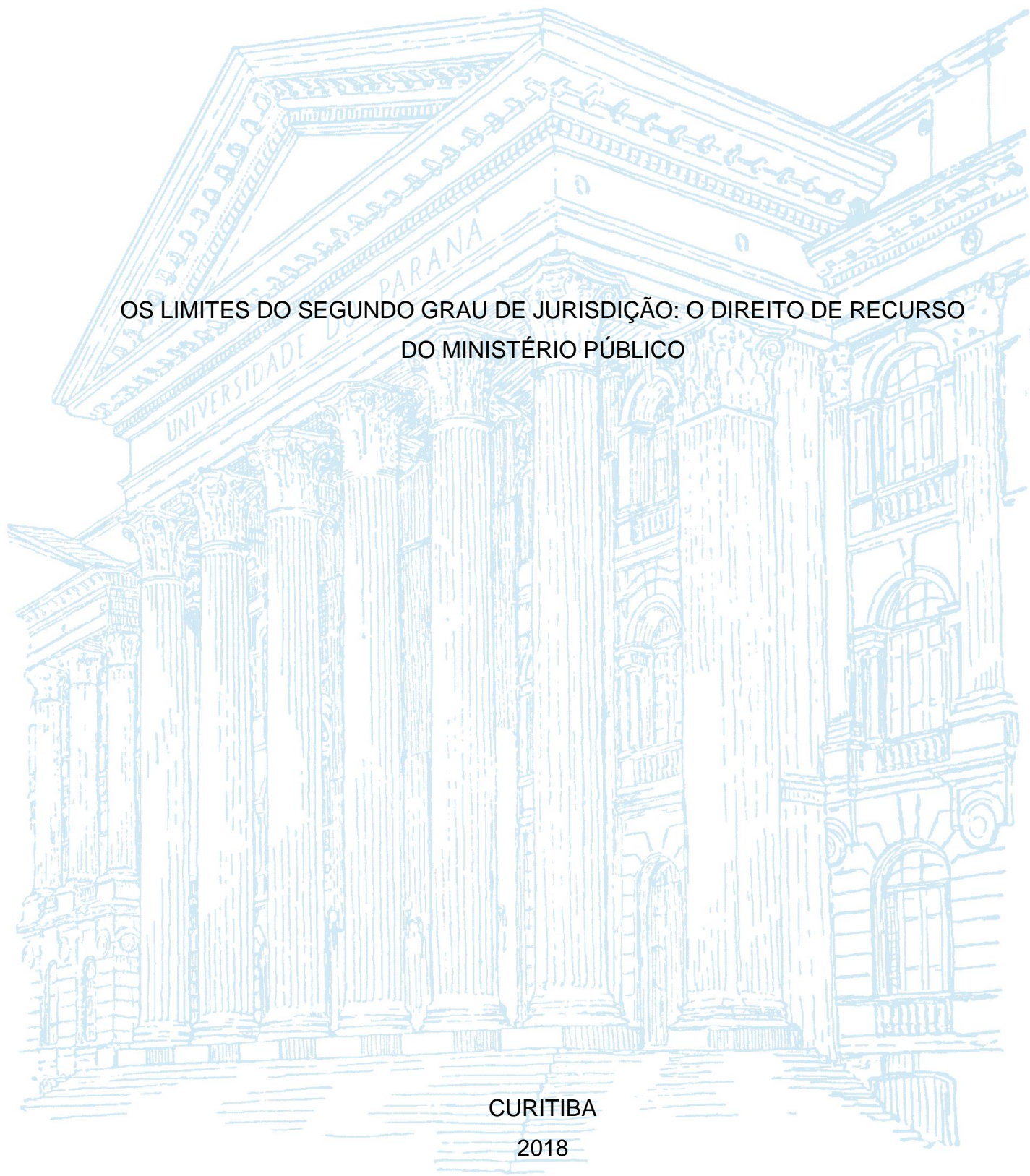
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HERICKSON MARCEL CRUZ

OS LIMITES DO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO: O DIREITO DE RECURSO
DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CURITIBA

2018



HERICKSON MARCEL CRUZ

OS LIMITES DO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO: O DIREITO DE RECURSO
DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof(a). Dr(a). Érica de Oliveira Hartmann

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

HERICKSON MARCEL CRUZ

OS LIMITES DO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO: O DIREITO DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof(a). Dr(a). Érica de Oliveira Hartmann

Orientador(a) – Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR

Prof(a). Dr(a). Guilherme Brenner Lucchesi

Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR

Prof(a). Dr(a). Rui Carlo Dissenha

Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR.

Cidade, 07 de novembro de 2018.

AGRADECIMENTOS

Chega-se um ponto na vida em que percebemos que o caminho que trilhamos, por si só, pode não ser suficiente para afagar os anseios da alma. Mais importante que o objetivo que se pretende alcançar, são as pessoas que participaram em cada momento de nossa jornada, que compartilharam cada momento de felicidade e também os de tristeza.

Assim, agradeço à minha pequena grande família, que, mesmo com as dificuldades que a vida impõe, foi capaz de demonstrar que são os pequenos momentos e gestos de amor que realmente importam.

Agradeço também aos amigos que me acompanharam nesta trajetória, auxiliando tanto em minha vida pessoal quanto acadêmica.

Também agradeço aos colegas de trabalho, com quem dividi momentos essenciais para a minha formação, como pessoa e profissional.

Por fim, e não menos importante, agradeço à minha orientadora, Profa. Érica de Oliveira Hartmann, que se mostrou bastante compreensiva e acreditou em meu trabalho.

RESUMO

O presente trabalho se presta a apresentar as principais teorias acerca da intervenção ministerial no processo penal, para, ao fim, concluir que não há impedimento, de nível constitucional ou infraconstitucional, para que o órgão ministerial também utilize do segundo grau de jurisdição. O processo penal brasileiro incorporou diversos conceitos da teoria geral do processo civil. Como forma de desvincular-se destes conceitos que sabidamente não se enquadram às categorias da relação processual penal, criam-se novas teorias para buscar a sua identidade própria, considerando as peculiaridades do processo penal e o histórico de enfrentamento do abuso punitivo estatal. Uma das teorias que surge desta nova identidade atribuída ao processo penal é a impossibilidade de o Ministério Público recorrer de sentenças penais absolutórias, sob o prisma de que este direito, reconhecido inclusive em nível internacional, somente seria aplicado em favor do acusado. Apesar destas teorias, que vem ganhando força na prática forense, constatou-se que não houve uma mudança de paradigma no sistema recursal brasileiro após a assinatura da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e que não há antinomia entre o direito de recurso do Ministério Público e os preceitos da Convenção.

Palavras-chave: Segundo Grau de Jurisdição. Ministério Público. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Direito de recurso. Legitimidade.

ABSTRACT

The present work lends itself to presenting the main theories about ministerial intervention in the criminal process, in order to conclude that there is no impediment, constitutional or infraconstitutional level, for the ministerial body also to use the second degree of jurisdiction. The Brazilian criminal procedure incorporated several concepts of the general theory of civil procedure. As a way of getting rid of these concepts, which are known not to fall into the categories of criminal procedural relation, new theories are created to seek their own identity, considering the peculiarities of the criminal process and the history of confrontation of punitive state abuse. One of the theories that emerges from this new identity attributed to the criminal process is the impossibility of the Public Prosecution Service to appeal against acquittal criminal sentences, under the prism that this right, recognized even at an international level, would only be applied in favor of the accused. Despite these theories, which have been gaining strength in forensic practice, it was found that there was no paradigm shift in the Brazilian judicial system after the signing of the Inter-American Convention on Human Rights, and that there is no antinomy between the right of appeal by the Public Prosecution Service and the precepts of the Convention.

Keywords: Second Degree of Jurisdiction. Public ministry. Inter-American Convention on Human Rights. Right of appeal. Legitimacy.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	7
2 BREVE HISTÓRICO DOS RECURSOS E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	9
3 DOS FUNDAMENTOS.....	12
4 NATUREZA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	13
5 DUPLO GRAU E A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA	15
6 CONCEITO DOS RECURSOS	17
7 NATUREZA JURÍDICA DOS RECURSOS	18
8 DOS PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS (INTERESSE E LEGITIMIDADE) PARA A ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS	19
9 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO	22
10 O DUPLO GRAU COMO GARANTIA EXCLUSIVA DO ACUSADO.....	22
11 A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A AMPLA ACUSAÇÃO	25
12 O PREJÚÍZO DA REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA FÁTICA PELO ACUSADO	27
13 MODELOS DE JULGAMENTO NO SEGUNDO GRAU E A QUESTÃO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.....	29
14 O MODELO ESPANHOL.....	29
15 O MODELO ITALIANO.....	30
16 CONCLUSÃO	32

1 INTRODUÇÃO

O direito processual penal brasileiro passa por um período de transição, através do qual busca sua autonomia e identificação em contraste com a Teoria Geral do Processo.

Com efeito, o Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) sofreu grande influência da teoria geral do processo, incorporando os conceitos de CARNELUTTI sobre lide, partes, pretensão, etc. Não somente o nosso códex está preso a estes conceitos gerais do processo, mas a própria doutrina nacional continua utilizando estes mesmos termos para estampar em seus manuais a processualística penal brasileira.

Não obstante isto, uma parcela da doutrina, na qual se inserem NUNES (2016) e COUTINHO (1989), aponta que os conceitos criados pelo jurista italiano são absolutamente incompatíveis com a lógica do processo penal, eis que decorrentes do conceito de lide nele inexistente. O próprio CARNELUTTI (1946 citado por COSTA DE PAULA, 2017, p. 26) já havia declarado (após a edição do Código de Processo Penal Brasileiro), o seu equívoco acerca da relação contenciosa ou intermediária do processo penal, acabando por atingir o próprio cerne da teoria que por nós foi incorporada.

Justamente por isso, como fruto de uma teoria que já nasceu fadada à morte, ainda com certa resistência da doutrina clássica reiterada em nossos mais recentes manuais, tenta-se reconstruir um novo processo, desvinculado de uma teoria civilista e dos traços inquisitoriais presentes no código de 1943.

Um dos temas que mais se destaca nesta discussão acerca de um processo penal mais humanitário e condizente com o Estado Democrático de Direito diz respeito ao segundo grau de jurisdição, notadamente quanto à legitimidade para utilizar de um princípio que supostamente teria sido criado em favor do acusado. De fato, percebe-se uma onda doutrinária propondo a restrição da aplicação do princípio do duplo grau exclusivamente em benefício da pessoa (acusado), invocando, para tal, tratados internacionais de direitos humanos e os princípios que visam reduzir o poder punitivo do Estado. Daí a importância de se analisar com maior profundidade as razões de ser, características e objetivos do segundo grau de jurisdição.

O presente trabalho se destinará a apresentar as principais teorias e discussões acerca da legitimidade para recorrer e usar do segundo grau de jurisdição, com foco principal na atuação do Ministério Público.

A escolha pela análise da atuação do Ministério Público se justifica em razão de a maioria das ações criminais serem públicas, por ele promovidas, e pelo impacto que o acolhimento de uma teoria limitadora do segundo grau teria no sistema recursal brasileiro. Ademais, respondida esta questão, também se poderia aplicar esta limitação às ações privadas, por simples analogia.

2 BREVE HISTÓRICO DOS RECURSOS E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Segundo GRECO FILHO (2012), existem dois tipos de instrumentos através dos quais é possível a reforma das decisões judiciais: os recursos e as ações.

As ações, de acordo com GRECO FILHO (2012), surgiram primeiro, a partir do direito romano, em razão da inexistência de uma estrutura jurídica hierarquizada prevendo órgãos de primeiro e segundo grau. A despeito da ausência desta estrutura, já existia o anseio de corrigir ou rebelar-se contra a decisão ilegal ou injusta, tendo aí origem a *querela nullitatis* (ação em se que busca declarar a nulidade de uma decisão).

Após a organização do Império Romano, com a avocação das magistraturas sobre a figura do imperador Adriano, surge o instrumento da apelação, através da qual o imperador poderia rever as decisões dos magistrados. Com a estruturação do Império e posterior desenvolvimento do Estado, admitiu-se que autoridades hierarquizadas revisassem os recursos que lhes eram encaminhados, momento em que institucionalizado o sistema recursal (GRECO FILHO, 2012).

ARANHA (1988), por outro lado, verifica já no direito grego um sistema de julgamento que possibilitava a reanálise mediante um duplo grau, destacando, ainda que de forma limitada, a existência de recursos destinados ao Tribunal dos Heliastas (em Atenas), ou aos Éforos (em Esparta).

Na própria Bíblia, segundo RIBEIRO (2006), já se percebem os traços da busca por um novo pronunciamento judicial de uma autoridade hierarquicamente superior¹.

Com a queda do Império Romano Ocidental e a invasão dos povos bárbaros, a Europa reuniu sobre si três sistemas jurídicos distintos: o romano, o germânico e o canônico. Em razão de ser o único ordenamento escrito e também dos valores religiosos incorporados pela sociedade, o Direito Canônico era o principal sistema vigente (GAIO E GAIO FILHO 2013).

Apesar de o Direito Canônico ter trazido diversas inovações jurídicas que foram incluídas em vários ordenamentos, tais como o processo escrito, um sistema recursal, a condução do processo por profissionais do direito, etc., conforme apontam GAIO E GAIO

¹ Tal previsão estaria contida no capítulo XXV, versículo 11-12, do livro dos atos dos apóstolos de autoria de São Lucas, sendo: “*Se fiz algum agravo, ou cometi alguma coisa digna de morte, não recuso morrer, mas, se não há das coisas que estes me acusam, ninguém me pode entregar a eles; apelo para César*”

FILHO (2013), o duplo grau de jurisdição não era destinado à proteção dos direitos do cidadão ou da coletividade, mas ao fortalecimento do Estado e da Igreja.

Cumprido ressaltar que mesmo após redigida a Carta Magna, que trouxe uma série de direitos aos “homens livres” da Inglaterra, o direito ao recurso (não previsto expressamente na Carta) ainda era pouco utilizado e não pode ser compreendido como o respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição (LIMA, 2004).

Nesse sentido, leciona LIMA (2004, p.41):

O direito ao recurso foi muito pouco empregado na Idade Média. Tal direito decorria da subordinação que as autoridades inferiores tinham das superiores. Por isso, o direito de reexame das decisões não representava o respeito ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. Além disso, as sentenças proferidas durante a Idade Média não possuíam, em sua grande maioria, fundamentação. A falta de fundamentação decorria, entre outros motivos, do fato de os Tribunais decidirem por delegação dos reis. Assim, o que prevalecia era a decisão do soberano.

Justamente por isso, a maior parte da doutrina vê na Revolução Francesa o verdadeiro berço do sistema recursal, largamente difundido nos séculos XVIII e XIX.

Isto porque, após a Revolução, os países de direito romanista passaram a ostentar uma organização judiciária com, no mínimo, “três” graus de jurisdição, como aponta LIMA (2004, p.49):

Com a revolução de 1789, os países de direito romanista, dentre eles a França, passaram a apresentar uma organização judiciária com, pelo menos, três graus de jurisdição: os tribunais de primeira instância, que são os tribunais inferiores; os tribunais de segunda instância, de recursos; e, no topo da hierarquia, o Supremo Tribunal, representando o grau máximo.

As transformações da Revolução Francesa repercutiram em diversos ordenamentos jurídicos, dentre eles o americano, que, apesar de não prever expressamente o duplo grau, incorporou a lógica através da organização dos seus tribunais (GAIO E GAIO JUNIOR, 2013, e LIMA, 2004).

A Constituição do Império, de 1824, incorporou ao Brasil o duplo grau de jurisdição, prevendo, em seu art. 158, a existência de um sistema que comportava o julgamento das causas em duas instâncias. Ainda que não previsse o duplo grau como um direito expresso, de forma implícita, admitia, pela organização do poder judiciário, um sistema recursal.

A Constituição Brasileira de 1988 não prevê expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição, mas apenas de forma implícita. Para GRINOVER, SCARANCE e GOMES FILHO (2011 citados por TÁVORA e ALENCAR, 2017, p. 1332), no entanto, o

duplo grau se trata “de regra imanente na Lei Maior, que, como as anteriores, prevê não apenas a dualidade de graus de jurisdição, mas até um sistema de pluralidade deles”. Nesse sentido, chegam a afirmar “que a garantia do duplo grau, embora só implicitamente assegurada pela constituição brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada jurisdição superior”.

Cumpram ressaltar que, apesar das “bem intencionadas tentativas de extrai-lo de outros princípios da Constituição (como o direito de defesa e o próprio devido processo legal) ”, como salienta LOPES JUNIOR (2010, p.457), não há previsão expressa do duplo grau na atual Constituição.

Nesse mesmo sentido, apontam TÁVORA e ALENCAR (2017, p.1332):

A garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/1988) e a enunciação que preconiza que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, CF/1998), não induzem a existência do princípio do duplo grau de jurisdição a nível constitucional.

Por tal razão, a afirmação desse princípio é de ser compreendida como de cunho histórico, tradição de uma política legislativa que encontra sua raiz nos ideais da Revolução Francesa e que se espalharam na cultura forense brasileira.

Ainda, ao analisar o disposto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, sustenta Costa de Paula (2017, p.60):

Acontece que o significante que está presente neste item da CRFB é sinônimo de “meios” e não necessariamente consagra, necessariamente, o recurso como duplo grau de jurisdição. Note que o próprio dicionário Priberam informa como conteúdo da palavra recursos “7. Bens, riquezas, meios de vida 8. Expedientes, tramoias. 9. Conjunto de meios disponíveis para serem utilizados”. Ainda, o signo recurso aí disposto é referente à ampla defesa [...].

De qualquer modo, como aponta LOPES JUNIOR (2010), toda esta discussão acerca da previsão expressa do duplo grau de jurisdição no ordenamento perdeu o sentido após a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), à qual aderiu o Brasil através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, cuja previsão é expressa no art. 8.2, letra “h”.

Ressalte-se que, em se tratando de matéria afeta a direitos fundamentais, por força do disposto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, o dispositivo ganha força de norma materialmente constitucional, sendo, portanto, autoaplicável (LOPES JUNIOR, 2010).

O posicionamento atual do STF classifica os tratados de direitos humanos ainda não aprovados em cada uma das casas do Congresso, conforme alude o art. 5º, §3º, da

Constituição Federal, como normas de caráter supralegal e infraconstitucional, “paralisando” os efeitos das normas em sentido contrário².

3 DOS FUNDAMENTOS

Por mais que haja dissidência doutrinária acerca da origem exata do duplo grau de jurisdição, percebe-se que, ao tratar dos fundamentos que o justificariam, todos caminham no mesmo sentido, apontando no inconformismo e na falibilidade humana as razões para a sua existência.

Como ensina LOPES JUNIOR (2010, p. 453), “o fundamento do sistema recursal gira em torno de dois argumentos: falibilidade humana e inconformidade do prejudicado (até porque, consciente da falibilidade do julgador) ”.

Para BRASILEIRO DE LIMA (2017 p. 1632):

A doutrina costuma apontar alguns fundamentos para o duplo grau de jurisdição:

a) falibilidade humana: o juiz é um ser humano e, portanto, falível. Pode cometer erros, equivocar-se, proferir uma decisão iníqua. Daí a necessidade de se prever um instrumento capaz de reavaliar o acerto (ou não) das decisões proferidas pelos magistrados. De mais a mais, não há como negar que a previsão legal dos recursos também funciona como importante estímulo para o aprimoramento da qualidade da prestação jurisdicional. Afinal, a partir do momento em que o juiz tem conhecimento de que sua decisão está sujeita a um possível reexame, o qual é feito, em regra, por órgão jurisdicional diverso e de hierarquia superior, composto por juízes dotados de larga experiência, isso serve como estímulo para o aprimoramento da função judicante, atuando como fator de pressão psicológica para que o juiz não cometa arbitrariedades na decisão da causa. Deveras, fosse o juiz sabedor, de antemão, que sua decisão seria definitiva e imodificável porquanto não cabível a interposição de recurso, isso poderia dar margem a excessos na condução do processo. Haveria, assim, uma natural tendência para que o magistrado se acomodasse, deixando de lado os estudos, com evidente prejuízo à qualidade da prestação jurisdicional;

b) inconformismo das pessoas: é absolutamente natural o inconformismo da parte diante de uma decisão que lhe seja desfavorável. A final, em qualquer setor da atividade humana, ninguém se conforma com um primeiro julgamento contrário aos seus interesses. Este o motivo pelo qual se entende que a parte possui uma necessidade psicológica de obter uma reavaliação da decisão gravosa, ainda que sirva para confirmar o teor da decisão impugnada. A possibilidade de reexame dá conforto psicológico às partes, em razão da existência de um mecanismo de revisão da decisão da causa.

Cumprido mencionar que os fundamentos para o princípio do duplo grau de jurisdição são para os mesmos dos recursos, quais sejam, a falibilidade humana e o inconformismo, não obstante um não se confunda com o outro³.

² Nesse sentido, conferir a ADI 5.240 e PSV 54.

Nesse sentido, TÁVORA E ALENCAR (2017, p. 1331) asseveram:

A doutrina processual aduz, quase que de maneira unânime, que os recursos têm por fundamentos "a necessidade psicológica do vencido, a falibilidade humana do julgador e as razões históricas do próprio direito", salientando que "a existência dos recursos tem sua base jurídica no próprio texto constitucional, quando este organiza o Poder Judiciário em duplo grau de jurisdição com a atribuição primordialmente recursal dos tribunais".

Capez (2012), além de apresentar as mesmas justificativas vai adiante, indicando como fundamento do recurso o combate ao arbítrio. BADARÓ (2017, não paginado) também identifica no recurso um fundamento político de validade, aduzindo que "toda decisão estatal deve estar sujeita a reexame. A ausência de controle daria ao titular de tal decisão um poder ilimitado e absoluto, o que não pode ser aceito em um Estado de Direito".

Paceli (2017) aponta que a elaboração de uma teoria dos recursos pode observar duas perspectivas. A primeira seria de controle do Estado pelos atos por ele praticados, caso a sua orientação seja voltada à qualidade e regularidade que é prestada a atividade jurisdicional. A segunda é vista sob o ponto de vista dos jurisdicionados, sob a ótica da amplitude da defesa.

Assim, os fundamentos para a existência de um duplo grau de jurisdição, tal como para o recurso, são justificados por uma série de fatores psicológicos, políticos e a pela própria limitação da capacidade humana.

4 NATUREZA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Conquanto o princípio do duplo grau de jurisdição pareça estar vinculado a um sistema processual cuja pretensão é o saneamento de eventuais equívocos cometidos pelo órgão julgador de primeira instância, seja de aplicação equivocada de regra processual ou material, ou de controle do próprio Estado sobre as decisões por ele emanadas, ainda existe na doutrina o debate sobre a natureza constitucional do princípio.

³ Sobre a independência entre o segundo grau e o recurso, assevera BRASILEIRO DE LIMA (2017, p. 1633): "Como se pode perceber, não se pode confundir o duplo grau de jurisdição com o recurso, como se a existência de um gerasse, inexoravelmente, a existência do outro. Apesar de se tratar de um princípio recursal, o duplo grau de jurisdição não se confunde com o recurso, podendo existir o primeiro sem o segundo, e vice-versa. De fato, o simples reexame da decisão da causa é feito, em regra, por meio de um recurso, mas somente nas hipóteses em que esse reexame puder abranger toda a matéria de fato e de direito e for feito por órgão hierárquico superior, estar-se-á diante do duplo grau de jurisdição. De outro lado, é possível o duplo grau de jurisdição sem que exista recurso, como se dá cora o reexame necessário, que funciona, na verdade, como condição de eficácia da decisão."

Como salientam GAIO e GAIO JUNIOR (2013), existem três correntes doutrinárias que se destacam ao tratar do caráter constitucional do duplo grau, caracterizando-o como: a) de índole constitucional; b) como princípio constitucional; c) como princípio constitucional, mas não como garantia constitucional.

A primeira corrente seria capitaneada por JOSÉ CRETELLA NETO (2002 citado por GAIO e GAIO JUNIOR, 2013, não paginado), que defende o duplo grau como um princípio de índole constitucional, visto que, apesar de não encontrar previsão expressa na Constituição, é de extrema importância para a garantia dos direitos fundamentais.

Tal conclusão é atingida ao compreender o duplo grau de jurisdição como uma extensão do devido processo legal, sendo indiferente a previsão do primeiro quando este último se encontra estampado na Constituição.

A tentativa de incluir o duplo grau como extensão do devido processo, como ressaltado anteriormente, é criticada por LOPES JUNIOR (2010), TÁVORA e ALENCAR (2017) e COSTA DE PAULA (2017), que veem ambos os princípios como autônomos.

A segunda corrente doutrinária, como ensinam GAIO e GAIO JUNIOR (2013), trata o duplo grau de jurisdição como um princípio constitucional. Para tanto, faz alusão à Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual teria sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro como norma de caráter supralegal, por se tratar de tratado que versa sobre direitos humanos, e, por isso, dotada de dignidade constitucional.

Esta tese vai ao encontro do posicionamento do STF e se coaduna com o entendimento anteriormente exposto, no sentido de que, independentemente de aprovação no Congresso, tratados que versam sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro são materialmente constitucionais (LOPES JUNIOR, 2010).

Para a última corrente doutrinária, com representação de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e TERESA ARRUDA ALVIN WAMBIER (2008 citados por GAIO E GAIO JUNIOR, 2013, não paginado), o duplo grau é um princípio constitucional fiscalizador, atuando em um duplo sentido: a) pela sociedade, quando exerce o seu direito de recurso; b) pelo poder judiciário, quando exerce o controle sobre as decisões e interpretações dos juízes.

Apesar disso, não se poderia falar em garantia constitucional, uma vez que a própria lei infraconstitucional cria restrições para o instituto, impedindo o seu pleno exercício.

Para MENDES, COELHO e BRANCO (citados por LOPES JUNIOR, 2010, p. 459), o duplo grau de jurisdição não é absoluto, podendo ser suprimido ou limitado pelo próprio sistema constitucional. Nesse sentido, asseveram:

“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, seja por força de lei, seja por força do disposto em tratados e convenções internacionais”.

A questão da limitação do segundo grau será melhor analisada em capítulo específico.

Imperioso destacar que o duplo grau de jurisdição não abrange os recursos extraordinários e especiais, seja pela limitação da matéria suscetível em cada recurso, seja por não ser destinado à proteção dos direitos humanos, mas da Constituição ou de Lei infraconstitucional (BRASILEIRO DE LIMA, 2017).

5 DUPLO GRAU E A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA

De acordo com a maior parte da doutrina, não há, em regra, prejuízo ao duplo grau de jurisdição quando o acusado goza de prerrogativa de foro, pois, além de o processo já ser remetido a uma instância, em tese, com maior capacitação, o próprio sistema constitucional prevê a competência originária.

De acordo com este entendimento, compartilhado, como ressaltado, por MENDES, COELHO e BRANCO (citados por LOPES JUNIOR, 2010, p. 459) e BRASILEIRO DE LIMA (2017), não há sentido na reanálise quando inexistente superior hierárquico. Tal entendimento era compartilhado pelo STF, que, no RHC 79.785, sob o argumento do *status* hierárquico da Corte, bem como de acordo com interpretação da posição dos tratados de direitos humanos (lei ordinária) dada à época, negou a existência do duplo grau aos acusados com foro privilegiado (BRASILEIRO DE LIMA, 2017).

Não obstante isto, restaram algumas dúvidas sobre o duplo grau de jurisdição aos acusados com foro privilegiado após a nova interpretação do Supremo aos tratados internacionais de direitos humanos, recepcionados como normas de caráter supralegal e infraconstitucional.

O tema retornou ao plenário do supremo no caso do mensalão (Ação Penal nº 470/MG), ocasião em que, da ponderação entre as regras da Convenção Americana de Direitos Humanos e as da Constituição, o tribunal entendeu que deveriam prevalecer aquelas emanadas do poder constituinte originário (BRASILEIRO DE LIMA, 2017).

No entanto, como conciliar este argumento com a aplicação imediata dos direitos humanos previstos em tratados internacionais de direitos humanos, cujas normas, mesmo que

não aprovadas pelo Congresso para tornarem-se emendas, são classificadas como materialmente constitucionais?

Tal questão foi analisada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Barreto Leiva vs Venezuela*, julgado em 17/11/2009, e *Liakat Ali Alibux x Suriname*, este em 30/01/2014, a qual considerou que o julgamento pela corte suprema, por força de prerrogativa de foro, não violava o art. 8.2, letra “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Todavia, em ambos os casos fora ressaltado que, mesmo em se tratando de corte superior, seria necessário conceder o direito de recorrer das decisões, pois não haveria garantia de que não haveria erros ou defeitos no julgamento. A solução dada pela Corte, em ambos os casos, foi de que o duplo grau de jurisdição estaria respeitado quando o acusado fosse julgado pelo pleno do tribunal superior, e não apenas por uma turma (BADARÓ, 2017).

No Brasil, prevalece o entendimento do STF de que os embargos infringentes contra decisão não unânime do plenário e que julgar procedente a ação penal, desde que haja pelo menos quatro votos divergentes e vencidos pela absolvição, já seria suficiente para atender à exigência do duplo grau de jurisdição (BRASILEIRO DE LIMA, 2017).

Neste sentido, oportuna a lição de BADARÓ (2017, não paginado):

Já quanto aos embargos infringentes no STF, o recurso está disciplinado no art. 333 do Regimento Interno do Tribunal. De se ressaltar, que com a Emenda Regimental 49/2014, que promoveu mudanças na competência do Plenário e das Turmas do STF, para o julgamento de processos penais de competência originária do Tribunal, compete ao Plenário apenas os processos tendo por objeto os crimes comuns praticados pelo “Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do *Supremo Tribunal Federal* e o Procurador-Geral da República, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta” (RISTF, art. 5.º, I). Nestes casos, serão cabíveis os embargos infringentes, desde que haja, no mínimo, quatro votos divergentes, pela absolvição (RISTF, art. 333, *caput*, I, *c/c.* parágrafo único). Todavia, quando se tratar de julgamento do Plenário, com recurso para o próprio Plenário (RISTF, art. 6.º, *caput*, IV), tal recurso não será suficiente, segundo a jurisprudência da Corte Interamericana, para atender à garantia do art. 8.2.h da CADH.

Por outro lado, passou a ser competência das Turmas, julgar os processos por crimes comuns praticados por Deputados e Senadores (RISTF, art. 9.º, *caput*, I, *j*), bem como, “nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, da Constituição Federal, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente” (RISTF, art. 9.º, *caput*, I, *k*). Nestes casos, os embargos infringentes serão cabíveis desde que a decisão da Turma não seja unânime (RISTF, art. 333, *caput*, I). O julgamento será de competência do plenário (RISTF, art. 6.º, *caput*, IV) e, se não houver a participação, por impedimento, dos ministros da Turma que julgaram originariamente a ação penal, estará satisfeita a exigência da Corte Interamericana, com relação ao art. 8.2.h, da CADH.

Não há dúvidas de que este posicionamento do STF é bastante questionável, sobretudo ao impor, de forma arbitrária, quantos votos são necessários para que se tenha direito ao duplo grau.

6 CONCEITO DOS RECURSOS

Conquanto o conceito de duplo grau de jurisdição não se confunda com o de recurso, conforme ensina BRASILEIRO DE LIMA (2017), para os fins deste trabalho é necessária uma análise tanto sobre as características dos recursos, quanto sobre os pressupostos subjetivos (interesse e legitimidade) para a sua admissibilidade⁴⁵. Com efeito, a questão aqui analisada se refere à utilização do segundo grau exclusivamente através do recurso, daí a justificativa para que este instrumento e alguns de seus pressupostos seja também objeto de análise.

Sobre o conceito dos recursos, não há grandes discussões doutrinárias⁶, havendo certo consenso ao entendê-lo como um instrumento processual através do qual alguém que sofreu um gravame requer, no mesmo processo, a modificação, total ou parcial, ou anulação, de uma decisão judicial ainda não transitada em julgado.

Nesse sentido, leciona BADARÓ (2017, não paginado):

Recurso é o meio voluntário de impugnação das decisões judiciais, utilizado antes do trânsito em julgado e no próprio processo em que foi proferida a decisão, visando à reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão judicial.

Nesta mesma linha de raciocínio, assevera BRASILEIRO DE LIMA (2017, p. 1631):

Recurso é o instrumento processual voluntário de impugnação de decisões judiciais, previsto em lei federal, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, objetivando a reforma, a invalidação, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.

Por fim, LOPES JUNIOR (2010, pg.455) conceitua o recurso como:

⁴ Távora, Nestor Curso de direito processual penal/ Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. p. 1345.

⁵ A escolha pelo estudo exclusivo dos pressupostos subjetivos se dá por estar neles incluído o cerne da discussão sobre o duplo grau, sendo irrelevantes, para o presente trabalho, os pressupostos objetivos, como previsão legal, cabimento, tempestividade ou forma.

⁶ De forma breve, COSTA DE PAULA (2017) demonstra que, para além da definição dos recursos, também os seus princípios, seja no processo civil ou penal, são quase os mesmos, excetuando apenas aqueles específicos de disciplina. p.57.

Um meio processual através do qual a parte que sofreu o gravame solicita a modificação, no todo ou em parte, ou a anulação de uma decisão judicial ainda não transitada em julgado, no mesmo processo em que ela foi proferida. Excepcionalmente, o recurso pode não ser um ato de parte, senão do ofendido, que venha ao processo como assistente não habilitado, exclusivamente para recorrer.

7 NATUREZA JURÍDICA DOS RECURSOS

Estabelecido o recurso como um instrumento processual voluntário através do qual se busca obter uma nova decisão, no próprio processo, surgem algumas discussões acerca da sua natureza jurídica.

BADARÓ (2017) agrupa as correntes doutrinárias em duas categorias:

a) o recurso como prolongamento da ação originária, com representação em GRINOVER, MAGALHÃES GOMES FILHO E SCARANCE FERNANDES, MANZINI (na doutrina italiana) E BERMUDES. Outro representante desta corrente, não citado pelo autor, é LOPES JUNIOR (2010).

b) o recurso como uma ação autônoma no mesmo processo, interpretação capitaneada por TORNAGHI;

BRASILEIRO DE LIMA (2017) também reconhece a existência de várias correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica do recurso, mencionando ainda uma terceira aceção:

c) o recurso como um meio destinado a obter a reforma da decisão, não importando se provocado pelas partes ou se determinado *ex officio* pelo juiz. GRINOVER (2015, p. 441), igualmente, menciona esta terceira aceção de recurso, definindo-o como “*cada um dos meios pelos quais se pode chegar ao órgão judiciário superior, sendo cada um deles adequado a uma ou mais categorias de decisões*”.

Não obstante, como salienta BADARÓ (2017), nenhuma destas aceções está isenta de críticas, não podendo ser aceitas no processo penal sem algumas adequações.

No que toca à primeira aceção, menciona que é perfeitamente possível a utilização de recursos antes mesmo do início do processo, na fase pré-processual, citando, como exemplo, os recursos contra a decisão que relaxa a prisão em flagrante ou que arbitra a fiança. Nesse sentido, para ele, deve-se reconhecer uma pretensão recursal autônoma, independente e prévia à formulação processual ou à denúncia, que pode sequer ocorrer.

A segunda aceção também não pode ser aceita, segundo BADARÓ (2017), uma vez que os recursos se distinguem das ações autônomas de impugnação (revisão criminal, *habeas corpus* e mandado de segurança), as quais possuem procedimentos e relação jurídica

processual próprios. Menciona ainda que as ações autônomas de impugnação podem ser utilizadas antes ou mesmo após o trânsito em julgado das decisões.

A última acepção é criticada por LOPES JUNIOR (2010), notadamente no que toca ao recurso *ex officio*. Isto porque, tendo em conta os princípios da voluntariedade e do interesse, não há que se falar que a remessa necessária é um recurso, pois o julgador não recorreria da própria decisão e nem tampouco sofre ele qualquer gravame. A remessa necessária, assim, é entendida como mero instrumento necessário à efetivação da decisão proferida.

8 DOS PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS (INTERESSE E LEGITIMIDADE) PARA A ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

Para além do preenchimento de pressupostos objetivos (previsão legal, cabimento, tempestividade ou forma prescrita em lei), a admissibilidade de recursos, sejam aqueles interpostos perante o juízo de hierarquia superior, sejam os opostos no mesmo processo, exige-se ainda a presença de dois outros pressupostos, de ordem subjetiva, são eles: interesse e legitimidade (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

De acordo com os eminentes professores, o interesse recursal é percebido pela necessidade da parte em obter a modificação da decisão que lhe foi desfavorável, de forma integral ou parcial, obtendo para si situação mais vantajosa, bem como pela indispensabilidade de intervenção estatal para modificar o julgado recorrido (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

O interesse recursal (que se equivale ao interesse de agir, processual), também pode ser constatado pelo trinômio necessidade-utilidade- adequação, mas o pressuposto fundamental para a sua caracterização é a sucumbência. Isto porque, se a parte foi vencedora em todos os seus fundamentos, não há qualquer tipo de sucumbência, motivo pelo qual é injustificada a provocação de outra instância (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

Não obstante, há exceções à exigência da sucumbência para a interposição de recursos, como é o caso do réu que objetiva a modificação do fundamento da decisão absolutória. Para exemplificar a situação, TÁVORA e ALENCAR (2017) mencionam a situação do réu que pretende a modificação de uma decisão absolutória por insuficiência de provas para uma absolutória por inexistência de fato, atingindo, assim, eventual pretensão reparatória no juízo cível.

Outro exemplo de recurso sem sucumbência é aquele interposto pelo Ministério Público em favor do acusado, na função de *custos legis*. Asseveram os professores que a sucumbência deve ser vista com ressalvas no processo penal, sobretudo do ponto de vista do Ministério Público, que possui interesse recursal amplo. (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

Nesse sentido, acentua BRASILEIRO DE LIMA (2017, p. 1222 e 1223):

Além de promover, privativamente, a ação penal pública, também incumbe ao MP fiscalizar a execução da lei (CPP, art. 257, II), o que o faz tanto nos crimes de ação penal pública, quando ocupa o paio ativo, quanto nas infrações penais de ação penal privada, em que sua intervenção também é obrigatória, fiscalizando a instauração e o desenvolvimento do processo, assim como o cumprimento da lei e da Constituição Federal. Por isso, se presente uma das hipóteses do art. 386 do CPP, é plenamente possível que o próprio Ministério Público pleiteie a absolvição do acusado. Na mesma linha, verificada a presença de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, o órgão ministerial também pode impetrar ordem de *habeas corpus* em favor da liberdade de locomoção do acusado.

E mais adiante:

Grande parte da doutrina nacional entende que, mesmo na ação penal pública, e inclusive na fase pré-processual, reservada às investigações, o órgão ministerial funciona como parte imparcial, visto que, apesar de ser parte em sentido formal, deve manter isenção de ânimo no exercício de suas atribuições no processo penal. Na medida em que recai sobre o *Parquet*, a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis, dentre os quais se destaca a liberdade de locomoção, geralmente posta em risco no processo penal, o *Parquet* não tem um interesse unilateral contraposto ao interesse do acusado, não tem um interesse particular antes ou fora e durante o processo, enfim, não tem um interesse próprio. Enquanto titular da ação penal pública, ao Ministério Público interessa tão somente a busca da verdade e a correta aplicação da lei no caso concreto. Por isso, segundo a posição majoritária, é parte imparcial.

Logo, diante da presença de um conjunto probatório capaz de autorizar um juízo de certeza no sentido da culpabilidade do acusado, deve o *Parquet* pugnar por sua condenação. No entanto, como parte imparcial e fiscal da lei que é, caso o órgão ministerial entenda que não há provas suficientes para um decreto condenatório, deve pugnar pela absolvição do acusado, em fiel observância à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência- *in dubio pro reo*.

Em que pese BRASILEIRO DE LIMA (2017) critique a doutrina majoritária, aduzindo uma incompatibilidade entre o modelo acusatório e a imparcialidade do Ministério Público, preferível o entendimento do então ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, relator do REsp nº 10.715 –PR, julgado em 01/12/1993, p.01, ao dizer que:

O Ministério Público, como instituição, não esgota suas atribuições na função do Promotor Público. Indiscutivelmente, perante o público, é a figura expoente, mais comparece, mais se evidencia, notadamente no tribunal do júri. Ocorre, entretanto, que o Ministério Público Federal, tecnicamente, juridicamente, não é acusador, no sentido de perseguir, de visar a aplicar, a qualquer custo, a sanção a quem haja cometido a infração penal. Ao contrário, exerce, constitucionalmente, a renomada missão de apurar o fato. Dado ninguém pode ser condenado criminalmente, sem

antes, através da garantia do contraditório e da defesa plena averiguar-se o fato, com todas as circunstâncias.

O Ministério Público, portanto, juridicamente, não está jamais contra o réu. Ao contrário, confluem interesses, a fim de evitar o erro judiciário⁷.(STJ- REsp nº 10.715 –PR, Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Data de julgamento: 01/12/1993, p.01)

A legitimidade, por seu turno, “é pressuposto recursal que decorre da legitimidade *ad causam* ou *ad processum*“ (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p 1353), ou seja, depende da integração da parte àquela relação processual, estando capacitado para fazê-lo. A legitimidade também pode ser conferida excepcionalmente para terceiros, quando a lei assim autorizar.

De forma clara, TÁVORA e ALENCAR (2017, p. 1354) distribuem os legitimados em gerais ou especiais, sendo:

- (I) gerais: (a) o acusado pessoalmente (em postulação leiga); (b) o defensor/advogado do acusado (em seu próprio nome, ainda que conflite sua vontade de recorrer com a do réu de não interpor recurso) ou representando o acusado em sua defesa); e (c) o Ministério Público ou o querelante (acusação), a depender da natureza da ação penal;
- (II) especiais: o assistente da acusação (legitimado em caso de inércia do *Parquet*-legitimidade subsidiária ou supletiva, subsistente com o advento da CF/1988, na senda do STJ e do STF77 - e de forma restrita aos casos previstos no CPP) ou o assistente da defesa.

O ofendido também possui legitimidade para recorrer, podendo atuar a) como assistente habilitado, caso em que já é considerado parte; b) como terceiro, assistente não habilitado e que intervém no processo somente no momento de recorrer. O ofendido poderá interpor e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, nos casos de impronúncia, extinção da punibilidade, revogação da prisão preventiva e, ainda, de sentença condenatória, objetivando a majoração da pena. Esta legitimidade, porém, não é estendida para as decisões proferidas no processo de execução penal (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

Cumprе ressaltar ainda que é possível o recurso em face da decisão adotada pelo tribunal do júri, sem violação do princípio da soberania dos veredictos, nos termos do art. 593, III, do Código de Processo Penal (BRASILEIRO DE LIMA, 2017).

⁷ STJ- REsp nº 10.715 –PR, Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Data de julgamento: 01/12/1993. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100087297&dt_publicacao=04/05/1992. Acessado em 22/08/2018.

Ressalte-se que mesmo na ação privada o Ministério Público possui poder de recorrer, contudo, com atuação limitada⁸. Assim ensina TÁVORA e ALENCAR (2017, p.1371):

Da sentença condenatória, tem ele interesse em recorrer, inclusive para majorar pena fixada em ação penal privada. Não tem ele interesse de recorrer, todavia, da sentença absolutória em ação penal privada exclusiva ou personalíssima, podendo recorrer se for sentença de absolvição exarada em ação penal privada subsidiária da pública.

9 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Feitas estas considerações, parece bastante claro que o ordenamento jurídico pátrio autoriza, tanto ao Ministério Público, como parte ou fiscal da lei, quanto ao assistente de acusação, ou a própria parte na ação privada, a utilização do duplo grau de jurisdição.

Apesar disso, surge, não somente na doutrina nacional, um novo posicionamento acerca do duplo grau de jurisdição, entendendo se tratar de um direito exclusivo do acusado.

Esta tese, aqui no Brasil, pode ser resumida em três premissas: a) o duplo grau é uma garantia do cidadão contra o Estado, e não o contrário; b) a Constituição não alberga a garantia da ampla acusação, de modo que levar a acusação ao segundo grau viola os princípios da presunção de inocência e celeridade processual; c) a reforma da decisão absolutória em segundo grau prejudicaria sobremaneira o acusado, que não poderia recorrer da decisão no que toca à matéria fática.

Contudo, apesar de apresentarem alguns argumentos bastante ponderáveis, estas teorias não se mostram suficientes para afastar da acusação o poder de recorrer.

Tendo em vista, porém, a relevância destes argumentos, bem como o crescimento desta discussão em nível internacional, neste capítulo, serão analisados de forma individual cada uma destas premissas.

10 O DUPLO GRAU COMO GARANTIA EXCLUSIVA DO ACUSADO

A principal voz da corrente doutrinária que se põe de maneira contrária à legitimidade recursal do Ministério Público é JULIO MAIER (2004 citado por COSTA DE

⁸ Sobre o oferecimento de apelação pelo Ministério Público no caso de renúncia pelo acusado, consultar: Távora, Nestor Curso de direito processual penal/ Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. p.1371.

PAULA, 2017, p.181, e BADARÓ, 2017, não paginado). Para o jurista, tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos quanto o Pacto Internacional de Direitos Políticos conferem exclusivamente ao acusado o direito de recorrer da sentença condenatória, evitando, assim, a chamada dupla persecução (COSTA DE PAULA, 2017).

GERALDO PRADO (2001) e RUBENS CASARA (2009, citados por COSTA DE PAULA, 2017, p. 182 e 183) também compartilham do mesmo posicionamento, sendo que, para este último, para se executar uma pena é necessário, no mínimo, duas sentenças condenatórias. O próprio COSTA DE PAULA também se associa a esta doutrina.

Não obstante, da leitura dos seus argumentos, e principalmente deste último, parece evidente que a percepção acerca da ilegitimidade do recurso do Ministério Público é dotada de um viés muito mais preocupado com as consequências do retardo do julgamento e dos seus efeitos criminológicos do que com o próprio poder recursal. Não é a toa que, ao apontar os modelos de persecução penal e identificar dados sobre o aumento da massa carcerária no Brasil nos últimos anos, identifica o recurso como um instrumento capaz de resolver os problemas estruturais do próprio direito e da sociedade, conforme se infere (COSTA DE PAULA, 2017, p.19):

Então, falar dos recursos no processo penal brasileiro é falar da realidade para a qual ele deve resolver os problemas estruturais do próprio direito e da sociedade. Os recursos no Brasil se prestarão a enfrentar problemas que o próprio sistema jurídico cria na frustrada tentativa de resolver problemas sociais, encarcerando muito e por isso se passa a crer na ficção do processo penal como panacéia de todos os males.

E, mais adiante (COSTA DE PAULA, 2017, p. 183):

Não há, nesse contexto, outra solução mais evidente: é preciso diminuir o número de processos em curso e, especialmente, daqui se trata dos que seguem para o segundo grau de jurisdição.

Ora, parece bastante ingênua a visão de que uma nova interpretação do duplo grau seria capaz de modificar os problemas causados pelo próprio sistema jurídico, e mais ainda de que poderia contribuir para reduzir os problemas estruturais de nossa sociedade que levam à superlotação do cárcere. Se há no direito penal uma verdade é a de que ele não se presta à solução dos problemas estruturais da sociedade, seja do ponto de vista da redução da criminalidade, seja da desigualdade social.

Por outro lado, há de se ressaltar que não há, nem na Convenção Americana de Direitos Humanos e nem no Pacto Internacional de Direitos Civis, ambos assinados pelo

Brasil, qualquer previsão impedindo, ainda que de forma genérica, o recurso do Ministério Público. O que se evidencia da leitura dos dispositivos contidos no art. 8.2, letra “h”, e 14, item “5”, respectivamente, é que o Estado não pode considerar uma pessoa culpada sem conceder-lhe o direito de revisão da sentença condenatória, o que se encontra em perfeita consonância com a nossa Constituição.

Nesse sentido, assevera BADARÓ (2017, não paginado):

Por outro lado, no ponto de interesse específico desse Manual, qual seja, o direito ao recurso do acusado condenado, não há colidência entre o art. 8.2.h da CADH – ou o art. 14.5 do PIDCP – e qualquer artigo da Constituição. Inexiste dispositivo constitucional que preveja: “o condenado não tem direito a recorrer da sentença”.

[...]

O art. 8.2.h da CADH *ordena* que o Estado assegure, a todo condenado, um recurso pleno. Os arts.102, II e 105, II, ambos da CR não são normas que *proíbem* tais recursos (situação 1), nem norma que “permite não fazer” (situação 2), isto é, não instituir o recurso. Logo, não havendo relação de contrariedade ou contraditoriedade, inexistente antinomia.

Isto significa dizer que a inclusão destas normas de direito internacional ao ordenamento jurídico pátrio, por si só, não podem ser tidas como elementos de um novo paradigma.

Poder-se-ia argumentar que as garantias previstas em tratados de direito humanos são conferidas ao cidadão, e não em favor do Estado (BADARÓ, 2017), porém, não advém destes tratados o fundamento para que o Ministério Público recorra, mas sim deste princípio constitucional autônomo, com raízes de cunho histórico, tradicional de uma política legislativa mencionadas anteriormente por TÁVORA e ALENCAR (2017).

Para aqueles que, equivocadamente, compreendem o duplo grau como uma extensão do direito da ampla defesa e do contraditório, o fundamento pode ser encontrado na própria Constituição, em seu art. 5º, LV, que: “*LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. Ainda que se reconheça que o termo “litigantes” é inaplicável ao processo penal, sugerem que o termo “caso penal”, apresentado por COUTINHO (1989), ainda não havia sido apresentado quando da construção do texto constitucional, cujos conceitos da teoria geral do processo foram incorporados.

De qualquer modo, infraconstitucionalmente, o Código de Processo Penal afasta qualquer tipo de dúvida sobre a legitimidade do Ministério Público recorrer, inclusive fazendo uso do segundo grau.

Nesse sentido, confira-se o que dispõe os arts. 576, 577 e 596 do *códex*:

Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

[...]

Art. 596. A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade.

Note-se que o código é expresso ao prever a possibilidade de “interpor” recurso pelo Ministério Público, dentre eles a apelação em face de sentença absolutória. Daí que não há qualquer tipo de fundamento para argumentos como a ausência de previsão legal a nível constitucional como ferramenta para legitimar o recurso, tal como sustenta COSTA DE PAULA (2017), uma vez que, ao contrário do que entende, a legislação infraconstitucional não está em desacordo com qualquer norma constitucional ou tratado de direitos humanos assinado pelo Brasil.

Do mesmo modo, também são descabidas as teses de que, pelo fato de o processo penal ter incorporado diversos conceitos da teoria geral do processo (como partes, lide e interesse), esta legislação infraconstitucional não seria aplicável. Ora, se se vai negar ao órgão acusador o poder de recorrer simplesmente pelo fato de que o “interesse” da teoria geral dos recursos não se equipara aos conceitos próprios exigidos pelo processo penal, pela mesma lógica, praticamente todo o código seria inaplicável.

Inegavelmente, a teoria sobre o processo penal no Brasil precisa ser repensada, com a posterior codificação destes conceitos por ela criada. Porém, até que este novo modelo seja incorporado ao ordenamento jurídico, não há como deixar de aplicar o sistema processual vigente, sob pena de causar um colapso no Estado de Direito.

11 A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A AMPLA ACUSAÇÃO

Outro argumento invocado pela doutrina que defenda a ilegitimidade recursal do Ministério Público é a inexistência de previsão conferindo o direito à ampla acusação. Segundo esta doutrina, o recurso, como materialização da ampla acusação, viola os princípios da inocência e da celeridade processual. A crítica feita é de que somente a ampla defesa é prevista constitucionalmente, e, por isso, não se aplicaria à acusação este direito.

Contudo, apesar da validade desta primeira afirmação, parece evidente que a utilização de recursos expressamente previstos em lei, cujo rol de matérias argúveis é limitado por ela mesma, não configura nenhuma “ampla acusação”. Pelo contrário, apenas evidencia que a acusação e os recursos são exercidos nos exatos limites da lei, sob pena de não recebimento.

Por outro lado, novamente impende ressaltar que nem a ampla defesa e nem o contraditório se confundem com o princípio autônomo do duplo grau de jurisdição, de modo que a simples ausência de previsão constitucional da utilização do duplo grau pela acusação não implica na conclusão de que ela não pode recorrer. Se esta lógica fosse aplicada, sequer ao acusado, antes da assinatura da Convenção Americana de Direitos Humanos, seria conferido o direito de recorrer a uma instância superior.

Neste momento, imperioso ressaltar que a interposição de recurso de apelação pelo Ministério Público, nos termos tratados neste trabalho, não é o mesmo que a reiteração da acusação, mas apenas uma continuidade da situação jurídica processual já estabelecida (LOPES JUNIOR, 2010), com as provas e argumentos já constantes no processo. Assim, se evidenciada alguma irregularidade na aplicação da lei material ou processual, como instituição incumbida de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais (art.127 da Constituição Federal), o Ministério Público não tem somente o direito, mas o dever de utilizar de todos os instrumentos previstos em lei para reparar uma decisão judicial que entende estar incorreta.

Registre-se que não há garantia de que uma decisão emanada por uma corte superior, com um número maior de julgadores supostamente mais capacitados, será a mais acertada que a do juízo de primeiro grau (COSTA DE PAULA, 2017), o que parece ser bem compreendido pela doutrina. Tampouco se ignora os problemas de uma análise cognitiva por um julgador que não instruiu os processos, como bem elucida BADARÓ (2017). Porém, ao menos em tese, o filtro para que decisões judiciais equivocadas, seja pela falibilidade humana, seja pela intenção do próprio julgador, é ainda maior.

Note-se que para sustentar esta tese sequer é invocado o princípio da paridade de armas, claramente confundida por COSTA DE PAULA (2017) como igualdade de partes⁹,

⁹ Costa de Paula, em “*O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 18/09/2017. P190-191*”; crítica o princípio da paridade de armas no processo penal ao dizer que o acusado não possui os mesmos poderes que o Ministério Público, citando, para tanto, a desobrigação da autoridade policial em efetuar as diligências solicitadas pelo acusado e a impossibilidade deste requerer a aplicação de cautelares (dentre elas a

posto que, além de previsão expressa autorizando o recurso, não há como conceber um sistema irrecorrível para o Ministério Público ante o histórico reconhecimento da falibilidade humana, ou mesmo do próprio interesse do Estado em fiscalizar os atos por ele praticados.

Por fim, também não há que se falar prejuízo dos princípios da presunção de inocência ou da celeridade processual.

No que toca ao primeiro, basta lembrar que a apelação não possui o condão de afastar a presunção da inocência do acusado. De fato, até o trânsito em julgado da decisão condenatória não há que se falar em culpabilidade. Logo, não há nenhuma dificuldade em compreender que, ainda que a apelação dê continuidade ao processo, a situação do acusado, presumidamente inocente, não se modifica, de modo que não há prejuízo.

Poder-se-ia dizer que o recurso fere o direito de o acusado ver aquela situação de inocência resolvida de uma vez por todas, retardando o trânsito em julgado da decisão absolutória. Aí se encontra o argumento de que o recurso viola o princípio da celeridade processual. No entanto, além de o princípio da celeridade processual não ser absoluto, sendo-lhe permitida a restrição em razão de situações fáticas dos tribunais, a própria regra processual autoriza a utilização do recurso. Assim, o acusado possui apenas expectativa de que a decisão judicial transite em julgado, não podendo isto implicar no prejuízo da utilização de recursos que a própria lei prevê.

12 O PREJUÍZO DA REDISCUSSÃO DA MATÉRIA FÁTICA PELO ACUSADO

Outro argumento da doutrina que se manifesta pela impossibilidade jurídica do recurso pelo Ministério Público é o do prejuízo da rediscussão da matéria fática pelo acusado condenado em segunda instância. Conquanto tal argumento encontre fundamento na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, estando em acordo com os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e mereça crédito em suas ponderações, a solução (impedir o recurso) não se mostra a mais adequada.

Caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e que reflete a exata hipótese tratada neste trabalho é *Mohamed vs. Argentina*, julgado em 23/11/2012. Naquele caso, Carlos Alberto Mohamed foi julgado e absolvido pelo juízo de primeira instância. Após

prisão) em face do Ministério Público. Estes argumentos, contudo, não prosperam, uma vez que na fase de inquérito sequer há processo para se falar em paridade de armas. Quanto à alegação de que o acusado não pode requerer a aplicação de medidas cautelares em face do Ministério Público, evidentemente confunde o autor o princípio da paridade de armas com a igualdade entre as partes, ignorando a relação processual específica do processo penal.

recurso do Ministério Público, Mohamed foi novamente julgado e, desta vez, declarado culpado. Desta segunda decisão caberiam recursos extraordinário ou especial (BADARÓ, 2017).

Ao julgar o caso, com base no art. 8.2, letra “h”, a Corte entendeu que Mohamed somente teria o direito ao duplo grau preservado mediante um novo julgamento, com nova análise fática, tratando esta decisão condenatória de segundo grau como a primeira condenação. Na decisão, a Corte ressaltou que a revisão integral da sentença condenatória dá maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado e maior segurança aos direitos do condenado (BADARÓ, 2017).

Com base em outros casos, como leciona BADARÓ (2017, não paginado), a Corte Interamericana fixou alguns parâmetros para o direito de recurso, são eles:

- (i) o recurso deve garantir a possibilidade de um exame integral da decisão recorrida;
- (ii) o recurso deve ser acessível, isto é, não devem ser exigidas maiores complexidades que tornem esse direito ilusório, devendo ser mínimas as formalidades exigidas, não podendo constituir um obstáculo para que o recurso concretize sua finalidade de examinar e resolver as questões trazidas pelo recorrente;
- (iii) deve possibilitar a análise das questões fáticas, probatórias e jurídicas da sentença impugnada, posto que há uma interdependência entre as determinações fáticas e a aplicação do direito, devendo o recurso possibilitar um amplo controle dos aspectos impugnados da sentença condenatória; e
- (iv) o recurso deve respeitar as garantias processuais mínimas que, conforme o art. 8.º da CADH, sejam relevantes e necessários para decidir as reclamações do recorrente, o que não significa que deva ser realizado um novo júízo oral.

Tal decisão encontra-se em consonância com o art. 8.2, letra “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos e faz todo o sentido, posto que a lógica do dispositivo está totalmente voltada à proteção do indivíduo que sofreu decisão desfavorável. Nada justifica negar-lhe a reanálise dos fatos após ter sido absolvido em primeira instância e condenado em segunda, seja pela relevância da matéria discutida, seja pela lógica protecionista conferida no Tratado.

No Brasil, contudo, esta situação ainda não foi acolhida, chegando-se ao absurdo de verificar na execução provisória da pena após a condenação em segundo grau uma medida que não conflita com a presunção de inocência.

13 MODELOS DE JULGAMENTO NO SEGUNDO GRAU E A QUESTÃO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

Reconhecido o direito ao duplo grau de jurisdição, ainda há uma questão subjacente essencial para definir a sua exata extensão, ou seja, no que exatamente consiste. Note-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que o segundo grau deve conter a reanálise da questão fática, com respeito às garantias processuais mínimas. Esta garantia, no entanto, varia de ordenamento para ordenamento.

Como ensina BADARÓ (2017), quanto à matéria fática, o segundo grau é entendido em três linhas gerais, sendo elas: a) o julgamento em segundo grau como um novo julgamento; b) o julgamento do segundo grau como uma revisão da sentença, sem atividade probatória nova; c) julgamento de segundo grau como revisão da sentença, sendo que, quando constatada valoração errônea da prova, a sentença é cassada e é determinado o um novo julgamento pelo juízo do primeiro grau.

Como representante desta primeira aceção está o modelo alemão, cujo julgamento em segundo grau é um novo julgamento, seja de questões fáticas ou processuais, inclusive com possibilidade de nova produção probatória (BADARÓ, 2017).

No segundo modelo, perceptível no Brasil e demais países de tradição inquisitória, o recurso não importa em nova ação, mas em um julgamento da sentença sobre as provas produzidas. Assim, o julgador que não participou do momento da instrução probatória apenas exerce um novo juízo de valor da prova produzida. Este modelo, como ensina BADARÓ (2017), é bastante criticado, pois ignora que o segundo grau também envolve os princípios da publicidade, imediação e contraditório.

O terceiro modelo é aquele decorrente de sistemas que não preveem o recurso ordinário, mas o recurso de cassação. O recurso tem como característica a declaração de erro processual, ou de erro de logicidade e integridade da motivação, cujo efeito é a cassação da sentença remete os autos ao primeiro grau, com nova instrução (BADARÓ, 2017).

14 O MODELO ESPANHOL

O modelo processual espanhol toma como base o segundo modelo anteriormente citado, com a peculiaridade de autorizar a produção de novas provas caso a condenação de alguém anteriormente absolvido implique na alteração substancial dos fatos provados. Caso

esta nova interpretação ocorra em decorrência de nova reconsideração dos meios probatórios, exige-se a imediação (BADARÓ, 2017).

Este posicionamento, adotado na sentença 167/2002 e esclarecido na sentença 275/2005, de 24/10/2005, ambos citados por BADARÓ (2017, não paginado), superou o antigo modelo de simples reavaliação de provas, autorizando, se necessária a reprodução das mesmas.

BADARÓ (2017), no entanto, critica a importância dada à imediação, aduzindo que ela não é um fator ou princípio de valoração da prova. Aduz que, ainda que aspectos paralinguísticos no depoimento possam ser relevantes, não é aceitável que tais padrões comportamentais possam servir de fatores capazes de levar à condenação de alguém.

15 O MODELO ITALIANO

Como aponta BADARÓ (2017), o sistema processual italiano também buscou resolver o problema da produção probatória, adotando uma solução bastante parecida com aquela da doutrina que sustenta a impossibilidade do recurso do Ministério Público.

Para elucidar a questão, salienta o professor que a doutrina italiana admite a produção de prova em segunda instância em três hipóteses, quais sejam (BADARÓ, 2017, não paginado):

- (i) a parte requerer, na apelação, a renovação da prova produzida em primeiro grau ou o juiz considerar que não está em condições de decidir no estado do processo; (ii) novas provas forem descobertas após o julgamento em primeiro grau; e (iii) o próprio juiz, *ex officio*, reputa absolutamente necessária sua reprodução.

Para tentar impedir a transformação de uma absolvição de primeiro grau em uma condenação de segunda, na qual o tribunal de segunda instância somente analisa os autos, buscou-se restringir as hipóteses de recurso do Ministério Público em face de sentença absolutória. Em 2006, através da Lei 46 (Lei Pecorella), foi reconhecida a possibilidade de recurso do acusado e do Ministério Público apenas para as mesmas hipóteses quando se tratar de sentença absolutória, qual seja, na necessidade de instrução para prova nova capaz de modificar a decisão da segunda instância (BADARÓ, 2017).

Sobre o tema, a Corte Constitucional (sentença 26, de 2007) declarou a ilegitimidade constitucional desta previsão, considerando que a limitação do poder de recurso do Ministério Público era radicalmente assimétrico ao direito de recurso do acusado sucumbente. Não isenta, a decisão foi criticada pela doutrina, que, além de apontar uma série de premissas

equivocadas, entendia desnecessária a identidade de poderes processuais entre o Ministério Público e o acusado (BADARÓ, 2017).

16 CONCLUSÃO

Conforme se observa após leitura deste trabalho, o direito de recurso e o princípio do segundo grau de jurisdição encontram-se intimamente ligados a fatores de ordem psicológica, política e de fatores humanos que incidem no julgamento das causas de todo o Direito. Atentando-se a estes fatores e para sanar eventuais equívocos cometidos pela própria falibilidade humana, surgem meios de impugnação das decisões judiciais, que se caracterizam, ora como recursos, ora como ações de impugnação.

Estes meios de impugnação, seja da perspectiva do acusado, seja da acusação, tem como objetivo a busca por uma decisão mais favorável, evitando o arbítrio e corroborando para a ideia de uma prestação jurisdicional efetiva.

Concluiu-se que, mesmo após a assinatura da Convenção Americana de Direitos Humanos, no Brasil, não houve grande impacto no sistema recursal, que já se encontrava em consonância com as normas então incorporadas ao ordenamento. E que, os fundamentos para o recurso, tanto da acusação quanto do acusado, independiam de previsão constitucional para serem reconhecidos como válidos.

Demonstrou-se que, apesar da necessária construção de um processo penal pautado em teorias próprias, os conceitos presentes em nosso ordenamento não podem ser afastados sem um outro capaz de substituí-lo à altura.

Aproveitou-se para apresentar alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do duplo grau de jurisdição, e alguns modelos que podem eventualmente ser adotados para o sistema recursal brasileiro.

O que mais se destaca, ao fim das leituras realizadas, é que a tentativa de impedir ou restringir o direito de recurso do Ministério Público não encontram fundamento legal, apesar de as razões invocadas, do ponto de vista da criminologia e, mais precisamente, da política criminal, serem absolutamente legítimas e vinculadas à proteção da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- ASSIS, Araken de. Manual dos recursos (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2015.
- COSTA DE PAULA, Leonardo. O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 18/09/2017.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; GAIO, Raphael Bargiona. Duplo grau de jurisdição no quadro dos direitos e garantias processuais constitucionais: brevíssimas reflexões à luz do ordenamento jurídico pátrio. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13154&revista_caderno=21. Acesso em ago 2018.
- GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. Recursos no processo penal. São Paulo: RT, 2011.
- LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. Salvador: JusPodivm, 2017.
- LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MAGNO, Levy Emanuel. Processo Penal. Série Leituras Jurídicas. Provas e Concursos. São Paulo: Atlas S.A, 2008.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. São Paulo: Atlas, 2017.

RIBEIRO, Evilazio Marques. O estudo principiológico do duplo grau de jurisdição em nível constitucional à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1278>. Acesso em ago 2018.

STJ- REsp nº 10.715 –PR, Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Data de julgamento: 01/12/1993. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100087297&dt_publicacao=04/05/1992. Acessado em 22/08/2018.

TÁVORA, Nestor. Alencar, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. Salvador: JusPodivm. 2017.