

Defesa Criminal e Direitos Humanos: Uma Necessária Releitura do Direito ao Duplo Grau de Jurisdição

Rafael Folador Strano

Defensor Público do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Penal e Criminologia pela USP.

*São José da Costa Rica, coração civil
Me inspire no meu sonho de amor Brasil
Se o poeta é o que sonha o que vai ser real
Bom sonhar coisas boas que o homem faz
E esperar pelos frutos no quintal
(Milton Nascimento - **Coração Civil**)*

1. INTRODUÇÃO: DIREITOS HUMANOS E MAXIMIZAÇÃO DE GARANTIAS PENAIS

Modificar paradigmas enraizados na seara penal é tarefa árdua, especialmente no Brasil, país no qual tradição e conservadorismo se confundem com Justiça. A vereda torna-se ainda mais espinhosa quando a alteração de postulados consolidados volta-se à ampliação e efetivação dos direitos e garantias daqueles que servem de alvo para o sistema punitivo, encontrando resistência não apenas dos *experts* jurídicos, mas também da sociedade civil, de um modo geral. Nesse sentido, a maximização de um processo penal garantista liga-se umbilicalmente à tutela dos Direitos Humanos¹.

1 Não se olvidando, logicamente, que as garantias penais também são consideradas Direitos Humanos, sendo classicamente enquadradas nos chamados «Direitos Humanos de primeira geração», pesem embora as críticas a tal classificação. Acerca do tema, v. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87.

De início, é necessário ressaltar que os termos defesa criminal, processo penal e maximização de garantias são nesta oportunidade invocados no sentido de defesa da maior parte da população processada criminalmente, qual seja, aquela composta por segmentos sociais marginalizados e mais carentes de tutela estatal. Afinal, a seletividade, a reprodução de violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder e a destruição das relações horizontais ou comunitárias são características estruturais de todos os sistemas penais².

A parcela populacional majoritariamente atingida pelo controle social formal é justamente a que menos possui influência ou visibilidade política e, por tal motivo, a mais suscetível de ter os direitos violados³, daí porque a luta pela efetivação de direitos nessa seara implica no enfrentamento ao que há de mais reacionário e socialmente excludente em termos acadêmicos, jurídicos, políticos e sociais.

Por sua vez, “*o Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção*”⁴. Isso ocorre, conforme assevera André de Carvalho Ramos, pois as majorias são bem-sucedidas no processo político, enquanto as minorias têm dificuldade de fazer valer a sua perspectiva nas esferas política e judicial internas, razão pela qual a tutela dos Direitos Humanos geralmente (quase sempre) encontra o seu estado da arte apenas por meio da proteção internacional, última esperança aos que foram ignorados no plano interno⁵.

Sob essa perspectiva, é possível afirmar que a defesa de indivíduos na esfera criminal e o conseqüente pleito por garantias judiciais possuem a mesma pedra de toque da tutela dos Direitos Humanos, na medida em que tendem a rechaçar concepções jurídicas autoritárias e que, como regra, atingem violentamente segmentos populacionais minoritários e marginalizados.

A tutela dos Direitos Humanos, portanto, comunga da essência contramajoritária inerente à defesa criminal (da população desprovida de re-

2 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição, 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 15.

3 v. CARVALHO RAMOS, André de. *Op. cit.*, p. 130.

4 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “Apresentação”. In. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

5 CARVALHO RAMOS, André de. *Op. cit.*, p. 130.

cursos sociais, financeiros e políticos). Aliás, se considerarmos que as minorias devem ser entendidas como grupos não hegemônicos, ainda que numericamente superiores⁶, bem como que a maior parcela da população encarcerada é composta por indivíduos socialmente excluídos, constata-se a existência de uma “minoría” de ao menos quinhentos e cinquenta mil brasileiros, contabilizando apenas as pessoas que se encontram presas até dezembro de 2012⁷⁻⁸.

A revisão de estatutos repressores sob o prisma dos Direitos Humanos sintetiza, nesse sentido, o encontro entre um ramo jurídico contraminoritário⁹ por excelência e uma concepção de ordem jurídica fundada na proteção das minorias. A pretensão de fundi-los não tem outro escopo senão a construção de um ordenamento penal que respeite o exercício de garantias individuais e consagre a dignidade humana, legitimando-se na medida em que admite a sua ilegitimidade. É o que ilustra Zaffaroni ao equiparar um Direito Penal essencialmente garantista (e redutor) ao Direito Humanitário e à Cruz Vermelha: “*en la medida en que ejerza su poder para reducir el poder punitivo, estará incuestionablemente legitimado, y que para ello en modo alguno necesita legitimar lo que se reduce*”¹⁰.

No Brasil, por influência da teoria geral do processo, a relação entre desiguais que funda o processo penal é praticamente ignorada, razão pela qual os institutos processuais civis são vulgarmente incorporados à persecução punitiva¹¹. Essa conjuntura, por óbvio, impacta no direito ao duplo grau de jurisdição, que, sob o (falso) prisma da neutralidade processual, caracterizar-se-ia como um imperativo quantitativo, isto é, restaria satisfeito com o exame jurisdicional, por duas vezes, de determinada imputação, ainda que a solução final seja condenatória e inverta a interpretação absolutória de primeiro grau.

6 CARVALHO RAMOS, André de. *Op. cit.*, p. 130.

7 Cumpre, porém, ressaltar que além das pessoas encarceradas, há outras milhares também submetidas ao controle formal, mas que não são contabilizadas em tais estatísticas, *e.g.*, indivíduos submetidos ao livramento condicional.

8 O quantitativo mencionado corresponde aos dados publicados pelo Ministério da Justiça no sítio eletrônico do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - INFOPEN: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE3C7D437AA5B622166AD2E896}&Team=¶ms=itemID={C37B2AE94C6840068B1624D28407509C};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>, acesso em 20 dez. 13.

9 Tratamos como “contraminoritário” o Direito Penal na forma em que é aplicado rotineiramente, isto é, voltado ao encarceramento e estigmatização da população pobre, aqui considerada uma “minoría”. Já o Direito Penal permeado por efetivas garantias e que respeite os Direitos Humanos, por sua vez, deve ser considerado contramajoritário.

10 ZAFFARONI, Eugenio Raul. “Abolicionismo y Garantías”. In. **Derecho Procesal Penal**. t. 1. 2 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1995, p. 23.

11 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. I. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 36.

Verifica-se, então, a situação em que o imputado é absolvido em primeira instância e, posteriormente, condenado pelo órgão recursal, sem haver previsão normativa para um reexame efetivo dessa condenação “originária em segundo grau”. Desse modo, ainda que o acórdão condenatório inove na interpretação dos fatos, não há possibilidade de revisá-la, já que o ordenamento pátrio restringe o grau recursal à análise estritamente jurídica (Recurso Extraordinário e Recurso Especial).

Em suma, conquanto se argumente haver no Brasil a possibilidade de dupla análise jurisdicional sobre os fatos, não há que se olvidar da inexistência de um duplo grau de exame sobre a condenação levada a cabo somente em segundo grau.

O presente artigo singra esse turbulento estuário para propor uma releitura da concepção do direito ao duplo grau de jurisdição, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), tendo por escopo viabilizar o efetivo direito (Humano) ao devido processo legal àqueles que se sujeitam à persecução penal.

Registre-se que a constatação dessa mazela processual-penal não é inédita. Conforme doravante retomado, Prado¹² e Casara¹³ já alertaram a necessidade de uma releitura do direito ao duplo grau de jurisdição, embora tenham oferecido soluções com matizes diversas à que ora se propõe.

2. DA NECESSIDADE DE TUTELA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A solidificação de garantias penais em um país como o Brasil, que ainda se acostuma aos valores democráticos, relaciona-se intimamente com o papel desempenhado pelo Poder Judiciário. De fato, ainda que determinado Estado ratifique e incorpore sofisticados tratados internacionais voltados às garantias judiciais, é certo que a eficácia de tais normas dependerá, em um primeiro momento, da interpretação que lhes será dada pela Jurisdição local.

Nesse aspecto, a identidade comum entre a defesa criminal (leia-se, a postulação em juízo de garantias processuais penais) e a tutela dos Direitos

12 V. PRADO, Geraldo. “Duplo grau de jurisdição no processo brasileiro: homenagem às ideias de Julio B. J. Maier”. *In. Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, 2001.

13 V. CASARA, Rubens R. R. “O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada”. *In. PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (Coords). Processo Penal e democracia; estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Humanos evidencia-se no que tange à postura refratária com a qual ambas se deparam no âmbito interno, sobretudo por parte do Poder Judiciário local.

Consoante mencionado no tópico anterior, a defesa¹⁴ de indivíduos na esfera penal se depara com obstáculos essencialmente ideológicos, carregados de preconceitos, estereótipos e tendentes à redução de garantias e à punição¹⁵. No Brasil, a cultura punitiva possui contornos ainda mais pungentes, encontrando raízes na desigualdade social, nas décadas de escravidão e nos anos de chumbo militar, além de, evidentemente, na própria essência expiatória do direito repressor¹⁶.

Em regra, portanto, as Cortes locais (e não apenas as brasileiras, já que se trata de um problema estrutural do ordenamento penal) tendem a rechaçar concepções garantistas, especialmente quando estão em jogo direitos e garantias de indivíduos provenientes das camadas menos favorecidas da população. A situação é agravada na hipótese de a postura progressista ser oriunda do direito internacional, chocando-se com séculos de contaminação de autoritarismo penal na normativa interna.

Em verdade, a tendência jurisprudencial de consolidar (e manter) a ideologia das classes dominantes é verificada em relação a todos os ramos englobados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. É possível, de plano, citar dois escapes retóricos comumente utilizados por tais tribunais: a violação à soberania nacional, bem como uma suposta quebra da rigidez normativa, paradigmas com os quais os julgadores são acostumados desde que ingressam nas academias jurídicas.

Desse contexto derivam interpretações nacionais deturpadas e em completa falta de sintonia com o conjunto axiológico que permeou a elaboração de determinado diploma internacional. É o que Carvalho Ramos denomina de “*truque de ilusionista*” dos Estados no plano internacional, os quais, embora assumam obrigações relacionadas à tutela dos Direitos Humanos, deixam de cumpri-las sob o argumento de que, em verdade, as cumprem, mas de acordo com uma interpretação própria¹⁷.

14 Neste ponto, reiteramos que o artigo considera “defesa criminal” aquela relacionada à maior parte da população processada criminalmente, qual seja, a composta por segmentos sociais marginalizados.

15 V. BARATTA, Alessandro. **Criminologia e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. trad. Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 177.

16 Apenas para ilustrar a situação, vale mencionar o protesto constante do Editorial do **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM** de novembro de 2013: “veja-se o caso do *Habeas Corpus*. Agora que a parte mais pobre da população consegue finalmente bater às portas das Cortes Superiores, alguém aparece para dizer que o rei não poderá recebê-la”. IBCCRIM. “Editorial: O esforço de Sísifo e a audiência de custódia”. In. **Boletim**: São Paulo, ano 21, n. 252, Nov. 2013, p. 1)

17 CARVALHO RAMOS, André de. “Crimes da Ditadura Militar: A ADPF n. 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, in GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs). **Crimes da Ditadura Militar: sua análise à luz da jurisprudência interamericana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 175.

Decorre, então, que aqueles segmentos sedentos por uma mínima tutela de Direitos Humanos não encontram alternativa senão clamar por socorro junto às instâncias internacionais. A propósito, vale lembrar que a vulnerabilidade dos indivíduos diante do respectivo Estado foi o próprio vetor do movimento de internacionalização dos direitos humanos¹⁸.

Conquanto a responsabilidade pela implementação dos direitos humanos seja sempre do Estado¹⁹, é certo que a interpretação internacional dos Direitos Humanos mostra-se como meio legítimo – e subsidiário – para o reconhecimento de garantias ignoradas ou “mal interpretadas” pelos tribunais locais, os quais interpretam os direitos previstos na Convenção ao seu bel-prazer, criando uma “*convenção americana de direitos humanos paralela*”²⁰.

No caso do sistema interamericano, nos termos do art. 33, do Pacto de São José da Costa Rica, incumbe à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) conhecer de assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes na Convenção. Desse modo, a despeito do esforço hermenêutico interno, é a CIDH que, no exercício do “*controle de convencionalidade*”²¹, define a interpretação autorizada sobre os direitos constantes da Convenção. Contudo, antes de expor mencionada interpretação, cumpre tecer uma sintética recapitulação sobre o duplo grau de jurisdição “à brasileira”.

3. DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO BRASIL

Conforme ensina Aury Lopes Jr., o princípio do duplo grau consiste, essencialmente, no direito fundamental de o prejudicado por determinada decisão poder submetê-la a outro órgão jurisdicional hierarquicamente superior na estrutura da administração da justiça²². No mesmo sentido,

18 V. PIOVESAN, Flávia. “Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos”. In. GOMES, Luis Flávio e PIOVESAN, Flávia (orgs). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18-19.

19 CARVALHO RAMOS, André de. “O Brasil no banco dos réus: dez anos do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 16, n. 190, set. 2008, p. 11.

20 CARVALHO RAMOS, André de. “Crimes...”, p. 176.

21 O controle de convencionalidade existe justamente para que se evite interpretações equivocadas e tendentes à violação dos direitos protegidos (CARVALHO RAMOS, André de. “Crimes...”, p. 179).

22 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 457.

Rubens Casara afirma ser um direito típico da cidadania, enunciando a possibilidade de o inconformado com uma decisão judicial submeter a questão à cognição de dois órgãos julgadores sucessivamente, sendo o segundo apto a reformar ou anular a decisão do primeiro²³.

Juridicamente, a súplica pelo reexame de determinada decisão funda-se em dois argumentos: inconformidade do prejudicado²⁴ e possibilidade de erro judicial. Pressupõe-se que, quanto mais uma determinada decisão for reexaminada, maior a sua tendência de distribuir justiça²⁵. Em termos políticos, o duplo grau de jurisdição encontra razão de ser na inafastabilidade do controle dos atos estatais, perfazendo verdadeiro postulado do Estado de Direito²⁶. Por essa razão, Luigi Ferrajoli salienta ser o duplo grau uma garantia de legalidade e de responsabilidade contra arbitrariedades²⁷.

Tal como ocorre na Argentina, França e Portugal, a Constituição Brasileira de 1988 deixou de prever expressamente o direito ao duplo grau de jurisdição²⁸. A omissão constituinte deu azo a diversas interpretações sobre a existência da mencionada garantia em nosso ordenamento. Lopes Jr., por exemplo, defende que não há de fato previsão constitucional, não obstante as mais diversas teorias que tentam extraí-lo de outros princípios constitucionais, tais como o direito de defesa e o devido processo legal²⁹. Por outro lado, Grinover, Gomes Filho e Scarance entendem que *apesar da inexistência de regra constitucional expressa que garanta o duplo grau de jurisdição, trata-se, segundo a melhor doutrina, de regra imanente na Lei Maior*³⁰.

A questão parecia ter sido superada pelo entendimento de que o direito ao duplo grau de jurisdição encontra previsão expressa nos textos internacionais dos quais o Brasil é signatário e que foram incorporados ao bloco de constitucionalidade brasileiro por meio do art. 5º, § 2º, da Cons-

23 CASARA, Rubens R. R. *Op. cit.*, p. 497.

24 LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 453.

25 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 19.

26 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance, *op. cit.*, p. 20.

27 FERRAJOLI, Luigi. "Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia". In. **Crimen y Castigo: cuaderno del departamento de derecho penal y criminología de la Facultad de Derecho**. V. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalme, 2001, p. 38.

28 CASARA, Rubens R.R. *Op. cit.*, p. 499.

29 LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 457.

30 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance, *op. cit.*, p. 20-21.

tituição Federal³¹. Há, pois, previsão expressa tanto no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (art. 14, n. 5) como no Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, h)³².

O tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal, o qual cristalizou a interpretação “à brasileira” do duplo grau de jurisdição por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 79.785-7. Neste, foi reforçada a preponderância da Constituição frente à Convenção Americana³³, tendo o STF “*acentuado a não-configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição, a não ser naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito [...]*”³⁴. Como consequência, o “*modelo jurisdicional positivado na Constituição afasta a possibilidade de aplicação geral do princípio do duplo grau de jurisdição*”³⁵, não havendo que se falar em ampliação do mesmo para além dos casos recursais expressamente previstos.

A interpretação nacional engessa, por exemplo, qualquer possibilidade de reinterpretação do recurso de apelação (art. 593, do Código de Processo Penal) sob a óptica de um direito exclusivamente de defesa ao reexame da matéria, tampouco dá margem à criação de um recurso pleno em caso de condenações exclusivamente em segunda instância.

Ocorre que, na linha do acima exposto, uma vez adotada a teoria do duplo controle³⁶, o Supremo Tribunal Federal deve estar limitado à realização do controle de constitucionalidade, enquanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos é responsável pelo controle de convencionalidade. Desse modo, sendo o duplo grau de jurisdição um direito de previsão expressamente convencional, incumbe à CIDH ditar a sua exegese.

Consignadas tais premissas, urge analisar o duplo grau de jurisdição à luz da interpretação preconizada pela CIDH.

31 Acerca do tema, v. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

32 CASARA, Rubens R.R. *Op. cit.*, p. 499.

33 V. CASARA, Rubens R.R. *Op. cit.*, p. 500.

34 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 540.

35 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *op. cit.*, p. 542.

36 CARVALHO RAMOS, André de. “Crimes...”, p. 224.

4. A INTERPRETAÇÃO DA CIDH: O CASO MOHAMED VS. ARGENTINA

4.1. Fatos

Por volta das 10 horas da manhã do dia 16 de março de 1992, Oscar Alberto Mohamed, então motorista de ônibus na cidade de Buenos Aires, dirigia seu veículo quando, ao passar por um cruzamento, atropelou uma senhora, a qual faleceu minutos depois. Imputou-se a Oscar, por meio do expediente nº 25.013, o cometimento do delito de homicídio culposo.

Em 30 de agosto de 1994, o caso foi julgado em primeira instância e, em razão de diversas circunstâncias relacionadas à prova da infração (testemunha contraditória, veículo que obstava a visão do condutor, ausência de prova no que tange ao semáforo, etc), o réu foi absolvido.

Em face de tal sentença, o Ministério Público interpôs apelação aos 31 de agosto de 1994, pleiteando a condenação de Oscar. O mesmo se deu em 14 de setembro daquele ano em relação ao representante da vítima.

Em 22 de fevereiro de 1995, a “*Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional*” revogou o dispositivo absolutório da sentença de primeira instância, condenando Oscar Mohamed à pena de três anos de prisão, embora tenha declarado a suspensão da pena. Foi, ainda, decretada a inabilitação para a condução de veículo automotor pelo prazo de oito anos, além de condená-lo ao pagamento das custas judiciais.

A segunda instância entendeu, em síntese, que o critério utilizado pela primeira instância (semáforo) não era suficiente para avaliar a responsabilidade do condutor e que teria havido violação ao dever de cuidado ao tentar ultrapassar outro coletivo. Além disso, levou em consideração o depoimento da testemunha considerada contraditória pelo juiz de primeiro grau.

Houve, então, a interposição de recurso extraordinário³⁷, por meio do qual foram ventiladas diversas violações à lei federal argentina, bem como arbitrariedades da decisão de segundo grau. O pleito foi negado pela Justiça Argentina, apesar das três tentativas recursais (*extraordinario, queja e reposición*) interpostas pela Defesa de Oscar Mohamed.

37 Assim como ocorre no Brasil, a despeito da previsão de recurso extraordinário por meio do qual é possível alegar violação à lei federal, o ordenamento jurídico argentino não previa nenhum recurso penal ordinário para que fosse reexaminada essa sentença condenatória de segunda instância.

4.2. A decisão da CIDH

Com fundamento nos artigos 51 e 61, da Convenção Americana, o caso foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esta invocou, dentre outras, a violação ao direito ao duplo grau de jurisdição previsto no art. 8.2., h, da Convenção Americana, uma vez que a condenação foi imposta apenas em segunda instância após uma absolvição em primeira instância. Também foi suscitada a violação ao dever de adotar disposições de direito interno.

A Comissão argumentou que o direito ao duplo grau de jurisdição não compreende um “direito a duas instâncias”, mas um direito à revisão de uma condenação criminal por parte de um tribunal superior, independentemente da etapa em que aquela seja produzida, o qual não restaria satisfeito pelo recurso extraordinário. A Comissão recuperou, inclusive, o histórico de formulação da Convenção Americana, registrando que houve a exclusão da expressão “primeira instância” quando da redação do artigo 8.2, h³⁸. Foi, ainda, ressaltado que toda pessoa condenada em segunda instância carrega consigo uma absolvição em primeira instância.

O Estado Argentino alegou que o direito ao duplo grau de jurisdição comporta reservas, inclusive na ordem internacional, como ocorre no art. 2º, inciso 2, do Protocolo nº 07, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Sustentou, ainda, que Mohamed, ao interpor o recurso extraordinário, deixou de alegar qualquer violação ao duplo grau de jurisdição e que teria obtido o devido acesso a tal direito caso tivesse manejado os recursos da maneira correta.

A Corte Interamericana, então, consignou que o duplo grau de jurisdição é uma garantia do indivíduo frente ao Estado e que é violada quando há condenação em segunda instância após sentença absolutória em primeiro grau, quando o ordenamento interno não previr recurso hábil à impugnação da última decisão. No que tange à exceção prevista no sistema europeu, a CIDH frisou que aquele sistema não tem o alcance atribuído pela Argentina, isto é, não pode ser utilizado como critério interpretativo da Convenção Americana, até porque esta não prevê qualquer ressalva³⁹ em relação ao duplo grau⁴⁰.

³⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Mohamed vs. Argentina*, sentença de 23 de novembro de 2012, p. 22.

³⁹ No mesmo sentido, v. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “O caso ‘Mensalão’ e a regra do duplo grau de jurisdição”. In. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 248, jul. 2013, p. 7.

⁴⁰ *Mohamed vs. Argentina*, p. 30.

Por fim, restou reforçado o entendimento no sentido de que o recurso deve ser acessível, bem como garantir a possibilidade de um reexame integral da sentença condenatória, inclusive sobre questões fáticas, probatórias e jurídicas, afinal, uma indevida determinação dos fatos implica em uma errada aplicação do direito⁴¹.

Assim, a CIDH decidiu que o Estado Argentino está obrigado a adotar medidas internas para garantir a Mohamed um recurso em face da decisão condenatória de segunda instância, bem como determinou o pagamento de indenização no valor de cinquenta mil dólares à vítima⁴².

5. REFLEXÕES FINAIS

Os Direitos Humanos tornam-se “vivos” por meio do processo interpretativo ao qual são submetidos e são passíveis de constantes transformações, sempre no intuito de potencializar o seu caráter protetivo. É, pois, a evolução dos tempos que guia a exegese do conjunto normativo de Direitos Humanos⁴³.

Em que pese a incorporação legislativa de diversos institutos jurídicos progressistas extraídos, sobretudo, da ordem internacional, não há, por parte da jurisprudência brasileira, a esperada contrapartida consistente em uma interpretação enviesada à promoção e defesa dos Direitos Humanos. Impõe-se, assim, a necessidade de invocar a proteção internacional de tais garantias.

Embora soe estranho diante da realidade pátria, no caso Mohamed vs. Argentina, a Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretou o duplo grau de jurisdição sob a óptica de mitigação do sistema repressor estatal. Garantiu-se, pois, uma dupla revisão da condenação, independentemente da instância que a originou, sob pena de se deixar desprotegido aquele que é surpreendido por uma condenação em segundo grau.

Tudo indica que a mencionada interpretação representa a continuidade de esforços da CIDH em blindar o duplo grau de jurisdição em relação às mitigações realizadas em âmbito interno. A título de exemplo,

41 *Mohamed vs. Argentina*, p. 32.

42 *Mohamed vs. Argentina*, p. 44 e 50.

43 CARVALHO RAMOS, André de. *Op. cit.*, p. 101.

vale citar o caso *Lopes Mendoza vs. Venezuela*⁴⁴, por meio do qual foi consignado que o recurso deve possibilitar uma efetiva análise da questão posta em Juízo.

A necessidade da modificação do paradigma do duplo grau de jurisdição reverbera na doutrina brasileira há algum tempo, conforme já vislumbrara Casara ao afirmar que ao lado da garantia de reexame em segundo grau, há a garantia de exame em primeiro grau, de modo que a condenação depende de um “duplo juízo de reprovabilidade”⁴⁵.

Ao seu turno, Geraldo Prado contesta a própria lógica do direito ao duplo grau de jurisdição ao asseverar que não é possível à defesa fazer prova em segunda instância, motivo pelo qual a análise ficaria restrita a um mecanismo de interpretação de textos, prejudicando demasiadamente a efetividade recursal⁴⁶. Dessa forma, o autor afirma que “*tanto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos como no de São José da Costa Rica, a previsão de recursos para assegurar o princípio de duplo grau de jurisdição é exclusiva da defesa*”⁴⁷, não havendo que se falar em recurso da Acusação.

Nota-se que, embora apresente meios diferentes, a solução apontada por Prado caminha no mesmo sentido ontológico da decisão da CIDH. No mesmo sentido, Casara frisa que o recurso acusatório não deriva do duplo grau de jurisdição, razão pela qual deve ser considerado de natureza infraconstitucional e com limites distintos e mais reduzidos que o do acusado⁴⁸.

No *Caso Mohamed vs. Argentina*, a CIDH não refutou o fato de a Acusação poder recorrer, mas impôs a obrigação de o Estado Argentino garantir ao condenado o reexame da sentença condenatória de segundo grau. O direito ao duplo grau de jurisdição, portanto, foi reafirmado sob o viés de proteção ao processado e não como pressuposto meramente “quantitativo”.

Adotando essa perspectiva, nota-se uma crescente evolução do próprio conceito de duplo grau de jurisdição, havendo plena possibilidade de que o sistema recursal brasileiro enquanto “fato” seja levado à CIDH, conferindo-lhe nova roupagem, a fim de que se conforme a uma concepção de ordenamento penal garantista e que respeite os Direitos Humanos.

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, sentença de 1º de setembro de 2011.

45 CASARA, Rubens R.R. *Op. cit.*, p. 508.

46 PRADO, Geraldo. *Op. cit.*, p. 217.

47 PRADO, Geraldo, *Op. cit.*, p. 218.

48 CASARA, Rubens R.R. *Op. cit.*, p. 509.

É evidente, porém, que a tentativa de mudança sofrerá resistência, pois, “*ao se extrair toda a efetividade libertária do princípio do duplo grau de jurisdição, ele será demonizado, apontado como um instrumento de impunidade*”⁴⁹. Pode haver relutância até mesmo por parte das organizações voltadas à promoção de Direitos Humanos, dada a crescente tendência punitiva de tais segmentos (pauta positiva dos movimentos sociais).

Ao lado de outros obstáculos, essa possibilidade de “fogo amigo” integra a luta daqueles que vislumbram um ordenamento jurídico alinhado à dignidade humana. Afinal, não há Direito Humano que não se depare com resistência. Não há defesa criminal efetiva sem enfrentamento. ❖

6. BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. **Criminologia e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. trad. Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “Apresentação”. In. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO RAMOS, André de. “Crimes da Ditadura Militar: A ADPF n. 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, in GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs). **Crimes da Ditadura Militar: sua análise à luz da jurisprudência interamericana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. “O Brasil no banco dos réus: dez anos do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 16, n. 190, set. 2008, p. 11.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens R. R. “O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada”. In. PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (Coords). **Processo Penal e democracia; estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴⁹ CASARA, Rubens R.R. *Op. cit.*, p. 510.

FERRAJOLI, Luigi. “*Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia*”. In. **Crimen y Castigo: cuaderno del departamento de derecho penal y criminología de la Facultad de Derecho**. V. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalme, 2001

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

IBCCRIM. “Editorial: “O esforço de Sísifo e a audiência de custódia””. In. **Boletim**: São Paulo, ano 21, n. 252, Nov. 2013, p. 1.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. I. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “O caso 'Mensalão' e a regra do duplo grau de jurisdição”. In. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 248, jul. 2013, p. 7.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - Infopen: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE3C7D437AA5B622166AD2&Team=¶ms=itemID={C37B2AE94C6840068B1624D28407509C};&UIPartUID={2868BA3C1C724347BE11A26F70F4CB26}>>>, acesso em 20 dez. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. “Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos”. In. GOMES, Luis Flávio e PIOVESAN, Flávia (orgs). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Geraldo. “Duplo grau de jurisdição no processo brasileiro: homenagem às ideias de Julio B.J. Maier”. In. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. “Abolicionismo y Garantias”. In. **Derecho Procesal Penal**. t. 1. 2 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1995, p. 23.

_____ . **Em busca das penas perdidas.**
trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição, 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, sentença de 01º de setembro de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mohamed vs. Argentina*, sentença de 23 de novembro de 2012.