

## Entre o direito ao duplo grau e a efetividade da jurisdição penal

Rogério Schietti M. Cruz

A existência do duplo grau de jurisdição se justifica em qualquer Estado de Direito, principalmente como uma garantia do acusado no processo penal. Serve, outrossim, como mecanismo para assegurar maior controle de qualidade às decisões jurisdicionais, que se submetem à revisão por juízes de instância superior, ante a crença de que a experiência e o tirocínio jurídico dos juízes que compõem o segundo grau de jurisdição lhes conferem melhores condições de analisar o processo, sem as paixões e as pressões que costumam ocorrer na primeira instância.

É óbvio que o erro judiciário não é totalmente evitável, mas a submissão de uma causa criminal ao crivo de mais de um órgão julgador certamente minimiza o risco de que ele ocorra. De mais a mais, a própria configuração de um Estado de Direito Democrático não se compatibiliza com a idéia de um processo penal regido pelo juízo único, avesso ao controle interno pelas partes. Os mecanismos de impugnação dos atos jurisdicionais soam, portanto, como natural consequência dos princípios democráticos que informam o sistema jurídico de uma nação, assentada sobre os valores da justiça e da dignidade da pessoa humana, incompatíveis, para exemplificar, com o que dispunha, no Império, a Lei nº 4, de 10 de junho de 1865, que cuidava das penas previstas para os escravos que cometessem crimes contra seus senhores. Em seu art. 4º, estabelecia-se que a sentença, sendo condenatória (inclusive à pena de morte), seria executada "sem recurso algum".

Releva destacar que os textos internacionais que cuidam de direitos de acusados em processos criminais (como é o caso do *Pacto de San Jose*, Decreto 678/92, e do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York*, Decreto nº 592/92) prevêm, explicitamente, o direito ao recurso tão somente do acusado, nada dizendo quanto a homólogo direito do órgão de acusação.

Por sua vez, nos países pertencentes ao *common law* - Estados Unidos, Reino Unido e toda a *Commonwealth* - existem restrições, com maior ou menor

amplitude, ao direito de recorrer por parte do órgão de acusação, por entender-se que a submissão do acusado ao julgamento de outra instância interfere na garantia contra dupla persecução penal (ver análise mais aprofundada em nosso *A proibição de dupla persecução penal*. Lumen Juris).

Críticas, por sua vez, são formuladas à existência do duplo grau e a principal delas refere-se ao alongamento que o uso dos meios de impugnação acarreta na prestação jurisdicional. De fato, não bastasse o longo tempo que se costuma depender para encerrar-se uma causa em primeiro grau, o uso dos recursos previstos nas leis torna o resultado dos processos excessivamente demorado, máxime em um sistema, como o brasileiro, em que a parte "bem" assistida tecnicamente pode criar um emaranhado de questões jurídicas tão complexo que lhe permita interpor sucessivos recursos, com propósito meramente protelatório, sempre contando com a morosidade da justiça.

Com efeito, contabilizando todas as hipóteses de impugnação previstas em nossa legislação processual penal, inclusive as que se apresentam como ações ou incidentes processuais, chegamos ao assustador número de 18 (dezoito) meios de pedir a revisão de um ato jurisdicional. São eles: apelação, recurso em sentido estrito, embargos de declaração, embargos infringentes e de nulidade, carta testemunhável, agravo regimental, agravo à execução, correição parcial, recurso especial, recurso extraordinário, reclamação, embargos divergentes, conflito de competência, exceções (de incompetência, de litispendência ou coisa julgada, de impedimento ou suspeição), habeas corpus, recurso ordinário, mandado de segurança e revisão criminal.

Recorde-se que alguns desses meios impugnativos (como é o caso do Habeas Corpus, da apelação no Tribunal do Júri e dos Embargos de Declaração) podem ser manejados por diversas vezes, em um mesmo processo, pelo mesmo réu, sempre ao argumento de que se trata de legítimo exercício da ampla defesa, ainda que, eventualmente, se perceba o nítido propósito de procrastinar o resultado final do processo.

Não é preciso, portanto, muita inteligência para afirmar que o nosso sistema normativo contribui, significativamente, para essa profusão de recursos. Seria, então, absolutamente necessário proceder-se a uma radical intervenção

legislativa no Código de Processo Penal e nos regimentos internos dos tribunais - sobretudo os superiores - para reverter esse quadro. O PLS 156/09, em trâmite no Congresso Nacional, reconhece tal diagnóstico, afirmando, na sua Exposição de Motivos, que "... frequentemente se tem atribuído ao número excessivo de recursos a demora da prestação jurisdicional, de modo a justificar a necessidade da adoção de um critério de recorribilidade mínima das decisões judiciais" (grifamos). No entanto, não bastam, a esse propósito, mudanças superficiais, como as que vêm sendo realizadas nos últimos anos, ou as que estão sendo propostas no referido projeto, mesmo reconhecendo-se que "[a] disciplina legal dos recursos deve buscar, por certo, a celeridade necessária à produção da resposta penal em tempo razoável e socialmente útil e à tutela dos direitos fundamentais dos indiciados ou imputados autores de infrações penais." (grifamos)

Em verdade, é preciso um pouco mais de coragem para enfrentar o problema com soluções mais efetivas e ousadas, que não se limitem a tão só reduzir ou condensar prazos e a alterar o procedimento dos recursos criminais. É indispensável que o legislador e, antes, os responsáveis pela formulação das propostas legislativas, abandonem o hábito de tomar o código vigente como referência (basta um olhar sobre os projetos de reforma do CPP para se perceber que a redação dos artigos segue, em boa parte, o texto literal do código em vigor). É fundamental partir de algo novo, de modo a propor-se um código que rompa com uma tradição não mais compatível com a velocidade da vida moderna e com os anseios por uma justiça menos burocratizada e encastelada em modelos anacrônicos e excessivamente formais.

Vejamos, como exemplo, o que ocorre com o recurso de Embargos Infringentes e de Nulidade, que, na prática, dá ao réu o direito não ao duplo, mas ao triplo grau de jurisdição, na suposição de que o terceiro julgamento será o que traduzirá melhor justiça. Tudo isso em um sistema que, jogando no ralo o princípio da oralidade - com seus consectários lógicos, entre os quais o da imediação entre juiz e partes - permite ao órgão jurisdicional de segundo grau revolver toda a prova que foi produzida sob o contraditório e com a presença das partes e de modo público, perante o juiz natural da causa, para encontrar decisão totalmente diferente, quanto à matéria de fato, da obtida em primeiro grau.

O PLS 156/09, nesse particular, avança substancialmente, pois admite tal impugnação apenas quando o julgamento não unânime da apelação houver resultado na reforma da sentença de mérito, em prejuízo do réu, o que, efetivamente, lhe assegura o direito ao duplo grau de jurisdição. Sem embargo, há quem considere semelhante proposta um retrocesso, postulando que se adote redação, já constante de outro projeto anteriormente apresentado ao Congresso Nacional (PL 4.206/01), que chegava ao cúmulo de criar uma nova modalidade de recurso *ex officio*, visto que determinava aos desembargadores submeter o acórdão majoritário, desfavorável ao réu (mesmo que já houvesse sido condenado em primeiro grau), e sem necessidade de provocação, a novo julgamento perante a Câmara Criminal.

Por outro lado, e em que pesem os declarados objetivos e os inegáveis avanços do PLS 156/09, que propõe um código moderno e, mais ainda, um verdadeiro *sistema* de processo penal (pois hoje não o temos), as demais sugestões de alteração do capítulo referente aos recursos são, à evidência, incapazes de modificar, de maneira significativa, o quadro desolador que enfrentamos hoje.

Aliás, a agravar esse quadro, e a despeito da afirmada tentativa da Comissão de Juristas de minorar o problema, o *Habeas Corpus* continuará a assumir contornos cada vez mais flexíveis, na variada casuística forense, sempre sob a invocação, ainda que remota e indireta, de risco à liberdade do investigado ou do réu.

De ação voltada à proteção da liberdade, por coação ilegal, atual ou iminente, o *Habeas Corpus*, como dito na Exposição de Motivos do referido projeto, transformou-se em "sub-rogado universal das impugnações recursais", verdadeira panacéia de todos os males do processo penal, pretensão que, na prática, amiúde o transforma em causa direta do estrangulamento da jurisdição penal, crescentemente acionada por meio do *writ* para resolver qualquer alegação, ainda que inconsistente, de violação à liberdade. Para exemplificar, chegou-se ao ponto de dar guarida a uma postulação (sim, o STJ concedeu a ordem solicitada) voltada a retirar da denúncia a foto digital do réu, o qual já estava, saliente-se, condenado, definitivamente, por crime de roubo qualificado (o que analisamos melhor no seguinte endereço virtual: <http://www.metajus.com.br/opinioes/opiniao42.html>). Ainda para mensurar o alcance que se tem dado a tal ação constitucional, por força

de crescente tolerância dos tribunais, a defesa chegou a postular, nesse mesmo *writ*, que se extirpasse, da petição inicial, a expressão "ação penal condenatória" (!).

A manter-se essa tolerância com o uso abusivo do *Habeas Corpus*, os tribunais superiores cada vez mais se afastarão de outras competências outorgadas pelo Constituinte de 1988, convertendo-se, virtualmente, em terceira ou quarta instância para a rediscussão de temas que nem sempre, é bom enfatizar, passaram pelo crivo dos tribunais estaduais e federais, mas apenas de um ou outro de seus membros.

A propósito, não custa lembrar que o Supremo Tribunal Federal editou Súmula (verbete 691) exatamente para prestigiar as decisões colegiadas dos tribunais e obviar a costumeira praxe de advogados e defensores que pulam as naturais etapas na luta, posto que legítima, pelos alegados direitos dos acusados, impetrando sucessivos *Habeas Corpus*, desde a primeira instância, sem ao menos aguardar que essas ações impugnativas sejam julgadas pelos órgãos colegiados da jurisdição ordinária. Sem embargo, é o próprio STF, por alguns de seus magistrados, quem por vezes desconsidera o rigor de sua súmula, cassando decisões proferidas por ministros do STJ, antes do julgamento definitivo do *Habeas Corpus* por aquela Corte. E é por isso também que já se propôs mesmo a revogação da Súmula 691 (ex. HBC 85.185-1-SP), tamanha a dificuldade de ser ela respeitada no STF.

O Ministro Og Fernandes, do Superior Tribunal de Justiça, em artigo publicado no Boletim de agosto do IBBCrim (*O Habeas Corpus no Projeto do CPP*), assinalou que, em 21 anos de existência do STJ, foram distribuídos 175 mil habeas corpus. Em 2008, 26.973 deram entrada naquela Corte HCs. Em 2009, outros 32.549 e no primeiro semestre de 2010, foram 17.642 HCs impetrados, cerca de 97 casos por dia.

Nino Oliveira Toldo, após enfatizar que o Supremo Tribunal Federal, de 2008 a 30 de abril de 2010, julgou 13.509 *Habeas Corpus* (tendo concedido, nesse período, apenas 898), concluiu que "se queremos um bom processo penal, temos que pensar num sistema racional de recursos que dê efetividade ao processo, porém balizado na ampla defesa, e no qual o *Habeas Corpus* volte a ser uma ação de uso restrito para as hipóteses em que se busque proteger, efetivamente, a liberdade

de locomoção, porque "não é razoável que se dê tanta elasticidade ao habeas corpus para levar aos tribunais questões que, por princípio, deveriam ser reexaminadas, quando possível, em grau de recurso." (*O novo CPP: recursos e Habeas Corpus*. Boletim IBCcrim, agosto/10)

Talvez, então, pudéssemos pensar em algumas alternativas que, em minha modesta opinião, trariam ao nosso sistema processual penal uma dose razoável de efetividade, sem abdicar das conquistas civilizatórias incorporadas ao nosso direito positivo.

Já houve avanços quando se extinguiu o Protesto por Novo Júri na reforma de 2008, muito embora algumas vozes, mais apegadas às tradições e à conservação de dogmas jurídicos, tenham objetado fervorosamente, com simplórios e triviais argumentos de que se suprimiu uma garantia do acusado, que a ampla defesa foi sacrificada, que a liberdade humana sofreu um revés e *così via*. O PLS 156/09, a seu turno, tem o mérito de extinguir a anômala figura do recurso *ex officio*, propor a eliminação da Carta Testemunhável, o impedimento a que se utilizem os Embargos de Declaração por mais de uma vez, bem assim a já aludida limitação do recurso de Embargos Infringentes.

A despeito do avanço dessas propostas, seria imprescindível que também os tribunais superiores enxugassem os meios impugnativos regimentais. A merecer igual reflexão seria a possibilidade de redefinição constitucional do cabimento dos recursos extraordinário e especial, no âmbito criminal, os quais, mesmo com tantas limitações materiais e formais, acabam por favorecer o estrangulamento dos ofícios judiciais dos tribunais superiores, onde os recursos costumam ser julgados por atacado, amiúde por meio de votos redigidos por servidores que, mesmo se qualificados intelectualmente, não poderiam ocupar a função jurisdicional que é privativa de magistrados.

Se queremos, por conseguinte, dispor de uma jurisdição criminal, máxime na atividade recursal, minimamente funcional, que cumpra seu papel de prestar jurisdição em um tempo razoável, por juízes que tenham real possibilidade de examinar, sem delegação de funções, os processos que lhes chegam às mãos para julgar, preservando-se os direitos das partes e, nomeadamente, o direito do acusado ao duplo grau de jurisdição, urge a adoção de mudanças normativas, a

serem, evidentemente, debatidas, tanto por acadêmicos quanto, principalmente, por profissionais do Direito, sem preconceitos, com desapego e, acima de tudo, com honestidade intelectual e senso crítico, requisitos indispensáveis para a evolução de qualquer ciência, inclusive a Ciência do Direito.