



RELEITURA DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS*

31

RETHINKING THE PRINCIPLE OF THE RIGHT TO APPEAL IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Juliana Perlingeiro

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo revisitar o princípio processual do duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro a partir do método comparado. Propõe-se, ao final, um novo paradigma para o sistema jurídico nacional brasileiro, concebendo duas categorias distintas e conciliáveis para o direito ao duplo grau de jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; direitos humanos fundamentais; cortes internacionais; Corte Interamericana de Direitos Humanos; tutela judicial efetiva; direito a uma segunda chance.

ABSTRACT

This paper aims to review the procedural principle of right of appeal in Brazil using the comparative method. Finally, a new paradigm for the Brazilian national legal system is proposed, conceptualizing two distinct yet reconcilable categories of the right of appeal.

KEYWORDS

Constitutional Law; fundamental human rights; fair trial; international courts; Inter-American Court of Human Rights; right to a second chance.

* Texto adaptado do trabalho de final de curso apresentado na Faculdade Nacional de Direito / Universidade Federal do Rio de Janeiro.

1 INTRODUÇÃO

O Direito processual brasileiro vem sofrendo reformas nas últimas décadas em busca de uma maior efetividade, as quais, em geral, fruto de anteprojetos elaborados por comissões integradas pela comunidade jurídica acadêmica.

Porém, apesar de tamanho esforço legislativo, problemas do ponto de vista da eficiência seguem sendo observados. Por exemplo, no que diz respeito ao princípio processual do duplo grau, seria possível que o legislador suprimisse alguns recursos na esfera civil e penal, com o propósito de assegurar celeridade, tal como ocorre nas causas de alçada em execução fiscal? Implica o direito ao duplo grau de jurisdição um óbice à eficácia automática das sentenças, tal como a prisão decorrente de uma condenação penal?

A hipótese de solução a essas e outras questões seria uma releitura do princípio do duplo grau de jurisdição, à luz das orientações firmadas pelos órgãos internacionais, sobretudo acerca das Declarações e Tratados mais relevantes sobre o direito à tutela judicial efetiva na ordem jurídica internacional de direitos humanos.

Em grande parte das jurisdições, a capacidade de apelar contra a condenação é uma recente questão de direito, muito embora, durante séculos, os sistemas jurídicos não permitissem e nem mesmo fornecessem um meio pelo qual os réus pudessem desafiar as sentenças e as condenações. Mais recentemente, o duplo grau de jurisdição passou a ser invocado em função da hierarquia dos juízes de segundo grau, com maior experiência e capacidade de proferir decisões com mais qualidade do que os tribunais e juízes de primeiro grau (MOREIRA, 2009, p. 209; GUINCHARD, 2005, p. 550-551; GUINCHARD, 2011, p. 772; PICARDI, 2010, p. 732).

A revisitação a esse princípio permitirá compreender e observar que, apesar de fundamentos históricos e estruturas institucionais muito diferentes entre os ordenamentos jurídicos, as condenações não podem ser tratadas como finais até que os direitos de apelação tenham sido esgotados ou renunciados.

2 O PRINCÍPIO DO “DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO” NO CONTEXTO INTERNACIONAL E REGIONAL DE DIREITOS HUMANOS

2.1 DECLARAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Apesar de não se referirem expressamente ao princípio do duplo grau de jurisdição, com exceção de uma, algumas declarações foram importantes para o seu desenvolvimento, quais sejam: (I) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; (II) a Declaração Universal dos Direitos Humanos; e (III) a Declaração dos Direitos Humanos no Islã. Enquanto a primeira preocupou-se em trazer uma nova forma de organização judiciária do Estado, as duas seguintes previram de forma implícita o direito ao duplo grau, guardada as suas devidas proporções em face da realidade da época.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789) foi elaborada durante a Revolução Francesa, no ano de 1789. Apesar de não fazer parte do sistema internacional de direitos humanos, foi o primeiro documento a prever a proteção desses direitos e serviu como fonte de inspiração para as declarações posteriores.

É bem verdade que tal tratado não previu o princípio do duplo grau; todavia, trouxe uma organização judiciária aos países

da Europa Ocidental, que anteriormente estava centralizada nas mãos dos soberanos. De acordo com essa organização, existiriam três graus distintos de jurisdição: os tribunais inferiores, que seriam os de primeira instância; os tribunais de recurso, que seriam os de segunda instância; e, por fim, o tribunal que representaria o grau máximo, a exemplo do nosso Supremo Tribunal Federal (GILISSEN, 1995, p. 495).

A despeito da existência de um tribunal de segunda instância, não se entendia que esse direito de recorrer fosse um direito do cidadão, visto que o objetivo inicial do recurso era proporcionar um controle maior do Estado em relação ao seu povo. No entanto, de acordo com Nelson Nery Junior, foi a partir da Revolução Francesa que o Poder Judiciário passou a se organizar de modo a “agasalhar o princípio do duplo grau de jurisdição” (NERY JUNIOR, 2017). Tanto que, na Constituição Francesa do ano de 1795, o princípio já estava previsto, permanecendo até hoje no ordenamento jurídico francês, assim como em grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais (Ibidem, p. 123).

Em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, entende-se que foi adotada e proclamada pelas Nações Unidas no ano de 1948. Tal declaração prevê o direito ao duplo grau de jurisdição, de forma implícita, quando dispõe:

Artigo XI

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Segundo Carolina Lima, no que tange ao dispositivo anterior:

A parte final estabelece que todas as garantias necessárias à defesa do acusado lhe devem ser asseguradas. Assim, a ampla defesa deve ser garantida ao acusado. E a garantia do duplo grau de jurisdição é fundamental para sua defesa, quando o reexame da decisão visar beneficiá-lo. (LIMA, 2004, p. 62, grifo nosso)

Quanto à Declaração islâmica, entende-se que o direito ao recurso pode ser enxergado por meio de uma interpretação extensiva do dispositivo em análise, que prevê, na verdade, o direito à ampla defesa:

V – Direito a Julgamento Justo

b. Ninguém será considerado culpado, senão após um julgamento justo e depois que tenha sido dada ampla oportunidade de defesa. (ORGANIZAÇÃO DA CONFERÊNCIA ISLÂMICA, 1981)

2.2 JURISDIÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O Comitê de Direitos Humanos da ONU, bem como as Cortes dos sistemas regionais de direitos humanos, têm como objetivo principal a proteção integral desses direitos previstos em pactos e tratados internacionais, sobretudo quando não protegidos no âmbito do direito interno.

2.2.1 PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E O COMITÊ INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DA ONU

Diversamente dos sistemas regionais de direitos humanos, que têm a Corte como órgão jurisdicional, a ONU restringe-se ao Comitê Internacional de Direitos Humanos, que não detém esse caráter.

O Comitê, portanto, é responsável por receber e analisar o que se denomina comunicações. Nessas comunicações, indivíduos que estão sob a jurisdição de Estados que fazem parte do PIDCP e entendem terem tido seus direitos humanos violados comunicam ao Comitê, que se restringe à análise da documentação apresentada. Em caso de comprovação dessa violação, esse órgão pede ao Estado-parte a concessão de restituição ou indenização à vítima.

É bem verdade que, em sentido contrário às Cortes, o Comitê não poderia forçar que a sua decisão fosse aplicada (PETERKE, 2010, p. 39). Vale lembrar, ainda, que todas as decisões do Comitê são publicadas com o intuito de auxiliar na interpretação das disposições do Pacto, apesar de não muito contundentes e de não poderem ser impostas (Ibidem).

No entanto, com a aceitação do Protocolo Facultativo do Pacto (PROTOCOLO, 1976) por alguns Estados-membros, esse cenário mudou. Para aqueles que ratificaram tal Protocolo (não foi o caso do Brasil), foi possível ao Comitê reconhecer denúncias elaboradas pelas vítimas, mas somente em casos em que o Estado-parte tenha ratificado também o PIDCP.

Tal Pacto, por sua vez, redigido pela ONU, constitui a Carta Internacional de Direitos Humanos e foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1966. Em seu art. 14, § 5º, prevê o direito ao duplo grau de jurisdição.

Em primeiro lugar, é importante assinalar o entendimento que o Comitê vem concedendo ao termo “em conformidade com a lei” ao longo dos últimos anos, especialmente em relação a esse dispositivo:

A expressão “em conformidade com a lei”, neste dispositivo, não tem por objetivo deixar ao arbítrio dos Estados partes a existência do direito ao recurso, já que esse é um direito reconhecido pelo Pacto, e não meramente pelo direito interno. O termo “em conformidade com a lei” relaciona-se com a determinação das modalidades pelas quais a revisão por um tribunal superior deve ser realizada, assim como qual tribunal deve ser responsável por realizar uma revisão de acordo com o Pacto. (NAÇÕES UNIDAS, 2007)

Em um segundo momento vale reiterar que, além de previsto explicitamente no Pacto, a revisão de sentença por um tribunal superior também encontra-se presente no *General Comment 32* (Ibidem, p. 1-18).

Em relação ao art. 14 § 5º, do Pacto, o *General Comment 32* é bem claro ao não limitar o direito ao princípio do duplo grau de jurisdição apenas às infrações mais graves (NAÇÕES UNIDAS, 2007, p.14).

Outra ressalva estipulada por ele seria em relação ao momento processual da violação ao duplo grau:

O artigo 14, parágrafo 5, é violado não apenas se a

decisão do tribunal de primeira instância for definitiva, mas também quando uma condenação imposta por um tribunal de apelação ou um tribunal de última instância, após a absolvição por um tribunal inferior, de acordo com o direito interno, não pode ser revista por um tribunal superior. Quando a mais alta corte de um país atua como primeira e única instância, a ausência de qualquer direito de revisão por um tribunal superior não é compensada pelo fato de ser julgado pelo tribunal supremo do Estado parte em questão; em vez disso, tal sistema é incompatível com o Pacto, a menos que o Estado parte em questão tenha feito uma ressalva para esse efeito (Ibidem, § 47, p. 14) [tradução nossa].

Ao destrinchar tais momentos, tem-se: (i) quando o réu é absolvido em primeira instância, mas condenado ao apelar, conforme a comunicação *Bernardino Gomariz Valera v. Spain* (NAÇÕES UNIDAS, 2002);¹ e (ii) quando o réu é julgado pelo tribunal mais alto, conforme a comunicação *Jesús Terrón v. Spain* (NAÇÕES UNIDAS, 2002).²

O Pacto prescreve, ainda, que a revisão da sentença não se atenha às questões formais e jurídicas, devendo haver também a revisão das questões fáticas, conforme comunicação emitida pelo Comitê Internacional de Direitos Humanos no ano de 1996:

caracteriza-se como uma revisão judicial incompleta. [...]

O Comitê, entretanto, observa que, independentemente do nome do recurso em questão, ele deve cumprir os requisitos previstos no Pacto.

[...]

O Comitê conclui que a inexistência de qualquer possibilidade de revisão integral da condenação e da sentença do autor, [...] tendo a revisão se limitado aos aspectos formais ou jurídicos da condenação, significa que as garantias previstas no artigo 14, parágrafo 5 do Pacto não foram cumpridas. (NAÇÕES UNIDAS, 1996)³

2.2.2 CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM E A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Diferentemente da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Europeia não previu em seu texto original o direito ao duplo grau de jurisdição, mas sim, posteriormente, em 1984, quando os países signatários assinaram o Protocolo 7, que dispõe:

Artigo 2º

Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal

1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei.

2. Este direito pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou

quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição. (CONSELHO DA EUROPA, 2013)⁴

Como pode-se observar, o dispositivo é bastante claro em sua redação, não deixando margem para ambiguidades. Ele define três exceções ao princípio, quais sejam: (I) é dispensado o recurso quando a situação tratar de crime de menor potencial ofensivo; (II) é dispensado o recurso quando o denunciado já houver sido julgado por um tribunal de maior hierarquia ou já houver sido condenado após recurso contra decisão absolutória; e (III) é dispensado o recurso quando o interessado já tiver sido julgado pela mais alta jurisdição de seu país (ECHEVERRIA; VARELLA, 2018).

A aplicação do princípio já foi tema de alguns julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, sobretudo no que tange aos aspectos acima elencados, como por exemplo quais seriam os limites de “infracções menores” ou ainda a respeito da indispensabilidade da revisão apenas parcial pelos tribunais superiores das decisões de primeira instância (Ibidem). Em relação à definição da infração como menor, já existem esclarecimentos do próprio Protocolo a esse respeito, mas, ainda assim, a questão é muito suscitada na Corte Europeia de Direitos Humanos.

No precedente *Zaicevs vs. Latvia*, de 2007, a Corte Europeia reiterou que a não possibilidade de apelar constitui uma violação do art. 2 do Protocolo 7, salvo se for abrangida por uma dentre as três exceções a que se refere o segundo parágrafo do artigo.

A discussão deu-se, sobretudo, no que diz respeito à restrição da aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição em virtude da classificação do crime como de menor potencial ofensivo, uma vez que a legislação doméstica da Letônia assim o considerou. No entanto, a Corte decidiu:

O Governo alegou que o crime pelo qual o requerente foi condenado era um crime de “infração menor” na aceção do artigo 2 §2. A esse respeito, a Corte considerou os termos do Relatório Explicativo do Protocolo 7, que declara expressamente que, para decidir se uma infração é de menor gravidade, um critério importante é saber se a infração é punível com pena privativa de liberdade na prisão ou não. No caso em apreço, [...] estipulava que a infração em questão era punível com pena de prisão de até quinze dias. Levando em consideração o objetivo do art. 2 e a natureza das garantias por ele previstas, a Corte está convencida de que um crime para o qual a lei prevê uma pena privativa de liberdade como pena principal não pode ser descrito como “menor” na aceção do segundo parágrafo desse artigo.

[...]

Consequentemente, houve uma violação do artigo 2 do Protocolo 7. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, n. 65022/01, 2007) [tradução nossa]

A Corte Europeia, pelos motivos acima expostos, entendeu, por unanimidade, a violação do referido artigo do Protocolo.

Em outro precedente, *Saqueti Iglesias vs. España*, de julho de 2020, a Corte Europeia entendeu que o princípio do duplo grau de jurisdição deveria sim ser aplicado, por mais que a sanção imposta não fosse penal, mas sim, administrativa:

Em primeiro lugar, a Corte deve determinar se a infração pela qual o queixoso foi condenado não é uma “infração menos grave” na aceção do artigo 2 §2 do Protocolo 7 e se, portanto, era necessário recorrer a um tribunal de segunda instância para tratar do assunto. Consequentemente, esta Corte deve levar em consideração os termos do Relatório Explicativo do Protocolo 7, que estabelece expressamente que, ao decidir se um crime é menos grave, um critério importante é se o referido crime é punível com pena privativa de liberdade. No caso em apreço, é incontestável que a pena aplicada ao recorrente não pode ser substituída, em caso de falta de pagamento, por uma pena privativa de liberdade. No entanto, a ausência da referida pena privativa de liberdade não é um fator determinante ou o único critério a levar-se em consideração.

[...]

A existência da pena de prisão constituirá, portanto, um fator a se ter em conta quando que a Corte deve decidir sobre a menor gravidade do delito, mas não será por si só determinante. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, n. 50514/13, 2020) [tradução nossa]

A sanção administrativa, arbitrada em um altíssimo valor, teve um peso considerável para que a infração não fosse enquadrada como “menos grave” e adquirisse, assim, o direito ao princípio do duplo grau de jurisdição:

No caso em apreço, a Corte indica que, nos termos da Lei, o demandante poderia ser multado entre 600 euros e o dobro do valor do meio de pagamento utilizado, devendo finalmente desembolsar a totalidade do valor apreendido, ou seja, 153.800 euros.

[...]

Consequentemente, esta Corte considera que a apreensão de praticamente todo o montante apurado durante o controle aduaneiro efetuado no presente caso, sem que as autoridades nacionais tenham efetuado um teste de proporcionalidade, impede que a infração seja considerada “menos grave”. na aceção do artigo 2 do Protocolo 7.

[...]

Não sendo aplicável a exceção prevista no artigo 2 § 2 do Protocolo 7, esta Corte declara que o autor tinha direito à revisão da sentença em instância superior. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2020, p. 12-13) [tradução nossa]

Mais uma vez a Corte entendeu, por unanimidade, pela violação ao art. 2 § 2 do Protocolo 7.

Portanto, em conjunto com as minuciosidades do dispositivo e os precedentes firmados pela Corte Europeia de Direitos

Humanos, é possível observar que ela, desde sempre, estipulou limites à aplicação do princípio processual em discussão.

2.2.3 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) foi criada no ano de 1959 com o objetivo de, inicialmente, fiscalizar o cumprimento dos direitos humanos nos países e cuidar de algumas situações particulares de violação desses direitos. A partir de 1965, foi concedida a ela o direito de receber denúncias nas quais se alegavam violações dos direitos humanos, o que facilitou muito a sua atuação.

Enquanto a Corte Europeia de Direitos Humanos permite aos Estados uma maior autonomia ao conceder “a possibilidade de dar conteúdo próprio aos conceitos” (ECHEVERRIA; VARELLA, 2018, p. 4), a Corte Interamericana de Direitos Humanos é menos flexível nesse aspecto, porquanto ela não dá margem a qualquer exceção à regra no tocante à aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição. Sendo assim, a jurisprudência é vasta nesse sentido.

Em relação ao princípio do duplo grau, a Corte IDH tem se manifestado, diversas vezes, ao longo de quase 25 anos, no sentido de que um recurso efetivo constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH, 1997, 2003, 2009, 2012). A previsão do princípio do direito ao duplo grau de jurisdição, no art. 8.2 “h” bem como o direito de todos a um recurso, no art. 25, encontra-se presentes na Convenção Americana de Direitos Humanos:

Art. 8 – Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

h) **direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.**

Art. 25 – Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969) [grifo e tradução nossa]

A jurisprudência da Corte I.D.H. foi construída ao longo dos anos, preenchendo as lacunas deixadas por ambos os arts., de modo que alguns pontos destacam-se: (I) o acesso real aos tribunais superiores; (II) a necessidade de reexame integral da decisão de primeira instância, envolvendo questões de fato e de direito; (III) a existência de jurisdição superior quando há decisão condenatória, mesmo que seja uma terceira instância; e (IV) a possibilidade do reexame ser

realizado pelo mesmo tribunal, em caso de foro privilegiado (ECHEVERRIA; VARELLA, 2018).

Em relação ao acesso aos tribunais superiores, entende-se que a simples existência de uma instância superior não bastaria, sendo necessário também, ao culpado, o acesso à Justiça, sendo este um dos conceitos fundamentais considerado pela Comissão no contexto da proteção dos direitos de toda pessoa sob jurisdição dos Estados americanos.

No caso *Mohamed vs. Argentina* (CIDH, 2012), do ano de 2012, os representantes do réu alegaram não terem sido respeitadas as garantias processuais, sobretudo o direito ao princípio do duplo grau, tendo em vista que o único recurso previsto na legislação processual argentina para contestar a condenação em segunda instância, o recurso extraordinário, não permitiu a revisão dos fatos e de direito contidos na sentença (Ibidem, § 67, p. 23).

No entanto, o Estado argumentou em sentido contrário, fazendo uso do direito internacional comparado ao referir-se ao art. 2, §2, do Protocolo 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Alegou que o sr. Mohamed, como foi condenado pela primeira vez em segunda instância, se enquadraria na exceção de tal artigo no sentido de que a ele não caberia o direito a um duplo grau de jurisdição porque já havia sido “condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição”.^{5 6} Ou seja, o fato de ter sido condenado em segunda instância, após recurso do Ministério Público, por um tribunal que reverteu a decisão de absolvição de primeira instância impediria, na visão do Estado e com base na legislação de outra Corte internacional, que o réu recorresse. No entanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi categórica em sua decisão:

A este respeito, a Corte não coincide com o alcance que a Argentina outorga a essa norma do Sistema Europeu para interpretar a norma correspondente da Convenção Americana, já que justamente esta última não prevê exceções como fez expressamente o disposto no Sistema Europeu.⁷

Ademais, a Corte IDH reiterou a importância do acesso ao recurso:

A eficácia do recurso implica que ele deve fornecer resultados ou respostas para a finalidade para a qual foi concebido. Da mesma forma, o recurso deve ser acessível, ou seja, não pode exigir maiores complexidades que tornem esse direito ilusório⁸. Nesse sentido, a Corte considera que as formalidades exigidas para a admissão do recurso devem ser mínimas e não devem constituir obstáculo para que o recurso cumpra seu propósito de examinar e resolver as queixas sustentadas pelo recorrente. (CIDH, 2012) [grifo e tradução nossa]

Por fim, a Corte Interamericana decidiu pelo direito ao duplo grau de jurisdição de Mohamed, a fim de que obtivesse uma revisão integral de sua condenação por homicídio culposo em conformidade com o art. 8.2.h da Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, seria possível requerer a revisão de

questões de ordem diversa tais como a correção de possíveis erros de interpretação ou avaliação de provas:

*A Corte indicou que o direito de recorrer da decisão é uma garantia essencial que deve ser respeitada no âmbito do devido processo legal, a fim de permitir que uma sentença desfavorável seja revista por outro juiz ou tribunal de hierarquia orgânica superior. O duplo grau de jurisdição, expresso através do acesso a um recurso que outorga a possibilidade de revisão plena da condenação, confirma o fundamento e concede maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado, ao mesmo tempo que proporciona maior segurança e proteção dos direitos dos condenados. Da mesma forma, a Corte indicou que o importante é que o recurso garanta a possibilidade de um **exame completo da decisão recorrida**.*

[...]

Com base nas considerações anteriores, a Corte conclui que, nos termos da proteção conferida pelo artigo 8.2.h da Convenção Americana, o senhor Mohamed tinha o direito de recorrer da sentença proferida [...] já que foi condenado como autor do crime de homicídio culposo. (CIDH, 2012, p. 31) [grifo e tradução nossa]

Em outro caso bastante conhecido da Corte IDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, do ano de 2004, sobre o direito de recorrer da sentença, a Corte assim entendeu:

A Corte considera que o direito de recorrer da decisão é uma garantia primária que deve ser respeitada no âmbito do devido processo legal, a fim de permitir que uma sentença desfavorável seja revista por outro juiz ou tribunal de hierarquia orgânica superior. O direito de apelar da decisão deve ser garantido antes que a sentença adquira qualidade de coisa julgada. Busca resguardar o direito de defesa concedendo no processo a possibilidade de interposição de recurso para evitar que se firme uma decisão com vícios e que contenha erros que irão causar dano indevido aos interesses de uma pessoa.

[...]

A Corte indicou que o direito de apelar da sentença, consagrado na Convenção, não se satisfaz com a mera existência de um órgão de nível superior daquele que julgou e condenou o acusado, ao qual o acusado tem ou pode ter acesso. Para que haja uma verdadeira revisão da sentença, no sentido exigido pela Convenção, é necessário que o tribunal superior reúna as características jurisdicionais que o legitimam para conhecer do caso concreto. (CIDH, 2004, p. 81) [tradução nossa]

Outra lacuna da Convenção Americana de Direitos Humanos sanada pela Corte IDH em relação ao princípio do duplo grau de jurisdição relaciona-se com a possibilidade de o reexame ser realizado pelo mesmo tribunal, em caso de foro privilegiado. O precedente firmado pela Corte já foi até mesmo utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro. No julgamento do caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* (CIDH, 2009, p. 1-31), do

ano de 2009, a Corte entendeu ser aceitável a revisão da sentença condenatória por outro órgão do mesmo tribunal, mesmo que o condenado goze de foro privilegiado:

[...] a Corte declara que a Venezuela violou o direito do senhor Barreto Leiva reconhecido no artigo 8.2.h da Convenção, [...] uma vez que a condenação partiu de um tribunal que ouviu o processo em instância única e o condenado não teve, portanto, a possibilidade de contestar a decisão.

[...]

A Comissão afirmou que “em decorrência da extensão do foro privilegiado”, o senhor Barreto Leiva “não tinha proteção judicial e ficou indefeso diante de uma decisão irrecorrível”.

[...]

*a Corte julga oportuno ordenar ao Estado que, dentro de um prazo razoável, adapte seu ordenamento jurídico interno, de modo a garantir o direito de recorrer das sentenças, nos termos do artigo 8.2.h da Convenção, a qualquer pessoa julgada por um delito penal, **inclusive aqueles que gozam de foro privilegiado**. (CIDH, 2009, p.19, 21 e 28) [grifo e tradução nossa]*

Por fim, após inúmeras decisões a respeito dos mencionados artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte, em jurisprudência recente (CIDH, 2014, p.1-155), do ano de 2014, delimitou as características mínimas que o recurso deve ter, levando em conta os precedentes passados e a proteção efetiva dos direitos humanos. Ele deve:

- (i) *Ser ordinário: o direito de interpor recurso contra a decisão deve ser garantido antes que a sentença adquira qualidade de coisa julgada, já que visa proteger o direito de defesa ao evitar que uma decisão adotada contenha erros que irão causar danos indevidos aos interesses de uma pessoa, assim como previsto no caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica; (CIDH, 2004, §158)*
- (ii) *Ser acessível: sua apresentação não deve exigir maiores complexidades que tornem este direito ilusório, assim como previsto no caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. As formalidades exigidas para a admissão devem ser mínimas e não devem constituir obstáculo para que o recurso cumpra seu propósito de examinar e dirimir as queixas sustentadas pelo recorrente; (Ibidem, § 164)*
- (iii) *Ser efetivo: a existência formal do recurso não é suficiente, mas deve permitir que resultados ou respostas sejam obtidos para o fim para o qual foi concebido. Independentemente do regime ou sistema recursivo adotado pelos Estados Partes e da denominação que eles atribuem aos meios de contestação da condenação, deve constituir um meio adequado para buscar a correção de uma condenação errônea, assim como previsto no caso Mohamed vs. Argentina; (CIDH, 2012, §100)*

- (iv) *Permitir um exame ou revisão exaustivos da decisão impugnada: deve garantir a possibilidade de um exame exaustivo da decisão impugnada, assim como previsto no caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (CIDH, 2004, § 165). Deve, portanto, permitir a análise das questões factuais, probatórias e jurídicas em que se baseia a decisão impugnada, visto que na atividade jurisdicional existe uma interdependência entre as determinações de fato e a aplicação da lei, de modo que uma determinação errônea dos fatos implica uma aplicação errônea ou imprópria da lei. Consequentemente, os fundamentos de origem do recurso devem permitir um controle exaustivo dos aspectos contestados da condenação;*
- (v) *Estar à disposição de todos os condenados: o direito de recorrer da decisão não pode produzir efeitos se não for garantido para todos os condenados, visto que a condenação é a manifestação do exercício do poder punitivo do Estado. Deve ser garantido até mesmo contra os condenados por meio de sentença que revoga a absolvição;*
- (vi) *Deve respeitar as garantias processuais mínimas: os regimes recursivos devem respeitar as garantias processuais mínimas que, de acordo com o artigo 8º da Convenção, sejam pertinentes e necessárias para dirimir as queixas apresentadas pelo recorrente. (CIDH, 2014, § 270, p.93) [tradução nossa]*

Com a análise dos casos acima citados, torna-se possível constatar que, ao tratar dessa garantia processual em específico, as Cortes Europeia e Interamericana divergem em alguns pontos, como por exemplo a não concessão do princípio do duplo grau por parte da CEDH em caso de infrações de menor potencial ofensivo, enquanto a CIDH não admite tal posição. Ademais, um recurso que seja acessível e proponha a revisão integral da decisão é de extrema essencialidade à Corte em questão.

2.2.4 CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (CARTA DE BANJUL) E A CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS

Em contraste aos outros dois sistemas regionais de direitos humanos, o sistema regional africano, inicialmente, carecia de uma corte, trazendo apenas uma comissão que possuía previsão na Carta Africana de Direitos Humanos, também conhecida como Carta de Banjul. Por um lado, há a explicação idealista de que a forma tradicional africana de solução de litígios seria por meio da conciliação e mediação, evitando, assim, o Judiciário.

Por outro lado, há quem diga que os Estados membros da antiga OUA prezavam pela sua soberania recém-descoberta e não desejavam limitá-la por meio de um tribunal supranacional. Portanto, a noção da Corte Africana de Direitos Humanos veio surgir apenas em 1994, alguns anos após a adoção da Carta Africana de Direitos Humanos. (HEYNS, 2004, p. 686)

A Carta de Banjul, ao reconhecer a proteção dos direitos civis e políticos, assemelhou-se aos instrumentos normativos internacionais e, em termos práticos, tais direitos passaram a receber um maior cuidado por parte da Comissão e da Corte africanas. (Ibidem, p. 687)

A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, por sua vez, é um órgão político que deve exercer suas funções com independência; cabe a ela promover esses direitos humanos, elaborando estudos e pesquisas, assim como princípios, regras e resoluções no campo dos direitos humanos. À Comissão, ainda, compete receber petições de indivíduos ou ONGs em que esses direitos estejam sendo violados e tentar buscar uma solução amistosa. (PIOVESAN, 2019, p. 259)

Dentre muitos direitos individuais reconhecidos pela Carta e protegidos pela Comissão e pela Corte, ganha atenção especial o direito ao *fair trial* que, apesar de escassa proteção no regulamento em comparação aos padrões internacionais, encontra-se presente no dispositivo. (HEYNS, 2004, p. 687)

Tendo isso em vista, apesar de não haver exigência expressa na Carta Africana de Direitos Humanos, o direito ao duplo grau de jurisdição é um princípio geral e inderrogável do direito internacional (UDOMBANA, 2006, p. 299-332) que, de acordo com parecer da Comissão Africana de Direitos Humanos, pode-se extrair do *fair trial*. Dessa forma, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos decidiu que, em casos de penas restritivas de liberdade, a falta de acesso aos recursos seria uma violação clara do artigo 7 (1) (a) da Carta, que prevê:

Artigo 7

1. *Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende:*

a) *o direito de recorrer aos tribunais nacionais competentes contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes em vigor; (ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA, 1981)*

Tal princípio não se aplica a todos os casos, mas apenas àqueles em que as penalidades severas são impostas.

Sabe-se que o direito ao recurso, quando presente, deve satisfazer as condições de eficácia. Um recurso efetivo seria aquele em que, após a decisão em primeira instância, permite uma reconsideração do caso por uma jurisdição superior.

No Fórum de Consciência (*Forum of Conscience*), a uma ONG de direitos humanos de Serra Leoa foi apresentada uma queixa em nome de 24 soldados que foram julgados e condenados à morte pelo Tribunal Militar por, supostamente, terem tido papéis relevantes no golpe que derrubou o governo do Presidente Ahmed Tejan Kabah. Nesse caso, alegou-se a violação do artigo 7 (1) (a) da Carta Africana de Direitos Humanos, anteriormente citado, no sentido de não permitir às vítimas o direito ao duplo grau de jurisdição contra a condenação (SERRA LEOA, 2000).

A execução dos soldados ocorreu anteriormente à apresentação da queixa perante a Comissão Africana, que considerou aquela válida. De acordo com a Comissão, a negação às vítimas do direito de apelar aos órgãos nacionais competentes violou o artigo 7 (1) (a) da Carta Africana de Direitos Humanos, tem sido considerado um grave desrespeito aos direitos humanos, uma vez que a situação era irreversível (UDOMBANA, 2006, p. 323).

No entanto, apesar desse posicionamento da Comissão, nas palavras de Christof Heyns, o trabalho dela não é amplamente conhecido, e os Estados-partes não levam suas resoluções

muito a fundo. Por ser muito recente, não compõe uma força continental em matéria de direitos humanos (HEYNS *apud* PIOVESAN, 2019, 260).

Além disso, por mais que a Comissão possua essa limitação e a jurisprudência da Corte Africana não seja vasta em relação à violação do princípio do duplo grau, em contraposição aos sistemas europeu e interamericano, ela já se mostrou apta e disposta a salvaguardá-lo.

3 NOVAS PERSPECTIVAS PARA O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO DO PONTO DE VISTA DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JUDICIAL EFETIVA E DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA JUDICIÁRIA

No Direito brasileiro, o princípio do duplo grau de jurisdição pode corresponder a um direito fundamental se inerente à própria ideia do direito a uma tutela judicial efetiva (e que se entrelaça com a cláusula do *procedural due process of law*), com base no art. 5º XXXV e LV da Constituição; tal fato é um consenso em muitos países com a cultura jurídica do *civil law*. Assim, por exemplo, entende Llobregat, em relação ao Direito espanhol:

[...] *de acordo com o Tribunal Constitucional, a própria validade do direito fundamental ao recurso (que se diz estar implicitamente integrado no direito fundamental a uma tutela judicial efetiva) depende do legislador ordinário ter previsto algum ou alguns meios de impugnação nas leis processuais.*⁹

Andrea Proto Pisani defende: *i mezzi di impugnazione costituiscono uno sviluppo del diritto di azione e del diritto di difesa costituzionalmente garantiti*, ou seja, que os recursos constituem um desenvolvimento do direito de ação e do direito de defesa garantido constitucionalmente. (PISANI, 2010, p. 452)

No entanto, tal perspectiva vem acompanhada da noção de que se considera garantido o direito à tutela judicial efetiva caso esteja sendo conferido à parte litigante o acesso aos recursos previstos em lei, o que significaria dizer que a regulamentação do princípio da tutela judicial efetiva e, portanto, do duplo grau de jurisdição, pode ser desenvolvida pelo legislador e este terá uma ampla margem de discricionariedade política para definir quais decisões devem ou não se sujeitar a recursos (GARBERÍ LLOBREGAT, 2008, p. 135).

Nesse sentido, para Robles Garzón,

no entanto, este direito ao recurso não supõe uma obrigação imposta ao legislador para que este estabeleça recursos no processo civil, mas antes se articula como o direito de requerer e obter proteção através dos canais de recursos que as leis preveem. (ROBLES GARZÓN, 2008, p. 371)

José Carlos Babosa Moreira apontava que *multiplicar ad infinitum os meios de impugnação produziria efeito diametralmente oposto e igualmente danoso* (MOREIRA, 2009, p. 229).

Portanto, em termos práticos, a perspectiva de que o duplo grau de jurisdição é inerente ao direito fundamental da tutela judicial efetiva, no Brasil, não tem uma consequência tão diferente

daquela que se extrai da tese de que o duplo grau de jurisdição está lastreado nas regras constitucionais de competência judiciária, isso porque tanto em um caso, quanto em outro, acaba-se conferindo ao legislador um amplo poder de discricionariedade política para indicar os casos que se sujeitariam a um recurso.

Nesse cenário, o limite para o legislador seria não exercer o seu poder discricionário político para regulamentar a tutela judicial efetiva de tal forma a inviabilizar por completo o duplo grau de jurisdição; porém, esse extremo não se conhece até o momento no Direito brasileiro.

A propósito, do ponto de vista dos direitos fundamentais, em um conflito de Direito Privado, é correto dizer que ambas as partes teriam o direito fundamental a um recurso sempre que a decisão judicial lhes fosse prejudicial. Porém, em um conflito envolvendo um particular e a Administração Pública, assim como no processo penal, o direito fundamental a um recurso estaria apenas ao lado da parte processual pessoa física ou jurídica de Direito Privado (SILVA; SOMMERMAN, 2014); a Administração Pública ou o Ministério Público não detêm direitos fundamentais à tutela judicial efetiva e a um recurso correspondente, mas sim, poderes para se valer de instrumentos processuais perante o Judiciário segundo a discricionariedade política do legislador ou da Constituição, para “tutelarem” direitos fundamentais indeterminados em nome do interesse público.

3.2 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO DO PONTO DE VISTA DO DIREITO HUMANO A UMA SEGUNDA CHANCE

Perante o PIDCP e a CADH que, aliás, também preveem a cláusula da tutela judicial efetiva, a questão do duplo grau de jurisdição toma um outro rumo. Isso porque, diante das normas internacionais de direitos humanos, além de se consagrar a cláusula da tutela judicial efetiva que, em geral, é prevista por todas as constituições dos Estados (GARRONE, 2000), aquelas normas internacionais preveem uma regra específica para o duplo grau de jurisdição em favor de um condenado no âmbito penal, como anteriormente explicitado.

O que as normas internacionais de direitos humanos dizem, portanto, em relação aos condenados penais, é que estes terão uma segunda chance.

Nesse contexto, isso significa que os sistemas jurídicos nacionais, além de terem o dever constitucional de criar um recurso na parte cível e uma discricionariedade para criarem recursos na parte penal em favor do Ministério Público, os sistemas jurídicos sempre terão um dever humano de criar um recurso processual com cognição ampla em favor de todo acusado penal contra uma condenação que se dê em primeira ou em segunda instância, desde que seja pela primeira vez, de modo que ao condenado seja oferecida uma segunda chance.

O último ponto de relevância que não deve ser esquecido nessa abordagem do Direito Internacional, o qual já foi consagrado pelo TEDH, com base no Protocolo 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que tem redação idêntica à CADH e o artigo 14 § 5º do PIDCP, é que esse duplo grau de jurisdição acerca da sentença penal condenatória em favor do condenado se aplica não apenas ao processo penal, mas a processo administrativo disciplinar sancionatório em que o Estado seja parte e o particular tenha sido condenado (vide precedente *Saquetti Iglesias vs.*

España da Corte Europeia de Direitos Humanos).

Logo, deve-se levar em consideração o fato de que a referida jurisprudência do TEDH é, em geral, recepcionada pela Corte IDH. Na visão de Flávia Bahia, a Corte IDH:

[...] é marcada pelo desafio de enfrentar complexos temas da agenda contemporânea de direitos humanos, inovando e **avançando em sua jurisprudência a partir da incorporação da jurisprudência da Corte Europeia**. [...] **O diálogo com a Corte Europeia permite iluminar temas desafiadores, com alusão a precedentes, interpretações, concepções e princípios adotados pela jurisprudência do sistema europeu**. [...] a Corte Interamericana, com base na interpretação sistemática, adota como referência interpretativa o *Direito Internacional dos Direitos Humanos (compreendendo o sistema global e os sistemas regionais europeu, interamericano e africano)* [...] o diálogo entre as cortes Europeia e Interamericana tem fomentado a transformação mútua dos sistemas regionais, mediante a “*interamericanização*” do sistema europeu e a “*europização*” do sistema interamericano. (PIOVESAN, 2019 p. 249 e 251) [grifo nosso]

Dado esse fato, há uma grande similitude entre o processo penal e o processo jurisdicional administrativo.

Afigura-se compatível com o sistema jurídico brasileiro, então, estender o duplo grau de jurisdição ao processo administrativo de natureza jurisdicional, que trata, basicamente, das ações de improbidade administrativa. Isso porque, nessa relação processual, o Estado ocupa uma posição análoga àquela que ocupa no processo penal. Vale dizer, detém a iniciativa da ação judicial e detém poderes de império para proceder à fase investigatória prévia. Dessa forma, há coerência no entendimento firmado pela Corte Europeia no precedente *Saqueti Iglesias vs. España*, já citado no item anterior.

Portanto, analogicamente, invocar-se-ia esse entendimento consagrado pelo TEDH, para no Brasil, por exemplo, permitir igual alcance dessas regras internacionais ao processo de ação da improbidade administrativa; não seria extensível tal perspectiva a qualquer processo administrativo ou tributário, nem mesmo à execução fiscal, mas apenas àqueles processos em que o Estado, como agente persecutório, busca uma sanção ao particular que seja restritiva de sua liberdade, isto é, em um processo jurisdicional muito próximo à sanção prevista no Direito Penal.

Naturalmente, tal como ocorre com um direito fundamental, somente indivíduos ou entes privados, no âmbito de um processual penal e de um processo jurisdicional administrativo, podem invocar a titularidade de tal direito humano, que não favorece as autoridades públicas litigantes.

3.3 PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL PARA O DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO BRASIL

No Direito brasileiro, estamos diante de duas perspectivas do duplo grau de jurisdição: tanto a de uma perspectiva geral, a do Direito Constitucional, quanto a de uma perspectiva do Direito Internacional, que se refere ao duplo grau de jurisdição

como um favor para os condenados no processo penal e no processo jurisdicional administrativo.

Considera-se que o duplo grau de jurisdição, do ponto de vista da Constituição, é extraído ora da noção de tutela judicial efetiva ora da distribuição de competência dos tribunais, e na prática o duplo grau estará sempre sendo regulamentado de modo proporcional pelo legislador infraconstitucional (ARENHART *et al.*, 2015, p. 508).

Então, levando-se em consideração que no plano do Direito Constitucional o duplo grau de jurisdição acaba sendo objeto de discricionariedade do legislador infraconstitucional e, ainda, examinando o duplo grau no cenário do direito internacional, que prevê regras mais específicas para essa garantia processual (são regras que dizem claramente que da sentença penal condenatória resulta um direito), essa regra internacional há de ser implementada entre nós na medida em que ela, no Brasil, detém caráter de suprallegalidade (BRASIL, 2000).

Como o comando normativo internacional é claro e explícito, dele não se pode extrair uma ampla margem de discricionariedade política do legislador, tal como se extrai da cláusula genérica da tutela judicial efetiva. Isso significa dizer que, do ponto de vista das normas internacionais de direitos humanos, o legislador brasileiro tem o dever de consagrar o direito de recorrer contra uma sentença condenatória no processo penal e processo jurisdicional administrativo. É inegável que as normas internacionais estabeleceram um *standard* mínimo e inegociável pelo legislador (DJUKIC, 2018, p. 221).

A propósito, o princípio *pro homine* é o princípio em que o direito fundamental deve ser interpretado como um direito humano e esta interpretação deve ser sempre a mais vantajosa ao indivíduo; na visão de Ramos, *a interpretação pro homine implica reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação ao caso concreto, na exigência de adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo* (RAMOS, 2014, p. 105).

Portanto, as duas perspectivas do Direito brasileiro para o duplo grau de jurisdição não se excluem, antes se complementam.

3.3.1 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE E EFEITOS SUSPENSIVOS DOS RECURSOS

O direito a um recurso, quando extraído das normas constitucionais mediante a leitura do direito à tutela judicial efetiva e à leitura das regras constitucionais de competência judiciária, se sujeitam, como mencionado, a um maior poder de discricionariedade política do legislador regulamentar. Isso significa que o legislador, mediante proporcionalidade pode e deve fixar limites e condições para o exercício do direito ao recurso, levando em conta outros direitos fundamentais em jogo, como ocorre nas execuções fiscais de valores mínimos, em que o gasto com a demanda judicial pode ser maior do que o próprio crédito perseguido.

Entretanto, a regra internacional que assegura o direito a uma segunda chance não toleraria uma regulamentação legislativa para negar o seu cabimento contra alguma decisão condenatória penal e condenatória (jurisdicional) administrativa. Isto é, o direito a uma segunda chance seria aplicável a decisões condenatórias de qualquer valor e sobre qualquer matéria, de modo que o legislador estaria autorizado a regulamentar outros requisitos de

admissibilidade, tais como tempestividade, regularidade formal, preparo etc., porém jamais o requisito do *cabimento*.¹⁰

No que se refere aos efeitos suspensivos das decisões judiciais, as diferentes perspectivas para o duplo grau de jurisdição levam igualmente a soluções diferenciadas. Uma sentença cível condenatória tende a desafiar um recurso com efeito unicamente devolutivo, sendo de se presumir sua legalidade que seria rejeitada apenas diante de uma decisão suspensiva proferida por instância superior, em grau de recurso. Isso ocorre em um processo cível que por excelência se submete a recursos baseados no poder de discricionariedade do legislador para regulamentar o direito à tutela judicial efetiva.

A solução seria absolutamente diversa para os casos em que se impõe o direito a uma segunda chance consagrado por norma internacional. Se antes, a sentença condenatória seria uma decisão sujeita a uma condição resolutive, a sentença condenatória no processo penal e no processo jurisdicional administrativo seria uma decisão sujeita à condição suspensiva.¹¹ A decisão condenatória que se sujeita ao direito a uma segunda chance somente surte efeitos após exercido o direito ao recurso, vale dizer, somente após confirmada por uma decisão proferida em segunda instância. Do contrário, na prática, estar-se-ia esvaziando por completo a regra de que cabe o direito ao recurso contra decisões condenatórias. Portanto, uma sentença penal condenatória não implica automaticamente a prisão do condenado sem que antes o direito a uma segunda chance seja exercido.

refere-se a um recurso de cognição ampla, isto é, um instrumento processual que seja capaz de devolver da instância *a quo* para a instância *ad quem* toda a matéria decidida (DJUVIC, 2018, p. 206) e naturalmente um instrumento recursal que seja conduzido por julgadores que não fizeram parte da decisão impugnada (CUNHA; DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 91). Se, em um caso como este, não existirem leis nacionais prevendo um recurso, tal como mencionado (é o que se espera das normas internacionais), não há dúvidas de que se estará diante de uma anticonvencionalidade por omissão, ou seja, uma ausência de legislação em casos em que uma norma suprallegal impõe a existência de um direito humano. Esse exemplo, como é facilmente visualizado no cenário jurídico brasileiro, foi enfrentado pela Corte Interamericana de Direito Humanos em um caso contra a Argentina, supracitado *Mohamed vs. Argentina* (CIDH, 2012).

3.3.3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE AO DIREITO DE RECURSO A UMA SEGUNDA CHANCE

A questão que surge é como se operacionalizar hoje, no Brasil, esse direito ao duplo grau com base nas normas internacionais em casos que não coincidam exatamente com o duplo grau previsto pelas leis vigentes. Ou seja, como operacionalizar o direito ao duplo grau de jurisdição baseado em uma norma suprallegal nos casos em que a lei não prevê. A resposta está na atual jurisprudência da Corte IDH, que prevê o incidente de anticonvencionalidade, no precedente *Gelman Vs. Uruguay*:

[...] onde não exista interpretação convencional possível, se o juiz carece de faculdades para deixar de aplicar a norma, irá se limitar a assinalar a anticonvencionalidade da mesma ou, nesse caso, a semear a dúvida da anticonvencionalidade diante de outros órgãos jurisdicionais competentes dentro do mesmo sistema jurídico nacional que podem exercer o controle de convencionalidade com maior intensidade. Assim, os órgãos jurisdicionais de revisão terão que exercer dito controle e deixar de aplicar a norma ou declarar a sua invalidade por ser anticonvencional. (CIDH, 2013)

Portanto, este incidente deverá ser suscitado pelos juízes e tribunais brasileiros ou pelos interessados, de modo idêntico aos incidentes de constitucionalidade previstos pela Constituição brasileira.

Desse modo, sem entrar no âmago da questão, se um acusado é condenado em segunda instância em um acórdão que reforma a sentença absolutória, ele deverá suscitar ao tribunal um incidente de anticonvencionalidade por omissão se assim for admitido o controle incidental de constitucionalidade por omissão (SARLET *et al.*, 2012, p. 787) de modo que a ele, naquele caso concreto, seja oferecido um recurso com as características de efeito devolutivo pleno e de julgadores que não coincidam entre a decisão *a quo* e a decisão *ad quem*.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se buscou demonstrar neste estudo, o princípio do duplo grau de jurisdição, do ponto de vista do Direito Constitucional brasileiro (art. 5º, incisos LIV e LV, da

3.3.2 DIREITO A UMA SEGUNDA CHANCE CONTRA ACÓRDÃO CONDENATÓRIO QUE REFORMA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA E ACÓRDÃO CONDENATÓRIO EM PROCESSO DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS

Por exemplo, se um acusado no processo penal for absolvido pelo juiz da primeira instância, da sentença absolutória, pelas regras legais e constitucionais, seria possível que o Ministério Público recorresse¹² e o tribunal reformasse a sentença e o condenasse. Do ponto de vista do Direito Constitucional, ao acusado nada mais restaria ali, se não se valer de recursos extraordinários e especiais perante o STF e STJ, o que não é, efetivamente, um recurso de cognição plena, como se impõe pelo princípio do duplo grau de jurisdição. Mas essa impossibilidade de o acusado invocar um direito ao recurso contra uma sentença condenatória proferida em segunda instância pelo tribunal, reformando uma decisão absolutória, é uma resposta à luz do Direito Constitucional e não à luz do Direito Internacional. Dessa forma, esse mesmo exemplo possibilitaria ao acusado, condenado, um direito de se insurgir contra essa sentença condenatória em segunda instância, tal como as normas internacionais de direitos humanos preveem.

O mesmo se discute acerca das questões de “foro privilegiado” que são decididas originariamente perante tribunais: das decisões condenatórias proferidas pelos tribunais seria cabível invocar em favor do condenado um recurso com direito a uma segunda chance? Os recursos ordinários atendem ao princípio do duplo grau de jurisdição, porém a ausência de recurso equivalente contra as condenações penais em processo de competência originária do STF precisaria ser repensada.

O direito a um recurso em busca de uma segunda chance

Constituição), equivale a um direito fundamental, na medida em que o direito ao recurso é inerente ao direito a uma tutela judicial efetiva que, por sua vez, também compreende um direito humano.

Do ponto de vista dos direitos humanos, com previsão expressa no artigo 8.2 da CADH e no artigo 14, §5º do PIDCP, o direito ao duplo grau de jurisdição como um direito à segunda chance beneficia os condenados em um processo penal e, conforme jurisprudência do TEDH, em geral recepcionada pela Corte I.D.H., tal direito a uma segunda chance se estende aos condenados em um processo jurisdicional administrativo, que no Brasil tem como exemplo a ação de improbidade.

Com efeito, o direito a uma segunda chance, como uma variante do direito ao duplo grau, detém um *standard* mínimo diferenciado; isto é, diversamente de um recurso baseado principalmente na Constituição, o direito a um recurso fundado no direito humano a uma segunda chance impõe certos limites ao poder discricionário regulamentar do legislador nacional.

Portanto, sob pena de incidir em anticonvencionalidade por omissão, o legislador tem o dever de assegurar o direito de recorrer contra decisões condenatórias penais proferidas em grau de recurso que reforma sentença absolutória e contra decisões condenatórias proferidas em ações penais de competência originária do STF, e o direito do condenado penal de não sofrer o efeito automático da prisão, sem antes o duplo grau ser exercido em seu favor.

No que diz respeito às autoridades públicas, inclusive ao Ministério Público, litigantes em um processo, não se trata exatamente de um direito e muito menos de um direito fundamental, mas sim de um poder atribuído pela Constituição ou pelas leis a se insurgirem contra as decisões judiciais que negarem suas pretensões. Nesse ponto, os recursos se aproximam da noção de que são meios de controle externo e interno das decisões judiciais.

Em síntese, (I) a Constituição e as leis regulamentam em maior extensão o direito humano fundamental a um recurso em favor de indivíduos ou entidades privadas prejudicados por uma decisão judicial a atribuírem às autoridades públicas, em um litígio processual, a possibilidade de recorrerem das decisões judiciais que forem contrárias às suas pretensões; (II) o direito humano a um recurso, como uma segunda chance, se aplica em favor de condenados em processo penal e em processo jurisdicional administrativos, subtraindo do legislador nacional o poder discricionário para negar o seu cabimento em tais circunstâncias, dado o caráter explícito do conteúdo das normas internacionais que o preveem.

NOTAS

As citações referentes a textos de organismos internacionais foram traduzidas livremente pela autora do artigo.

- 1 NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado dos Direitos Humanos. *Bernardino Gomariz Valera v. Spain*. [Geneva]: ACNUDH, 22 July 2005. Communication n. 1095/2002. U.N. Doc. CCPR/C/84/D/1095/2002, § 7.1. A.
- 2 NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado dos Direitos Humanos. *Jesús Terrón v. Spain*. [Geneva]: ACNUDH, 5 Nov. 2004. Communication n. 1073/2002. U.N. Doc. CCPR/C/82/D/1073/2002, § 7.4. B.
- 3 NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado dos Direitos Humanos.

- Cesario Gomez Vazquez v. Spain*. [Geneva]: ACNUDH, 20 July 2000. Communication n. 701/1996. U.N. Doc. CCPR/C/69/D/701/1996, § 11.1.
- 4 CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*: com as modificações introduzidas pelos protocolos nos 11 e 14, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7, 12, 13 e 16. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2013. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.
 - 5 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Sentencia de 23 de noviembre de 2012, § 89, p. 30.
 - 6 CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*: com as modificações introduzidas pelos protocolos nos 11 e 14, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7, 12, 13 e 16. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2013. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.
 - 7 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Sentencia de 23 de noviembre de 2012, § 94, p. 31.
 - 8 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Costa Rica: CIDH, Sentencia de 2 de julio de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.
 - 9 [...] según sostiene el Tribunal Constitucional, la vigencia misma del derecho fundamental a los recursos (del que se dice que se encuentra inserto implícitamente en el seno del también derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) depende de que el legislador ordinario haya dispuesto algún o algunos medios de impugnación en las leyes procesales (GARBERÍ LLOBREGAT, José. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1. ed. Barcelona: Bosch, oct. 2008. p. 136) [tradução e grifo nosso].
 - 10 Sobre os requisitos de admissibilidade dos recursos processuais, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*: Volume V (arts. 476 a 565). 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 263.
 - 11 Sobre a natureza de condição resolutiva e de condição suspensiva das decisões sujeitas a recurso, ver MOREIRA, op. cit., p. 234-235.
 - 12 Conforme disposto no art. 5º, LV, da Constituição, aos litigantes, além dos acusados, são assegurados o contraditório e a ampla defesa.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil* – Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 out. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal *Recurso em Habeas Corpus n. 79.785/RJ*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 29 de março de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Acesso em: 24 out. 2020.
- CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*: com as modificações introduzidas pelos protocolos nos 11 e 14, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7, 12, 13 e 16. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2013. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Costa Rica: CIDH, Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf. Acesso em: 24 set. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Castillo Paéz vs. Perú*. Costa Rica: CIDH, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Costa Rica: CIDH, Sentencia de 20 de marzo de 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Acesso em: 31 out. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Costa Rica: CIDH, Sentencia de 2 de julio de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Maritza Urrutia*

vs. *Guatemala*. Costa Rica: CIDH, Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf. Acesso em: 24 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Costa Rica: CIDH, Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Norin Catrimán y otros vs. Chile*. Costa Rica: CIDH, Sentencia de 29 de mayo de 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em: 24 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Costa Rica: CIDH, Sentencia de 30 de junio de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.

DJUKIC, Drazen. The right to appeal in comparative perspective. *Journal of Appellate Practice and Process*, Arkansas, v. 19, n. 2, p. 187-222, Fall 2018.

ECHVERRIA, Andrea de Q. Dantas; VARELLA, Marcelo Dias. A construção do direito ao duplo grau de jurisdição nas cortes europeia e interamericana de direitos humanos. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, n.1, p. 1-15, jan./mar. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Asunto Saquetti Iglesias c. España*. Demanda n. 50514/13. Estrasburgo: TEDH, 30 Junio 2020. Traducción Equipo de traducción e la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Zaivecs vs. Latvia*. Application n. 65022/01. Judgment (Extracts). Strasbourg: ECHR, 31 July 2007.

FRANÇA. Assemblée Nationale. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Paris: Assemblée Nationale, 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acesso em: 31 ago. 2020.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1. ed. Barcelona: Bosch, 2008.

GARRONE, Pierre. *Opening address: the right to a fair trial*. Brno, Czech Republic: Council of Europe, 2000. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), CDLSTD(2000)028. (Collection science and technique of democracy, n. 28). Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-STD\(2000\)028-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-STD(2000)028-e). Acesso em: 31 ago. 2020.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GUINCHARD, Serge; BANDRAC, Monique et al. *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2005.

GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile et al. *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011.

HEYNS, Christof. The african regional human rights system: the african charter. *Penn State Law Review*, [Pennsylvania], v. 108, n. 3, p. 679-702, 2004.

LIMA, Carolina Alves de Souza Lima. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Editora Manole, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Volume V (arts. 476 a 565). 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado dos Direitos Humanos. *Bernardino Gomariz Valera v. Spain*. [Geneva]: ACNUDH, 22 July 2005. Communication n. 1095/2002. U.N. Doc. CCPR/C/84/D/1095/2002.

NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado dos Direitos Humanos. *Cesario Gomez Vazquez v. Spain*. [Geneva]: ACNUDH, 20 July 2000. Communication n. 701/1996. U.N. Doc. CCPR/C/69/D/701/1996.

NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado dos Direitos Humanos. *Jesús Terrón v. Spain*. [Geneva]: ACNUDH, 5 Nov. 2004. Communication n. 1073/2002. U.N. Doc. CCPR/C/82/D/1073/2002.

NAÇÕES UNIDAS. *International Covenant on Civil and Political Rights*. [Geneva]: OHCHR, 23 Aug. 2007. General Comment n. 32. Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ORGANIZAÇÃO DA CONFERÊNCIA ISLÂMICA. *Declaração Islâmica Universal dos direitos humanos*. Cairo: OIC, 1981. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/declaracao-islamica-universal-dos-direitos-humanos-1981.html>. Acesso em: 31 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Carta africana dos direitos humanos e

dos povos: carta de Banjul. *Dhnet.org*, Natal, [1995]. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembléia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José: OEA, 1969. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

OUKO, John Otieno. The reality of human rights. In: SMITH, Rhona; ANKER, Christien Van Den. *The essentials of human rights*. London: Hodder Arnold, 2005. p. 1-12.

PETERKE, Sven (coord.). *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Brasília: ESMMPU, 2010.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5. ed. Napoli: Jovene Editore, 2010.

PROTOCOLLO facultativo referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos. *Dhnet.org*, Natal, [1995]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto3.htm>. Acesso em: 27 set. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Conceptos básicos de derecho procesal civil*. Madrid: Tecnos, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

SERRA LEOA. Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. *223/98 Fórum de Consciência v. Serra Leoa*. Decisão da CADHP sobre comunicação, 6 de novembro de 2000. Disponível em: <https://ihra.uwazi.io/pt/document/1hrlvjk3zmda25bmp7mj3sor?page=1>. Acesso em: 2 set. 2020.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; SOMMERMAN, Karl-Peter. *Euro-american model code of administrative jurisdiction*: english, french, german, italian, portuguese and spanish versions. Niterói, RJ: Editora da UFF, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2441582>. Acesso em: 31 out. 2020.

UDOMBANA, Nsongurua J. The African Commission on Human and People's Rights and the development of fair trial norms in Africa. *African Human Rights Law Journal*, Pretoria, v. 6, n. 2, p. 299-332, 2006.

Artigo recebido em 14/3/2022.

Artigo aprovado em 25/4/2022.

Juliana Perlingeiro é advogada, graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.