

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

TIAGO BUNNING MENDES

**DIREITO AO RECURSO NO PROCESSO PENAL: O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO
GARANTIA EXCLUSIVA DO IMPUTADO**

Porto Alegre
2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

Ficha Catalográfica

M538d Mendes, Tiago Bunning

Direito ao recurso no processo penal : o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado / Tiago Bunning Mendes . – 2018. 229.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner.

1. Direito Processual Penal. 2. Direito ao Recurso. 3. Duplo Grau de Jurisdição. 4. Garantia Fundamental. 5. Bilateralidade Recursal. I. Gloeckner, Ricardo Jacobsen. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Salete Maria Sartori CRB-10/1363

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE DIREITO
TIAGO BUNNING MENDES

**DIREITO AO RECURSO NO PROCESSO PENAL: O DUPLO GRAU DE
JURISDIÇÃO COMO GARANTIA EXCLUSIVA DO IMPUTADO**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Ricardo Jacobsen Gloeckner

Porto Alegre
2018

AGRADECIMENTOS

Gratidão é virtude... Por isso, o lugar dos agradecimentos é antes do início, pois não há como começar sem agradecer quem de fato fez florescer um trabalho, muito mais do que o próprio autor que vos escreve.

Tudo isso surgiu quando, depois de não me adaptar em dois programas de Mestrado que cursei anteriormente, liguei para o Caíque que após seu Mestrado cursava o doutorado na PUC/RS, naquela conversa eu me decidi: o Mestrado em Ciências Criminais na PUC/RS era o meu lugar. Caíque leu meu projeto inicial de pesquisa e a menção de seu nome na entrevista, certamente, foi crédito importante para o ingresso no programa. Caíque não sabe, mas esse trabalho nasce a partir de você. Muito obrigado Caíque.

Na PUC/RS e em Porto Alegre/RS, fora da minha cidade e, inicialmente alheio a um círculo de amizade e convivência, o diferente era desafiador. Mas, ao procurar onde “ficar” em POA, um irmão que eu nunca tive cruzou meu caminho e o desafiador ganhou companhia. Marcos me ensinou muito... Com sua paciência e calma – as vezes só no jeito de andar, mas que trazia calma – foi o ombro amigo que deu equilíbrio a eletrizante ponte-aérea que me embalava. Uma amizade que levo para a vida, tenho para sempre uma (segunda) casa em Maceió.

Junto com Marcos veio toda a rapaziada do Apartamento 9, no Bomfim, Rua Santo Antonio, número 818, onde na companhia de Fernando (que tornou meu quarto seu quarto sem nenhum pudor, mas com amor), Theo (um gigante em todos sentidos) e Gustavo (que é o convite a uma boa risada) tomamos muita cerveja, em regra Polar e Dado Bier – porque não tinha em nossas cidades –, com amendoim. Construímos convivência e amizade, debatemos até a calada da noite. Eles ensinavam muito, eu só aprendia com eles e com toda experiência que me proporcionaram. Obrigado rapaziada!

Do Maranhão veio o calor que aquecia e o tempero que dava gosto a tudo que vivíamos em POA. Eu falo de Helder & Manu (que são um só no meu coração) e Ítalo & Maricy (que são um só na vida!) ainda mais distantes de seu lar do que eu, me fizeram sentir em casa. Esses queridos são amor e carinho a todo momento, que retribuo com amor e carinho para eternizar. Obrigado queridos.

Gurias... (um suspiro). Vocês (Dani, Laura e Luiza) foram necessárias à minha – a nossa, pois sempre incluo Marcos nisso, porque é dele a afirmação – sobrevivência em POA. Eu não aprendi algo tão importante nos livros que lemos ou nas aulas que tivemos como aquilo que aprendi com vocês. Aprendi que o feminismo é ideologia necessária a todo

homem, não apenas por uma sociedade menos machista, mas por um mundo feminista. Mais que respeito, é reverência às mulheres. Vocês me ensinaram isso com carinho, obrigado musas.

O Mestrado de Ciências Criminais da PUC/RS é ambiente de oxigenação democrática cuja responsabilidade fundante é de Ruth Gauer – que muito me remete a minha vó – e toda cultura do gauerismo que por ela nos foi transmitido. O programa de pós-graduação em Ciências Criminais da PUC/RS e conseqüentemente este trabalho não existiriam sem todo aparato ideológico transmitido pela disciplina de história das ideias. Por isso, agradeço a Professora Ruth Gauer. Grandes professores como Augusto Jobim, Aury Lopes Jr., Fábio D`ávila e Nereu Giacomolli que respiram o gauerismo há tempos, também contribuíram com seus ensinamento e pensamento crítico para este trabalho.

No entanto, os principais responsáveis por tornar o 10º andar do Prédio 11 um ambiente familiar são nossos colegas da coordenação. Márcinha sempre querida e que tudo fez por nossa turma, Uillian com sua amizade, Caren sempre disponível e Paty com seu humor tornaram tudo mais prazeroso. Vocês foram sensacionais, muito obrigado. Também agradeço a CAPES por fomentar este trabalho com uma bolsa sem a qual, sem dúvida, este trabalho não seria possível.

Nesse momento já é necessário render homenagens, sem medida, ao meu orientador. Ricardo Gloeckner além de um grande parceiro foi a bússola que guiou todo curso deste trabalho. Seus trabalhos, desde “Risco e Processo Penal” ao recente “Autoritarismo e Processo Penal” são a fonte inesgotável de saber crítico e conduzem todas as ideias que tentei, obviamente não logrando êxito, transpor neste trabalho. Os acertos deste trabalho devo aos seus ensinamentos, os erros são frutos dos momentos que por insuficiência não consegui compreendê-lo. Ricardo é inspiração na luta de um processo penal democrático e, segundo Jacinto Coutinho, o mais promissor baluarte do direito processual penal brasileiro. MUITÍSSIMO obrigado Ricardo!

Vinicius Vasconcellos – por indicação do jamais esquecido Caíque – também rendeu enorme contribuição a este trabalho, boa parte das bibliografias consultadas são fruto de sua pesquisa no Doutorado e que nos foram cedidas com muita generosidade. Gratidão.

Com isso já posso retornar ao lar para dizer que esta Dissertação tem uma coautora, a minha Mãe. Mãe com letra maiúscula por toda afirmação e peso que isso carrega, mas que continua sendo incapaz de descrever sua entrega (de amor) a mim. Não foi tão fácil acordar as 03h toda segunda e sexta-feira para enfrentar a ponte-aérea, mas ela sempre acordou junto comigo, mesmo quando eu estava em POA. Ninguém viveu essa aventura (o Mestrado) de

forma tão intensa quanto ela, acho que nem mesmo eu. Ela diz que o mérito (nem sei qual) é meu, mas o mérito nem existiria se não fosse ela. Eu não conseguiria sem você... Palavras jamais vão descrever... Você é a luz que me guia, eu te agradeço pela vida e por toda vida por esse amor incondicional que nos une. Este trabalho é dedicado a você, te amo!

Agradeço ao Élcio por ser a companhia a ela na minha ausência e por toda paz e amor que trouxe ao nosso lar. Agradeço a Lú pelo carinho que tem comigo e por também alterar sua rotina em razão da minha aventura.

Meu pai, meu herói, meu exemplo de estudo e de superação, meu “véio”. Você esteve presente comigo a todo instante em que pensei em desistir e sempre que precisei recomeçar. Sua imagem para mim sempre representou o estudo e a evolução. Logo, este trabalho também é seu, ele carrega seu sangue e suor em todas as páginas. Amo você meu paizão!

Nathalia... (um segundo suspiro) Que bom que você chegou – ou talvez, voltou de onde nunca deveria ter saído – a tempo de acompanhar esse momento, certamente ele não seria igual sem você, porque você também é luz. Aliás, sem você eu não conseguiria ter organizado as referências deste trabalho. Preciso admitir, sem você eu estava perdendo as minhas referências (entenda como quiser). Mas óbvio, meu amor não se resume a isso, mas isso é representativo de toda sua entrega, uma parceira para a vida. Você é uma Mulher – e aqui também se exige a letra maiúscula – incrível! Sua força me dá força, sua alegria me contagia e me trouxe paz (de novo). O término deste trabalho foi mais doce com você. Eu te amo...

Meus queridos avós Bernhard e Maria Inês que foram meus parceiros e com seus esforços resultante de anos de trabalho me proporcionaram esse sonho. Serei eternamente grato, mesmo sem poder retribuir com algo maior do que a simples conclusão deste trabalho. Obrigado minha avó querida por sempre compreender minha ideologia crítica, sou ponto fora da curva assim como você. Obrigado meu avô por me aceitar desta forma, nossas divergências em posicionamentos não representam o amor que sempre nos manterá unidos. Prometo sempre honrar nossa família e ser fonte de orgulho à vocês. Obrigado...

Minha madrinha Gra, meu tio e parceiro Lú, ao Fauzi meu afilhado querido e a minha maravilhosa prima Jú, eu agradeço por sempre fazerem me sentir no seio de uma família enorme, mesmo sendo só nós, pois nossa grandeza está no amor que nos transmitimos. Vocês também são minha inspiração.

À todos colegas professores do Curso CPAA – sobretudo, aqueles que sempre foram e sempre serão CPAA, Doreto, Thaysa, Rodrigo, Douglas, Renata, Janólio, Carol –, a coordenação (Andrea e Léa) e a todo equipe de apoio eu agradeço por compreenderem minha

ausência durante o período do Mestrado. Vocês fizeram o (in)possível para possibilitar que a ponte-aérea não interrompesse meu vínculo com o curso. Neste ponto, preciso majorar a gratidão ao meu parceiro Doreto, sua compreensão e auxílio são impagáveis, obrigado irmão!

Meus amigos – de Dom Bosco – para a vida (Camila, Milena, Raquel, Igor, André, Leonardo, Vagner, Guilherme, Avelar e Lucas) eu agradeço por sempre estarem ao meu lado, por todo o carinho e pela compreensão em minha ausência. Já podemos voltar a programação normal dos churrascos, até que o Doutorado nos separe...

Meus amigos e irmãos João Paulo Calves (que será sempre inspiração), Jodascil (que com muita paciência leu o projeto que resultou neste trabalho, além de divulgá-lo na UFMS), Ricardo Pereira (que me abriu as portas da academia) e ao Bruno (pela parceria e por diversas vezes suprir minha ausência no escritório) eu agradeço por me darem a honra da amizade e por contribuírem com diversas ideias para este trabalho. Ao meu irmão Delmondes por estar sempre ao meu lado, por ser um parceiro de labuta, pelas orientações e pela confiança inabalável eu serei sempre grato.

Saibam, do fundo do meu coração e com as últimas lágrimas que me restam no dia de hoje, isso tudo foi um sonho... Eu vivi intensamente esse Mestrado. Em cada folha deste trabalho está um pedaço singelo da melhor fase da minha vida. Essa Dissertação é fruto de amor ao indivíduo, respeito aos direitos humanos, por um processo penal acusatório e democrático e para a preservação de direitos e garantias. Essa é a única luta da qual serei sempre soldado, acompanhado e inspirado por todos os supramencionados.

Nessa aventura eu só aprendi, eu só cresci, sou só agradecimentos...

Muito obrigado!

Cidade morena, 21/11/2018.

Sixto Martinez cumpriu serviço militar num quartel de Sevilha.

No meio da parada havia um banquinho. Junto do banquinho, um soldado montava guarda. Ninguém sabia por que motivo era necessário guardar o banquinho. A guarda fazia-se porque se fazia, noite e dia, todas as noites, todos os dias, e de geração em geração os oficiais transmitiam a ordem e os soldados a obedeciam. Ninguém nunca questionou, ninguém nunca perguntou. Assim era feito e sempre tinha sido feito.

*E assim continuou sendo feito, até que alguém, não sei qual general ou coronel, quis conhecer a ordem original. Foi preciso revirar os arquivos a fundo. E depois de muito cavoucar, soube-se. Fazia trinta e um anos, dois meses e quatro dias, que um oficial tinha mandado montar guarda junto ao banquinho, que fora recém-pintado, para que ninguém sentasse na tinta fresca. (GALEANO, Eduardo. A Burocracia 3. In: **Livro dos Abraços**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2018, p. 62)*

RESUMO

MENDES, Tiago Bunning. Direito a Recurso no Processo Penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

O presente trabalho pretende investigar a origem e o cenário atual dos recursos e do duplo grau de jurisdição no processo penal e, com isso, demonstrar uma continuidade no tratamento unitário do sistema recursal no processo civil e penal que decorre da Teoria Geral da Impugnação. Assim, será proposta a adoção de conceitos e elementos próprios ao processo penal e que ocasionarão a revisão das ideias de natureza jurídica dos recursos, classificação, efeitos recursais e titularidade dos recursos visando a ruptura da bilateralidade recursal. Também enfrentaremos o argumento de que os recursos são protelatórios a partir da análise de dados disponibilizados pelo CNJ referentes a processos e recursos em trâmite no STF. O problema central do trabalho é a violação ao duplo grau de jurisdição que ocorre pela modificação de uma sentença absolutória em decorrência de recurso acusatório. Por isso, serão revistos os fundamentos e o conteúdo do duplo grau de jurisdição atribuindo-lhe caráter de garantia exclusiva do imputado concretizando a dupla conformidade em matéria penal e protegendo a presunção de inocência. A partir disso demonstraremos que não existem fundamentos para a limitação do duplo grau de jurisdição. Por fim, apresentaremos propostas de possibilidades de limitação aos recursos acusatórios em busca de um sistema recursal compatível com a garantia do duplo grau de jurisdição.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Direito ao recurso. Duplo grau de jurisdição. Garantia fundamental. Bilateralidade recursal.

ABSTRACT

MENDES, Tiago Bunning. Right to appeal in criminal procedure: the double degree of jurisdiction as exclusive guarantee of the accused. 2018. Dissertation (Masters Criminal Sciences) – School of Law, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

Abstract: This work intends to investigate the origin, current scenario of the appeals and the double degree of jurisdiction in criminal procedure and, in order to demonstrate a continuity in the unitary treatment of the appealing system in civil and criminal proceedings, resulting from the General Theory of Impugnation. Thus, it will be proposed the adoption of concepts and elements specifically related to the criminal process and that will lead to a review of the ideas concerning to the judicial nature of appeals, classification, effects and legitimacy to appeal, aiming the rupture of the appealing bilaterality. We will also face the argument that the appeals are considered delaying tactics if analyzing the data published by CNJ referring to proceedings and appeals in process in STF. Therefore, the main discussion of this work is the violation of the double degree of jurisdiction that occurs by the modification of a absolatory sentence in result of a appeal brought by the prosecutor. Because of this, the fundamentals and contents of the double degree of jurisdiction will be reviewed, granting exclusive protection to the accused, in order to achieve double compliance in criminal matters and protecting the presumption of innocence. From this we will demonstrate that there are no arguments to add limits to the double degree of jurisdiction. Finally, we will present alternatives that could limit accusatory appealing in order to stablish a compatible system with the guarantee of the double degree of jurisdiction.

Keywords: Criminal procedure. Right to appeal. Double Degree of Jurisdiction. Fundamental Guarantee. Appealing Bilaterality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A ORIGEM E O CENÁRIO ATUAL DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL ...	18
1.1 Por um conceito dos recursos no processo penal.....	18
1.2 Origem: a reveladora relação entre os recursos e o sistema inquisitório.....	24
1.3 Natureza Jurídica dos recursos: o caminho ao encontro da natureza jurídica dos recursos no processo penal.....	31
<i>1.3.1 O abandono da teoria geral do processo (civil) em busca de uma Teoria Geral dos Recursos do Processo Penal</i>	<i>33</i>
<i>1.3.2 Evoluir para uma teoria da acusação: não mais teoria da ação.....</i>	<i>39</i>
<i>1.3.3 Recurso não é prolongamento da ação</i>	<i>43</i>
1.4 O mito dos recursos protelatórios: de onde vem a morosidade processual?	49
2 TEORIA GERAL DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL	60
2.1 Classificação das classes de recursos e os reflexos de sua escolha	60
<i>2.1.1 Recursos Ordinários e Recursos Extraordinários: o abandono da dicotomia questão de fato e questão de direito nos recursos processuais penais</i>	<i>61</i>
<i>2.1.2 Apelação: o conflito aparente entre recursos e o contraditório</i>	<i>70</i>
<i>2.1.3 Recurso de Cassação: temos um Recurso e uma Corte de Cassação?</i>	<i>77</i>
2.2 Os efeitos recursais	84
<i>2.2.1 Efeito devolutivo: devolve para quem nunca foi?</i>	<i>85</i>
<i>2.2.2 Efeito suspensivo: uma (re)leitura do efeito suspensivo no processo penal como ponto de enfrentamento à execução antecipada de pena.....</i>	<i>89</i>
<i>2.2.2.1 O recente histórico da Execução Antecipada de Pena no Brasil</i>	<i>95</i>
<i>2.2.2.2 A Inconstitucionalidade da Execução Antecipada de Pena.....</i>	<i>99</i>
2.3 Titularidade dos recursos	112
<i>2.3.1 Voluntariedade recursal no sistema acusatório: as diferenças entre o recurso ex officio e a dupla conformidade em matéria penal.....</i>	<i>113</i>
<i>2.3.2 Legitimidade recursal e Interesse de agir: o abandono da ideia de sucumbência e da categoria interesse recursal no processo penal</i>	<i>123</i>
2.4 A bilateralidade recursal em confronto com o processo penal acusatório e a paridade de armas	131

3 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO SUPERANDO A BILATERALIDADE RECURSAL	137
3.1 O necessário controle de convencionalidade: o duplo grau de jurisdição existe! .	137
3.2 Fundamentos do duplo grau de jurisdição.....	144
3.2.1 <i>(Im)pensados fundamentos do duplo grau de jurisdição: Falibilidade humana? Certeza (do que) e Verdade (real)? Segurança Jurídica e Justiça (para quem)?</i>	<i>144</i>
3.2.2 <i>Em busca de fundamentos do duplo grau de jurisdição.....</i>	<i>149</i>
3.3 O conteúdo do duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado: uma análise a partir da vedação à persecução penal múltipla e outros fundamentos	153
3.3.1 <i>Duplo grau de jurisdição integral sobre o juízo condenatório</i>	<i>161</i>
3.3.2 <i>Quem é o órgão hierarquicamente superior?</i>	<i>164</i>
3.3.3 <i>A nova concepção da vedação da reformatio in pejus.....</i>	<i>170</i>
3.4 (Existem) Limites (?) ao duplo grau de jurisdição	174
3.4.1 <i>A competência originária dos tribunais nos casos de foro por prerrogativa de função</i>	<i>175</i>
3.4.2 <i>A soberania dos veredictos e o duplo grau no Tribunal do Júri.....</i>	<i>183</i>
3.4.3 <i>A reforma da decisão absolutória em decorrência da condenação em julgamento de recurso acusatório</i>	<i>188</i>
3.5 Propostas de limitação ao recurso acusatório em face da garantia do duplo grau de jurisdição	189
3.5.1 <i>A vedação do double jeopardy: o sistema anglo-saxônico e o recurso no ordenamento norte-americano</i>	<i>190</i>
3.5.2 <i>A Lei n. 46 de 2006 e a reforma do Código de Processo Penal na Itália.....</i>	<i>195</i>
3.5.3 <i>Outras possibilidades de solução e uma proposta diante das ideias e posições adotadas</i>	<i>199</i>
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	206
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	214

INTRODUÇÃO

Partimos da premissa de que introduzir um trabalho resume-se a delimitar o objeto de investigação, ou seja, o tema e problema a que se dedicam a pesquisa. Apresentamos nossas hipóteses originárias, que tendem fortemente a não se confirmarem ou se alterarem no curso do trabalho, muito além do que a pretensão de se confirmarem. Além disso, justificamos a escolha do tema e expomos quais eram nossos objetivos iniciais. Por fim, é necessário orientar o leitor, de forma sintética, sobre o caminho que será percorrido no curso do texto.

Tudo isso demanda, antecipadamente, a observância de algumas advertências feitas por Ricardo Gloeckner. A primeira é admitir nossa própria finitude e, com ela, a impossibilidade de que o presente trabalho por si só preencha um vazio, pois não se consegue – e adiantamos que não conseguimos – dar conta de tudo. A segunda, é de que este trabalho já nasce para o passado, na medida em que qualquer pesquisa científica será sempre superada, por isso apenas se preenche um vazio teórico com outro, sem jamais barrar a porta para o conhecimento e evolução.¹

Feitas essas advertências iniciais esclarecemos que o objeto de estudo no presente trabalho é composto pelo direito ao recurso no processo penal e pelo duplo grau de jurisdição, ambos concebidos a partir do clássico paradigma da bilateralidade recursal. A ideia de bilateralidade representa um “paradigma” nos próprios limites do termo pensado por Thomas Kuhn ao tentar descobrir as controvérsias sobre fundamentos que decorrem de realizações científicas universalmente reconhecidas e que fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma determinada ciência.²

É exatamente nesse sentido que se insere o “paradigma da bilateralidade recursal” identificado por Ricardo Gloeckner e que consiste em pensar o recurso e o duplo grau como categorias instrumentais modeladas pela Teoria Geral da Impugnação para o processo civil e transportadas sem maiores alterações para o processo penal.³

O problema central que se investiga no presente trabalho se faz presente na obra de Nereu Giacomolli quando se adverte que a modificação de uma sentença absolutória em decorrência de recurso acusatório, sem que exista um outro recurso ilimitado a defesa,

¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 15.

² KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva S.A, 1998, p. 13.

³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Direito fundamental ao recurso no processo penal**: uma crítica concepção bilateral da impugnação. Revista Justiça e Sistema Criminal. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 190.

acarreta o sepultamento do duplo grau de jurisdição⁴. A partir disso se desenvolvem os problemas centrais a serem respondidos: 1) quais os fundamentos do duplo grau de jurisdição?; 2) qual o conteúdo do duplo grau de jurisdição?; e 3) existem limites ao duplo grau de jurisdição?

Nesse caminho, nossas hipóteses iniciais são de que inexistem fundamentos para o recurso acusatório interposto em desfavor de uma sentença absolutória e, em contrapartida, o duplo grau de jurisdição seria uma garantia exclusiva do imputado, cujos fundamentos seriam a dupla conformidade em matéria penal e a presunção de inocência.

Justificamos a escolha do tema considerando que a instrumentalização do processo penal (do inimigo) vem tornando o processo um mero instrumento para realização do direito penal (do inimigo), servindo simplesmente como uma arma na mão do Estado para o combate dos inimigos da sociedade em busca da efetividade do processo.⁵ Consequentemente, resta esquecida a relevância que os recursos e o duplo grau de jurisdição representam em um Estado Democrático de Direito, onde decisões de autoridade proferidas contra o indivíduo sempre exigirão reexame para que se evitem arbítrios e ilegalidades.

Nesse ambiente instaurado, o recurso ganha lugar central apenas como responsável pela morosidade processual em busca da impunidade, e assim se ampliam cada vez mais os limites impostos ao duplo grau de jurisdição e, em contrapartida criam-se ou restauram-se instrumentos em busca de celeridade processual para o atendimento da urgência punitiva⁶, tal como é o exemplo da execução antecipada de pena⁷.

É nesse contexto que o cenário atual dos recursos no processo penal é o fim da investigação proposta no capítulo inicial, após a tentativa de conceituar os recursos, primeiramente dizendo o que não são os recursos para depois tentar descrevê-los em uma fuga da tradicional descrição que é feita a partir de categorias inaplicáveis ao processo penal.

Um outro objetivo neste primeiro capítulo é identificar o surgimento e a função originária dos recursos, o que acabará revelando sua estreita relação com o sistema inquisitório. Isso demonstrará, da forma que reconhece Baumer, que a história das ideias afeta

⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 348.

⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 162 e 213.

⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 301.

⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, publicado em 17/05/2016, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

profundamente as instituições, o direito, a prática e os sistemas que se estabelecem a partir desta⁸.

Também analisaremos se é correto atribuir natureza jurídica de prolongamento do direito de ação (ou do direito de defesa) aos recursos no processo penal. Para isso, será necessário demonstrar o tratamento unitário e linear que decorre da Teoria Geral dos Recursos ou Teoria Geral da Impugnação pensada a partir da Teoria Geral do Processo e que importa categorias do processo civil para o processo penal. É neste ponto que se firma o “paradigma da bilateralidade”.

Para isso passaremos pelo estudo da Teoria da Ação que permitirá identificar que no processo penal a ação (penal) é na verdade um direito meramente formal de acusar⁹. A partir disso, se evolui para a Teoria da Acusação, que em conjunto com a classificação do processo como situação jurídica, proposta por James Goldschmidt¹⁰, demonstrarão que a ação-acusação não se prolonga.

Depois de reconhecer a existência de uma unitária Teoria Geral da Impugnação que desde sua essência se mostra inaplicável ao processo penal, o segundo capítulo continuará o estudo de diversas categorias da Teoria Geral dos Recursos, propondo uma ínfima contribuição para a necessária construção de uma Teoria Geral dos Recursos do Processo Penal.

A classificação dos recursos é importante ponto de análise nesse capítulo, sobretudo considerando a tentativa de divisão entre matéria de fato e matéria de direito. Os efeitos recursais também serão revisitados, principalmente na análise do binômio prisão-efeito recursal que se estabeleceu no julgamento do HC 126.292/SP, em que o Supremo Tribunal Federal permitiu a execução antecipada de pena, exigindo neste ponto um estudo acerca da presunção de inocência.

Ao final do capítulo, a titularidade dos recursos nos levará a repensar a voluntariedade recursal em um sistema acusatório face à necessidade de dupla conformidade em matéria penal. Na sequência, o estudo do interesse de agir para além da categoria de sucumbência, incabível ao processo penal em face a inexistência de lide entre as partes e pretensão resistida ao autor, nos fará propor a ruptura com a bilateralidade recursal, adequando o direito ao recurso ao processo penal acusatório.

⁸ BAUMER, Franklin L. **O pensamento Europeu Moderno**. Volume 1. Séculos XVII e XVIII. Rio de Janeiro: Edições 70, 1990, p. 24/25.

⁹ ORBANEJA, Emilio Gomes; QUEMADA, Vicente Herce. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones S. A., 1981, p. 89.

¹⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. Vol. II. Buenos Aires: E.J.E.A., 1961, p. 76.

Após revisitar a origem dos recursos e buscar reinterpretar sua teoria geral, no terceiro capítulo chegamos ao objetivo principal do trabalho: o estudo do duplo grau de jurisdição desde o reconhecimento de sua existência como garantia fundamental e seus fundamentos, sejam aqueles tradicionalmente propostos pela doutrina ou aqueles que a nosso ver são os únicos fundamentos possíveis para legitimar a existência do duplo grau.

O conteúdo do duplo grau de jurisdição é ponto fundamental para o reconhecê-lo como garantia exclusiva do imputado diante de uma decisão condenatória. Neste ponto, visando

à redução de danos e a maximização de possibilidade de revisão da decisão condenatória, será proposta nossa definição de órgão hierarquicamente superior responsável pelo julgamento do recurso que atende ao duplo grau de jurisdição.

Pensando no duplo grau como garantia, sopesado a limitação dos recursos acusatórios, uma nova concepção da vedação da *reformatio in pejus* será necessária para reinterpretá-la também como uma garantia do imputado em desfavor do poder punitivo.

Diante de todo o conteúdo protetivo do duplo grau, neste trabalho refutaremos todos os limites impostos ao duplo grau de jurisdição em nosso sistema, como nos casos de competência originária dos tribunais, nos de competência do Tribunal do Júri e da soberania de seus veredictos, assim como o problema originário do trabalho, que diz respeito à reforma da decisão absolutória em um ambiente em que são possíveis recursos acusatórios.

Ao final, nos restará apresentar possibilidades de limitação dos recursos acusatórios a partir da vedação da *double jeopardy* presente no sistema norte-americano e da Lei n. 46 de 2006 (*Legge Pecorella*) que reformou o CPP italiano, estabelecendo por fim um ponto de saída, que em verdade é apenas o início, para a construção futura de um sistema recursal em que o duplo grau de jurisdição figure como verdadeira garantia exclusiva do imputado.

Sabemos que o que se propõe é uma enorme ruptura, que altera a estrutura do sistema recursal¹¹, uma nova concepção de direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição, quiçá do sistema recursal como um todo, exige quebra de paradigmas e (re)formulações intangíveis em mentalidades que trabalham sobre a ordem de um processo penal inquisitório.

É preciso estar disposto a enfrentar o senso comum de cultura punitiva, com os olhos voltados à concretização de um pretense projeto constitucional. A efetivação libertária do duplo grau de jurisdição, superando sua demonização como instrumento de impunidade –

¹¹ Tal como adverte Julio B. Maier, a modificação apresenta dupla dificuldade, em um primeiro plano de compreensão, e em um segundo terreno mais agirioso de aceitação. (MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 709).

como se essa não fosse um dado estrutural do sistema penal –, exige nas palavras de Rubens Casara contrariar o pensamento das majorias de ocasião formadas na desinformação.¹²

Aos que pensam no processo penal pela ótica utilitarista e efficientista, e aos críticos sensacionalistas que imputam aos recursos o retardamento na punição e o aumento na sensação de impunidade social, adverte-se que esses pensamentos nefastos permitem que continue se propiciando a condenação de (muitos) inocentes para, em contrapartida, evitar a absolvição de (poucos) culpados.

É necessário reconhecer que o processo penal merece categorias próprias e propiciar uma certa desigualdade que justamente lhe diferencia das demais modalidades processuais¹³, um desequilíbrio na balança que se justifica como propulsor de um necessário equilíbrio que precisa ser alcançado e, neste cenário, admitir que a “impunidade” – não somente oriunda de cifras ocultas – não é um “mal”, mas um dado necessário do sistema penal.

Afinal, um dos postulados que legitima o modelo garantista de processo, que visa a redução de danos do sistema penal, é o ônus que impõe ao Estado o dever de assumir que ocorram eventuais absolvições de culpados¹⁴, necessárias para que se certifique permanentemente que nenhum inocente restará condenado¹⁵.

Por derradeiro, (re)elaborar os recursos como verdadeira garantia processual em favor do imputado ou simplesmente curvar-se diante do senso comum para admiti-los como meio de controle estatal dos órgãos superiores sobre decisões de seus inferiores, fundamentalmente, afetará naquilo que se propõe a uma reinterpretação do duplo grau de e do abandono da ideia de bilateralidade recursal.

¹² CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 510.

¹³GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Direito fundamental ao recurso no processo penal**: uma crítica concepção bilateral da impugnação. Revista Justiça e Sistema Criminal. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 189.

¹⁴ Minimizando críticas, vale lembrar que no sistema norte americano pautado pela vedação ao *double jeopardy*, o acusador fica impedido de recorrer e nem por isso impera a impunidade naquele país, pelo contrário possuem a maior população carcerária mundial, corroborando que não há correlação entre o sistema recursal e a impunidade; esta não é – e não será – consequência daquele.

¹⁵ WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnação no processo penal constitucional brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.) **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 41.

1 A ORIGEM E O CENÁRIO ATUAL DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL

Inicialmente, neste primeiro capítulo, o que se pretende é investigar a origem dos recursos e demais meios de impugnação das decisões, pois tem-se como hipótese que sua origem possui um viés inquisitório acrescido de categorias oriundas do direito processual civil, o que se observa a partir da concepção que se tem acerca da natureza jurídica dos recursos. Analisada a origem, faz-se necessário, por fim, apresentar o cenário atual dos recursos em nosso ordenamento, sobretudo para identificar se é ele a razão da morosidade processual.

1.1 Por um conceito dos recursos no processo penal

Mais do que o conceito daquilo que se entende como recurso, este tópico precisa esclarecer aquilo que não é o recurso, pois conceituar, mais do que dizer o que é, trata-se de esclarecer o que não é. Além disso, é preciso distinguir o recurso de outros institutos, para além de uma mera diferenciação já exaurida nos devaneios doutrinários entre recursos e ações autônomas de impugnação.

Conceituar aquilo que se tem por recurso no processo penal é abrir um leque de uma cadeia de importantes esclarecimentos. O primeiro esclarecimento relevante é a necessária distinção entre os recursos e as ações autônomas de impugnação que, por sua vez, conduzirá à investigação acerca da natureza jurídica dos recursos, que nos remete a discussões acerca do trânsito em julgado, da coisa julgada e, sobretudo, a uma necessária reinterpretação da teoria da ação no processo penal¹⁶.

Somente por isso se torna importante conceituar os recursos no processo penal. Portanto, não apenas para imputar uma singela definição inicial seguindo uma praxe normalmente adotada em trabalhos monográficos, mas, sim, porque a forma de se conceituar os recursos dirá muito acerca da natureza jurídica adotada e do posicionamento acerca da teoria da ação, afetando diretamente o fundamento dos recursos. Dizemos de forma simples e direta: conceituá-los fará transparecer “qual a finalidade os recursos no processo penal?”.

No entanto, antes mesmo de conceituar os recursos é importante esclarecer a existência de algo que o antecede, os meios de impugnação do qual derivam os recursos e as

¹⁶ Quanto a este tema (“teoria da ação”) remete-se ao tópico 1.3.2 deste trabalho.

ações autônomas de impugnação. Neste sentido encontra-se em Hernando Echandía o posicionamento de que a “impugnação é o gênero e o recurso a espécie”¹⁷.

É preferível criar um arranjo teórico em que se reconheça a existência não de um gênero, mas de uma “categoria” chamada de meios de impugnação, considerando que tanto os recursos como as ações autônomas de impugnação comportam em si diversas “espécies”¹⁸, ou seja, existem diversos recursos em espécie e algumas ações autônomas de impugnação em espécie. Portanto, finalizando esta separação didática, a categoria *meios de impugnação* (ou simplesmente impugnação) comporta dois gêneros, os *recursos* e as *ações autônomas de impugnação*.

É necessário advertir, desde logo, que também existe importante distinção entre o direito ao recurso e o direito ao duplo grau de jurisdição. Essa distinção é de importante compreensão no presente trabalho em que se pretende tratar de ambos os elementos que não possuem o mesmo fim. Para uma compreensão inicial, afirmar a existência de distinção entre o direito ao recurso e o direito ao duplo grau de jurisdição seria o mesmo que dizer que nem todo recurso tem como objetivo o duplo grau de jurisdição.

Partindo da espécie para os gêneros é preciso, antes de conceituar os recursos, definir aquilo que se compreende por impugnação, que nas palavras de Carnelutti “é, essencialmente, uma instância; alguém pede a um juiz, que poderá ser ou não ser o mesmo que decide, que se volte criticamente sobre a decisão para saber se é justa ou injusta e portanto se deve subsistir ou se dever ser substituída por uma decisão diversa”¹⁹.

Outro entendimento conceitual pode ser elaborado no sentido proposto por Alcalá-Zamora y Levene para quem os meios de impugnação: “são atos processuais das partes dirigidos a estabelecer um novo exame, total ou limitado a determinamos extremos, e um novo provimento acerca da resolução judicial que o recorrente não estimava quanto a matéria de direito, no que tange ao fundo ou de forma, ou que reputa errônea no que diz a fixação dos fatos”²⁰.

Impossível esquecer daqueles que conceituam os meios de impugnação como remédio jurídico, tal como faz Giovanni Leone ao dizer que os meios de impugnação são o remédio

¹⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría General del Proceso**. Tomo II. Buenos aires: Editorial Universidad, 1985, p. 631. (tradução nossa)

¹⁸ São recursos em espécie, por exemplo, a apelação e o recurso em sentido estrito, assim como são espécies de ação autônoma de impugnação o *habeas corpus* e a revisão criminal.

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal**. Trad. Francisco José Galvão Bruno. ed.1 v. 4. Campinas: Bookseller, 2004. p. 132.

²⁰ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo (hijo). **Derecho Procesal Penal**. Tomo III. Buenos Aires: Depalma, 1945, p. 258/259. (tradução nossa)

jurídico atribuído às partes para remover as desvantagens que decorrem da decisão judicial²¹. Para Del Pozzo: “o que vale para qualificar seu escopo não é tanto o substantivo ‘remédio’ quanto o adjetivo ‘jurídico’, que expressa em alto grau o fenômeno da atribuição a um simples interesse, a uma simples reivindicação, de uma relevância jurídica capaz de provocar a modificação exterior do mundo jurídico”²².

No Brasil tornou-se costumeiro chamar, sobretudo as ações autônomas de impugnação, de remédio (constitucional), tal como ocorre com o *habeas corpus* – o remédio heroico. O remédio traz a cura, tem seus benefícios patológicos comprovados cientificamente, já nossas ações constitucionais, nem sempre curam os malefícios do sistema penal.

Por todos, Jacinto Coutinho já havia alertado que “o *habeas corpus* que, por não ter lugar justo, acaba definido como remédio heroico, como se isso pudesse significar alguma coisa, processualmente falando, que não fosse tão só ter um nome para o lugar ocupado no sistema”²³. Essa infeliz figura de linguagem somente seria idônea se as impugnações enquanto remédio permitissem, de forma comprovada, a cura para os males das violações do devido processo legal e, sobretudo, das mazelas do sistema penal, assim como fazem os medicamentos. Mas a prática nos leva a outra conclusão: ainda não há remédio capaz de curar a justiça criminal e as práticas punitivas antidemocráticas vigentes.

Além disso, verifica-se que tais conceitos, embora oriundos de doutrinas processuais penais, poderiam facilmente ser aplicados para conceituação da impugnação e dos meios de impugnação existentes no processo civil. Evidente não ser, ainda, o momento adequado para crítica acerca do congênere tratamento dos recursos no processo penal que decorre da linear Teoria Geral dos Recursos ou Teoria Geral da Impugnação, mas esse diagnóstico inicial já evidencia a inexistência de categorias pensadas para o sistema de justiça criminal.

No processo penal democrático e acusatório, somente se pode pensar na impugnação como classe processual de garantia²⁴ destinada a contestar um arbítrio ou ilegalidade,

²¹ “Meio de impugnação é um remédio jurídico atribuído as partes (em casos particulares a sujeitos que não tenham participado do processo como partes), a fim de remover uma desvantagem proveniente de uma decisão do juiz” (LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1963, p. 3/4). (tradução nossa). No mesmo sentido, Del Pozzo considera que “as impugnações são os remédios jurídicos dos provimentos decisórios dos juízes” (DEL POZZO, Carlo. **Le Impugnazioni Penali**: parte generale. Padova: CEDAM, 1951. p. 54) (tradução nossa).

²² DEL POZZO, Carlo. **Le Impugnazioni Penali**: parte generale. Padova: CEDAM, 1951. p. 52.

²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Nelson Miranda de Coutinho. Vol 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 109.

²⁴ “A ‘impugnação’ da sentença e de outros veredictos importantes vincula-se às garantias judiciais mínimas e um processo penal garantidor deve estabelecer o direito ou o privilégio de recorrer do veredicto” (BINDER,

submetendo este ato a um julgamento judicial por autoridade, em regra, dotada de hierarquia superior. Esse conceito está longe de atingir a perfeição, no entanto, abrange os dois gêneros (recursos e ações autônomas de impugnação) que nem sempre têm como objetivo impugnar decisões, tampouco ato judiciais – como no caso do *habeas corpus* impetrado em desfavor de ato de um Delegado ou até mesmo de particulares. Além disso, um conceito circunscrito como o proposto, ao contrário do que parece, fortalece a amplitude, evitando interpretações restritas às impugnações em matéria penal.

Buscando inspiração em Carnelutti e sua ideia de “juízo sobre o juízo”²⁵, vislumbra-se nos meios de impugnação uma garantia sobre as garantias. É essa sua função, permitir ao sujeito socorrer-se a um juízo quando restar violado algum direito material, atuando como a garantia das garantias antecedentes. Por isso Ferrajoli destaca a impugnação como valor garantidor de todo processo penal, sustentando a tese de que sem impugnação não existe ônus da prova ou sequer necessidade de prova, tampouco há imparcialidade e obrigação de se motivar as decisões, pois a violação de tais preceitos democráticos só são passíveis de sanção se sujeitos a um controle recursal²⁶, ou seja, verifica-se nos meios de impugnação um papel de garantir a efetividade das demais garantias.

Acredita-se, portanto, que os recursos e as impugnações em geral, incluindo aqueles que propiciam ou não o duplo grau de jurisdição, representam em nosso sistema processual aquilo que Ferrajoli escolheu por chamar de garantias secundárias, ou seja, “as obrigações de reparar ou sancionar judicialmente as lesões aos direitos, isso é dizer, as violações de suas garantias primárias”²⁷.

Fixado esse parâmetro inicial de uma categoria garantidora, a espécie de impugnação que é principal objeto de estudo no presente trabalho são os recursos. Portanto, a conceituação daquilo que se entende como tal torna-se intimamente importante, acrescida ainda das advertências já feitas acerca dos diversos elementos que acompanharam a escolha por um ou outro conceito de recurso.

A doutrina processual penal brasileira, normalmente conceitua os *recursos* na base daquilo que foi proposto pelos professores da escola ligada a Teoria Geral do Processo,

Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 222).

²⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal**. Trad. Francisco José Galvão Bruno. ed.1 v. 4. Campinas: Bookseller, 2004. p. 109.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia. **Nueva Doctrina Penal**. 1996/B (p. 445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 451.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006, p. 43. Para Ferrajoli as garantias primárias são os direitos fundamentais que “consistem em expectativas negativas e positivas às quais correspondem a obrigações (de prestação) e proibições” de lesão”.

seguindo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, que conceituam recurso como “o meio voluntário de impugnação das decisões, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão”²⁸. Percebe-se nesse conceito: a) a aparente exclusão de recursos *ex officio*²⁹; b) a adoção, para os recursos, da mesma natureza imputada ao direito de ação; c) a aceitação dos recursos como prolongamento da ação; e, d) o cuidado em trazer para dentro do conceito os embargos de declaração.

Muito próximo do que foi supracitado é o conceito de Gustavo Badaró, que entende que recurso “é o meio voluntário de impugnação das decisões judiciais, utilizado antes do trânsito em julgado e no próprio processo em que foi proferida a decisão visando à reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão”³⁰.

Esse pacífico conceito de recurso não nos parece o mais adequado, por razões já apontadas quanto ao conceito de impugnação, fundamentalmente, pela ausência de características inerentes ao processo penal, tratando-se de nítido conceito que permite a aplicação aos recursos processuais penais e civis, sem distinção, o que contribui com a bilateralidade recursal e afasta o caráter de garantia do direito ao recurso, afetando a natureza jurídica dos recursos de forma inadequada ao processo penal, dentre outras questões que serão objeto de crítica neste trabalho³¹.

Por sua vez, o caminho que pretendemos percorrer neste trabalho seguirá sempre o norte do conceito de recurso traçado nas obras de Julio B. Maier, que pensa no recurso como uma garantia processual do condenado que tem o direito de que sua sentença seja revisada por um tribunal superior.³² Ou, ainda, como reconhece Aury Lopes Jr. ao advertir que, no que diz respeito à defesa “o recurso é importante instrumento de resistência na busca de uma sentença favorável”³³.

Dessa forma, é possível dizer que o recurso é a garantia para proteção de direitos que permite a impugnação de uma decisão judicial, com o fim de submetê-la a revisão, no todo ou

²⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

²⁹ Dizemos aparente exclusão, pois o recurso *ex officio* será aceito por esta própria Doutrina e pela grande maioria dos que seguem este conceito, fundado em argumentos de cautela com a administração da justiça penal. Este tema será objeto de análise no item 1.7.1.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 28.

³¹ Para compreensão dos 03 (três) elementos citados, ver os tópicos 2.4, 3.3 e 1.3.3, respectivamente.

³² MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 708/709.

³³ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 973.

em parte, ou mesmo sanar necessários esclarecimentos, no mesmo processo, antes de seu trânsito em julgado.

Longe de ser o ideal, percebe-se que esse conceito representa uma garantia (secundária), além das exclusões necessárias de noções como: a de “parte que sofreu gravame” (que contribui com a bilateralidade) e “na mesma relação jurídica processual” (que anuncia a não aceitação da ideia de prolongamento do direito de ação).

Ademais, retira-se a observação sobre a “voluntariedade”, não com o fim de coadunar com os recursos *ex officio*, mas apenas porque a adoção do caráter de garantia ao recurso – e isso imputa titularidade ao acusado (débil) – torna obrigatória ao menos para efeitos do duplo grau de jurisdição a reapreciação da decisão condenatória não como exceção a voluntariedade, mas como *conditio sine qua non*³⁴ para a aplicação de pena³⁵. Obviamente, trata-se de um conceito proposto nos limites das demais ideias do trabalho.

Por fim, as *ações autônomas de impugnação* são conceituadas de forma residual, de modo que, dentre as impugnações, aquilo que não se enquadra como recurso seria, portanto, conceituado como ação autônoma de impugnação. É interessante a nomenclatura utilizada por Lenio Streck ao definir tais ações como “garantias processuais penais de cunho instrumental” justificando que teriam a finalidade de colocar fim a uma situação de violação a outras garantias de ordem material prevista na Constituição ou na lei³⁶, de forma bastante similar ao conceito de “garantias secundárias” de Ferrajoli.

Evidente que existe uma frontal diferença entre os recursos e as ações autônomas de impugnação, mas essa distinção não está relacionada ao trânsito em julgado do caso penal, por si só, uma vez que o *habeas corpus* e o mandado de segurança podem ser impetrados antes ou durante e em alguns casos até depois do trânsito em julgado e mesmo antes do início do processo penal em sentido estrito.

A diferença relevante entre os recursos e as ações autônomas de impugnação está no objeto do processo. Enquanto o recurso é garantia que integra o processo penal que tem como objeto uma pretensão acusatória, as ações autônomas de impugnação, por sua vez, são garantias que dão causa a um novo processo, com procedimento e relação jurídica próprias, tal como ensina Badaró³⁷, em que o objeto não será a pretensão acusatória e a decisão final

³⁴ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 709 e 713.

³⁵ Isso será objeto de análise do tópico 2.3.1 do trabalho.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Coleção o que é isto. Vol. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 23.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 29.

jamais levará à punibilidade – podendo apenas evitá-la, mas não levar ao seu alcance como fim em si mesmo.

O objeto neste caso, pode ser uma decisão transitada em julgado que resulta em sanção (passível de revisão criminal), constrição da liberdade (passível de *habeas corpus*) ou ainda a prática de qualquer ato ilegal de cunho penal que não resulte direta ou indiretamente sobre a liberdade (impugnada via mandado de segurança criminal).

Enfrentada esta primeira análise conceitual, é possível caminhar em busca da revisão sobre o percurso originário dos meios de impugnação, sobretudo, dos recursos com o fim de identificar os fundamentos de sua origem.

1.2 Origem: a reveladora relação entre os recursos e o sistema inquisitório

Por óbvio nosso objetivo no presente tópico não é caminhar no terreno argiloso de uma exaustiva retrospectiva histórica, ao passo de remontar todo o linear do surgimento dos meios de revisão das decisões, até porque a essência daquilo que se tem hoje como recurso ou ações autônomas de impugnação origina-se com formas distintas e, sobretudo, com funcionalidade completamente estranha da que se tem atualmente – ou não.

Por isso, a principal intenção de investigação no momento é identificar na origem dos meios de impugnação a base epistemológica em que foram pensados e reproduzidos os recursos até a atualidade. Portanto, muito mais do que uma revisão histórica, interessa investigar como e o porquê de terem surgido os recursos, ou ainda em que contexto foram pensados os meios de revisão das decisões e qual sua serventia originária.

Pois bem. Os recursos enquanto meio de impugnação das decisões são mecanismos concebidos historicamente durante a prevalência do sistema inquisitivo, e isso nos remonta ao período que se inicia a partir de transformações entre os séculos XII e XIV, se estendendo até o século XVIII. Nesse período, os poderes soberanos de titularidade do monarca absoluto, dentre eles o poder jurisdicional, eram delegados aos juízes inquisidores que estavam obrigados a seguirem as regras e, após decidirem, devolveriam³⁸ a jurisdição delegada ao soberano, que por sua vez reinocava o julgamento que havia delegado, em uma forma de controle da atuação dos funcionários inferiores³⁹.

³⁸ E daqui se origina o efeito devolutivo como característica básica e principal efeito recursal. Para entender melhor ver tópico 2.2.1.

³⁹MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 449 e 706/707.

Nesse ambiente, a ideia de “recurso” surge como um instrumento pensado simplesmente para assegurar a concentração do poder de decidir nas mãos do Soberano⁴⁰. Neste ponto, a busca pelos fundamentos de origem do sistema recursal remete ao ensinamento de Michel Foucault, no sentido de que a elaboração do pensamento jurídico, sobretudo no Ocidente, se fez em torno do poder do régio, a pedido deste poder e em seu proveito, para servir-lhe de instrumento ou justificação⁴¹ – e a investigação histórica dos recursos é uma demonstração disso.

Essa reflexão também é feita por Gabriel Anitua ao identificar que a “apelação da sentença é uma instituição política nascida para assegurar a centralização do poder e a organização hierárquica, e não como garantia do imputado (...) é um instrumento nesse processo de centralização e monopolização do poder de julgar”⁴².

Alberto Binder, ao tratar das garantias que impedem a manipulação arbitrária do processo penal, adverte que “uma parte importante da história política da civilização ocidental gira em torno da luta por esses princípios. Os senhores feudais, os reis e autocratas de todos os tempos imaginaram inúmeros dispositivos para burlá-los e muitos cidadãos sofreram devido à sua falta”⁴³.

Além disso Ana Clara Piechenstein ainda adverte que durante a inquisição “uma das razões mais importantes que justificam o mecanismo da apelação era a existência de um sistema de valoração legal da prova”⁴⁴, pois se o julgador possuía um limite legal tarifário para valoração da prova fazia-se necessário um controle superior para certificar a precisão do acerto probatório na decisão inferior.

Outro ponto de correlação íntima entre o sistema inquisitivo e os recursos é a própria estrutura vertical e hierarquizada de organização judicial que é imprescindível a um sistema recursal e, segundo Alberto Binder representa uma das principais características do sistema inquisitivo⁴⁵.

⁴⁰ CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 496.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 23.

⁴² ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à Criminologia**. Uma aproximação desde o poder de julgar. Trad. Augusto Jobim do Amaral et al. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 51.

⁴³ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 92.

⁴⁴ CLARA PIECHENSTEIN, Ana. El recursos: de mecanismo de control a garantia, p. 163-183. **Lecciones e Ensayos**, nro. 87, 2009, p. 169.

⁴⁵ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 38.

Tudo isso ainda revela que o surgimento dos meios de impugnação de decisões tem, em sua origem, algo que foge da essência do que se poderia imaginar – atuando como meio de saneamento de vícios em busca da eficácia e validade da decisão – em razão da constante inserção de instrumentos do direito privado no processo penal. Contrariando isso, Calamandrei explica que os meios de impugnação possuem uma concepção exclusivamente de direito público (publicista), portanto, estranha ao direito privado, considerando sua origem relacionada a uma relação de subordinação hierárquica à administração imperial⁴⁶.

Por isso, para usar a expressão empregada por Gloeckner⁴⁷ – ao tratar da ideia de prejuízo relacionado às nulidades –, toda problemática e inconsistência de categorias que afetam os recursos e o sistema de impugnação, e que pretendemos apontar ao longo deste trabalho, estão relacionadas, fundamentalmente, à sua genealogia (genealogia dos recursos⁴⁸), pautada no ingresso do saber civil, quando não publicista, no campo do processo penal e, como se não pudesse piorar, isso ainda vem acompanhado de uma essência originária de ideologia inquisitória.

Originariamente os recursos também se fazem presentes no modelo inquisitório do direito canônico – cuja influência no processo penal é inegável⁴⁹ – que aflorou no século XIII, mas que permanece até a atualidade em sua mais radical constituição⁵⁰.

Neste modelo de processo é reconhecida a possibilidade de “apelação ao papa” – titular do poder político central, assim como o monarca – nos casos em que o inquisidor infrinja a lei. Notadamente, isso não ocorria no sentido de evitar abusos, sobretudo considerando os procedimentos legalmente permitidos na Inquisição (tortura, delações, defesa para agilizar a condenação e outros) a ponto de afirmarem que a apelação não foi criada para proteger a injustiça⁵¹.

A forte relação com o Estado Absoluto e a Santa Inquisição não significa que a ideia de impugnação das decisões não existia desde a antiguidade. Por exemplo, no sistema egípcio os juízes singulares e tribunais superiores possibilitavam a apreciação e reapreciação da

⁴⁶ CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo I. Volume I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 83/84.

⁴⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 207.

⁴⁸ Também neste sentido, a partir da genealogia, é a investigação feita por PIECHENSTEIN, Ana Clara. El recurso: de mecanismo de control a garantia. **Lecciones y Ensayos**, nro. 87, 2009, p. 163-181.

⁴⁹ Para entender melhor esta nítida correlação ver: LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 152/158.

⁵⁰ Um espírito que continua a existir nas palavras de Leonardo Boff em: BOFF, Leonardo. Prefácio. *In*: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Roda dos Tempos, 1993, p. 9.

⁵¹ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Roda dos Tempos, 1993, p. 144.

matéria, respectivamente. Em Atenas, na época clássica (de 490 a.C a 322 a.C) havia possibilidade de que as decisões dos tribunais fossem revistas pela Assembleia do Povo. Em Roma, durante o Reinado, era garantido aos condenados um pedido de clemência dirigido aos Comícios Populares (*provocatio ad populum*), surgindo posteriormente, durante o Império, a *apellatio* como forma de impugnar qualquer sentença proferida em território romano⁵².

É bem verdade que não existe uma concordância acerca dessa retrospectiva, e como afirma Enrique Letelier Loyola discute-se muito se a *provocatio ad populum* constituía-se um verdadeiro recurso ou apenas uma simples instituição política e, portanto, muito mais que um recurso, um exercício pelo povo do poder de graça.⁵³ O mesmo é possível afirmar acerca dos demais antecedentes históricos supramencionados, pois suas finalidades e procedimentos guardam pouca proximidade, não apenas com o sistema de impugnação que se tem atualmente, mas, sobretudo, com as possibilidades de impugnação que começaram a ser conhecidas com o advento do sistema inquisitório entre os séculos XII e XIV.

Em contrapartida a tudo que foi dito acerca da relação entre os recursos e os sistemas inquisitórios, importa observar que a origem da ideia de “recurso” e do sistema de impugnação em geral, guarda pouquíssima relação com modelos históricos de sistemas acusatórios processo, pois nesses modelos de processo a regra predominante era a irrecorribilidade das decisões provenientes da vontade soberana do povo.⁵⁴

Além disso, outros elementos desse modelo de processo, tais como a oralidade, a publicidade, a imediação (continuidade e concentração), favorecem o ideal de que os atos do processo acusatório sejam celebrados em uma única audiência diante do Tribunal⁵⁵, o que torna a admissão de um novo julgamento aparentemente contraditória em relação aos demais elementos deste processo.

Julio B. Maier explica que, na origem, o sistema acusatório de processo era constituído por tribunais populares detentores de representatividade soberana, de modo que a coisa julgada representava um efeito normal das decisões. Portanto, eram desconhecidos os recursos – ou, quando muito, conhecidos como graça ou perdão⁵⁶ –, diferente daquilo que se

⁵² CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 497.

⁵³ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 39.

⁵⁴ CLARA PIECHENSTEIN, Ana. **El recurso: de mecanismo de control a garantia**. Lecciones y Ensayos, nro. 87, p. 163-183, 2009, p. 168.

⁵⁵ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 39.

⁵⁶ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 445/446.

via nos sistemas inquisitórios, em que a coisa julgada era algo vulnerável suscetível de reforma ou mesmo inexistente⁵⁷, sobretudo no modelo inquisitório do direito canônico, em que sequer se declarava a inocência justamente com o fim de evitar a coisa julgada.⁵⁸

Essa aparente contradição entre os recursos e o sistema acusatório não traduz uma real incompatibilidade irreversível, visto que essa compreensão somente aflora em decorrência da forma autoritária com que são concebidos os recursos e todo o sistema de impugnação, originariamente destinados ao mero controle num prelúdio de subordinação hierárquica, o que qualificamos como uma ideia de possível e fácil superação.

Também é interessante a relação dos recursos com o sistema misto⁵⁹ em que se verifica a possibilidade de recorrer das decisões. No entanto, essa possibilidade aparece fortemente limitada⁶⁰, ou seja, como tudo nesse sistema ilusório, utiliza-se do aporte de categorias desconexas possibilitando o recurso, como na origem dos sistemas inquisitórios, mas com diversas limitações, como na essência do sistema acusatório.

Esta identificação da origem dos recursos e sua relação com os sistemas processuais é de extrema importância para, futuramente, concluir acerca da necessidade de reformulação de alguns elementos e categorias provenientes de uma Teoria Geral da Impugnação, cujos antecedentes são inquisitórios e necessitarão serem abandonados na concepção de uma Teoria Geral dos Recursos destinada a um processo penal democrático e acusatório.

Isso porque, revelando permanências, atualmente, os recursos continuam sendo considerados como um meio de controle pelos Tribunais das decisões proferidas pelos juízos inferiores⁶¹, assim como na acepção histórica em que a função precípua do segundo grau era o controle da decisão dos inquisidores pela Igreja, com o fim de permitir a segurança jurídica dos cânones do cristianismo ou o controle pelo monarca absoluto, de forma a garantir a centralidade do poder soberano.

Tal como dito inicialmente, de forma alheia a qualquer pretensão de uma exaustiva revisão histórica e evitando ainda uma análise anacrônica, o que há de fundamental na

⁵⁷ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 157.

⁵⁸ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Roda dos Tempos, 1993, p. 150/151.

⁵⁹ Não queremos ressaltar esse “reducionismo ilusório” para usar as palavras de Aury Lopes Jr. (LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 158), mas apenas mostrar que neste sistema que vigora a permanência de elementos inquisitórios também se verifica uma estreita relação com a origem dos recursos.

⁶⁰ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 453.

⁶¹ Tal como se vê em: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22, e em toda escola que segue o pensamento desta autora.

investigação da origem dos mecanismos de impugnação da sentença e nos recursos em geral é a sua correlação nascedoura com o sistema inquisitório de processo penal.

Em primeiro lugar, a origem fundada no sistema inquisitório de processo traz consequências autoritárias e antidemocráticas a diversos elementos⁶² relacionados ao sistema de impugnação. Nesse sentido, Binder aponta como defeito decorrente da natureza oriunda dos sistemas inquisitivos a falta de imediação nos recursos ocasionada pela total ausência de contato do juiz revisor com os sujeitos processuais e com a prova⁶³. Em segundo lugar, este fator genealógico afeta a própria essência dos recursos, leia-se, em seu fundamento precípua, pois afasta ou – ao menos dificulta – a imposição do caráter de garantia aos recursos.

Afinal, se os recursos foram concebidos como elemento de um sistema construído a partir de um conjunto de artifícios inquisitivos – tais como a tortura em busca da confissão (rainha das provas), a tarifa probatória, as atuações de ofício do julgador, o processo escrito, secreto e sem contraditório – que se destinavam à busca da verdade (real e absoluta), é de fácil conclusão que a isso também serviam os recursos, admitidos não como garantia, mas como meio de controle.

Os recursos eram apenas um entre tantos outros aparatos desta que foi a pior instituição conhecida pelo processo penal, a inquisição. Essa origem inquisitorial se reproduz reiteradamente no discurso autoritário e completamente distante em sua matriz de um pretense processo penal acusatório e democrático, insistindo na redução das garantias processuais e dentre elas os recursos. Por isso, Julio B. Maier não poupa críticas ao sugerir ser necessário abandonar o sistema de recursos contra as decisões judiciais que hoje nos rege, pois é oriundo de uma tradição inquisitorial, causadora dos maiores males que o nosso sistema judicial já presenciou.⁶⁴

Verificar que os recursos nasceram historicamente durante o procedimento inquisitivo, torna claro que sua finalidade era o controle burocrático, e não uma garantia da população frente a uma decisão de autoridade⁶⁵. Nesse sentido, Bachmaier Winter identifica a existência de uma segunda instância, que se instaura não como uma garantia ou direito do acusado, mas

⁶² Cita-se apenas como exemplo: a) a irrecorribilidade de diversas decisões interlocutórias desfavoráveis a defesa; b) a previsão de recurso *ex officio* em desfavor de decisões favoráveis a defesa; c) a imposição de diversos requisitos que dificultam a admissibilidade recursal; d) ausência de efeito suspensivo em recursos de defesa; e) ausência de imediação e oralidade nos julgamentos recursais.

⁶³ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 226.

⁶⁴ MAIER, Julio B. Prólogo. In: MAIER, Julio B. J. Maier; BOVINO, Alberto; CANTÓN, Fernando Díaz. **Los recursos em el procedimiento penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

⁶⁵ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 706.

sim como uma via para que o superior hierárquico possa exercer um controle sobre o procedimento e a lei aplicados por um tribunal inferior, como traço característico do processo penal inquisitorial⁶⁶.

Sem dúvida é preciso caminhar a uma evolução, no sentido daquilo que propõe Binder ao definir que o controle dos meios de impugnação só pode servir como princípio central na estruturação do processo e de todo sistema de justiça penal, sobretudo a partir dos pilares de que a sociedade e o Estado, através dos recursos, devem fiscalizar a maneira com que os juízes administram a justiça e aplicam o Direito.⁶⁷

Evolui-se, portanto, da concepção de *controle do ato decisório* para um *controle do exercício do poder de julgar e de punir*. Um controle do Poder e não para o Poder, mas *pelo* indivíduo e *para* garantir. Não é à toa que Carnelutti propõe a substituição da ideia de controle da decisão pela ideia de “crítica”, que comportaria o conjunto ou a combinação de todos os fenômenos e todas as fases do procedimento, desde a impugnação até a confirmação ou rescisão da decisão, constituindo um verdadeiro “pensamento crítico da decisão”. Afinal, criticar etimologicamente significa julgar e tem por objeto outro juízo, um *juízo sobre o juízo*, ou seja, um juízo elevado a segunda potência.⁶⁸

Em vez de se pensar no controle das decisões, ainda que a ideia de controle se dê pela estirpe de controlar erros ou controlar a legalidade, é necessária uma mutação desta ideia de controle para uma ideia de garantia. Sendo, portanto, a garantia contra erros judiciais e a garantia de legalidade, tal como explica Julio B. Maier, “uma transformação do sistema de controle das decisões judiciais, para garantir ao eventual afetado a menor possibilidade de erro e adaptá-lo melhor à ideia do Estado Democrático de Direito”⁶⁹, essa precisa ser a razão fundante dos recursos. Garantir, apenas isso, e se algo além disso decorrer de seu resultado será bem aceito, mas jamais se tornará objetivo principal dos recursos⁷⁰.

⁶⁶ BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 65.

⁶⁷ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 221.

⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal**. Trad. Francisco José Galvão Bruno. ed.1 v. 4. Campinas: Bookseller, 2004, p. 109.

⁶⁹ MAIER, Julio B. ¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales? In: ALVAREZ, Daniel Gonzalez. **El Recurso contra la sentencia penal em Costa Rica**. Costa Rica: Editorial Juridica Continental, 2013, p. 17.

⁷⁰ “O recurso contra a sentença dos tribunais de julgamento deve ser elaborado como uma garantia processual da pessoa condenada, que tem o direito de ter sua sentença revisada por um tribunal superior e, ao mesmo tempo, perder completamente seu caráter de meios de controle estatal dos órgãos judiciais superiores do Estado sobre seus inferiores (justiça)” (MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpr. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 708/709).

Essa evolução, além de extirpar a ideia de controle, leva consigo o autoritarismo inerente ao controle burocrático que impõe um *dever* de controle, para que assim se reconheça a razão dos recursos que possibilita a “crítica” das decisões judiciais num *direito-garantia* ao recurso em defesa das arbitrariedades, do abuso de poder e de práticas ilegais ocorridas no julgamento, de forma condizente com um processo penal acusatório.

Essa acusatoriedade que se almeja contribui para o que nos ensinou Jacinto Coutinho, não se contentando com a simples separação de funções de acusar e julgar, mas exigindo um absoluto distanciamento da gestão e iniciativa probatória⁷¹, e ainda reclama uma revisão do juiz natural⁷² e, fundamentalmente, a aceitação de que o processo penal permita mecanismos garantidores que atuem contra o poder punitivo.

Isso não pode ser interpretado como uma simples negativa aos quatro pilares propostos pelo conceito de controle de Binder, quais sejam: a) a fiscalização pela sociedade da administração da justiça; b) mecanismos de controle para o planejamento institucional; c) o interesse dos sujeitos processuais na fiscalização da decisão; d) o interesse do Estado em fiscalizar a aplicação do Direito.⁷³ No entanto, nenhum desses quatro pilares está à frente ou acima do caráter fundamental de direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição que no processo penal atuam como garantia para proteção dos direitos do indivíduo.

A essência do que está em pauta, portanto, a correlação entre os meios de impugnação e os sistemas processuais, afetam a forma com a qual se concebem os recursos (um *controle* ou uma *garantia*) e o olhar para o sistema recursal como um todo (um sistema recursal autoritário ou sistema recursal garantidor), de um modo ou de outro, demonstrarão para que fim se destina o processo e conseqüentemente para qual finalidade existem os recursos no processo penal.

1.3 Natureza Jurídica dos recursos: o caminho ao encontro da natureza jurídica dos recursos no processo penal

Neste tópico, seguindo a lição de Ricardo Gloeckner, o que nos importa é observar e identificar de que modo um certo autoritarismo que, nas palavras de Zaffaroni, possibilita a

⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, p. 163-198, 1998, p. 166.

⁷² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 43.

⁷³ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 221.

reiteração de um discurso inquisitório penetra nas categorias elementares do processo penal – e, por ora, nos recursos – e como a doutrina é omissa em detectar tais bases discursivas, acabando por permitir a transmissão geracional acrítica de diversos conceitos⁷⁴.

Por opção metodológica, busca-se essa investigação a partir da natureza jurídica dos recursos, pois, quando se trata desta categoria, a resposta imediata que se tem é de que seriam um prolongamento do direito de ação⁷⁵, e, portanto, diferenciam-se das ações autônomas de impugnação, que dariam origem a outro processo. É importante identificar que essa concepção da natureza jurídica dos recursos encontra vários adeptos em toda a doutrina processual, seja ela civil ou penal⁷⁶.

De plano, verifica-se a confusão conceitual entre duas categorias distintas “ação” e “processo”, da mesma ordem do equívoco que se comete ao falar em “trancamento da ação” em lugar do correto “trancamento do processo penal”⁷⁷. Talvez a razão central de ambos os equívocos se resuma à ausência de compreensão de que o poder de acusar, uma vez exercido para dar início ao processo penal, se esgota, não havendo mais que se falar em ação – ou seja, esta se exauriu, e o que está em curso é o processo penal.

Esse é o grande equívoco que se verifica na atribuição de natureza jurídica aos recursos, mas isso não decorre da simples diferenciação entre ação e processo, tal como feita acima. Há muito mais a se evidenciar como causa e consequência da natureza jurídica dos recursos e por isso é necessário passar pelo estudo da Teoria Geral dos Recursos e pelo abandono de categorias da Teoria Geral do Processo, evoluir da ideia de ação e de sua teoria para uma pretensa teoria da acusação, para, ao fim e ao cabo, identificar se está correta ou não a afirmação de que o recurso é um prolongamento do direito de ação e as consequências de se pensar de um ou de outro modo acerca do tema.

⁷⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 46.

⁷⁵ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38. No mesmo sentido GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

⁷⁶ Na doutrina processual penal verifica-se os autores supracitados, enquanto na doutrina processual civil podemos verificar desde U. Rocco (ROCCO, Ugo. **L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi**. Tomo I. Roma: Athaeneum, 1917, p. 252) reproduzida até então desde a respeitada doutrina processual civil brasileira clássica: NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 222, e moderna: MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.257.

⁷⁷ Tal como é advertido por LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 257.

1.3.1 O abandono da teoria geral do processo (civil) em busca de uma Teoria Geral dos Recursos do Processo Penal

Todo o arcabouço de categorias que integra o sistema recursal foi produzido no bojo de uma teoria geral intitulada Teoria Geral dos Recursos ou Teoria Geral da Impugnação. Esta, por sua vez, é parte integrante da Teoria Geral do Processo (TGP), que serve ao Processo Civil, mas insistimos em tomar suas categorias emprestadas, como se fossem roupas velhas à irmã preterida⁷⁸. A culpa recai inteiramente na doutrina processual penal que insiste em importar de forma acrítica tudo aquilo que foi construído para o processo civil.

Prova disso é que a doutrina clássica, por equívocos cometidos na interpretação da tríade ação-jurisdição-processo, como posta pela Teoria Geral do Processo, considera, até então, que o recurso é um prolongamento do direito de ação, por meio do qual aquela parte que restasse insatisfeita com o veredicto, seja ela acusador ou acusado, teria a possibilidade de submeter o caso a novo julgamento, por outros magistrados, de instância superior⁷⁹ – permitindo, assim, que se perpetue a bilateralidade recursal e junto com ela todos os demais elementos de um sistema recursal tratado de forma unitária e indistinta.

São diversos os exemplos possíveis do aporte de categorias pertencentes à Teoria Geral do Processo e, portanto, destinadas ao Processo Civil, que acabam por ser incorporadas aos recursos processuais penais, desde os fundamentos dos recursos; passando pela voluntariedade recursal e a previsão de recursos de ofício; os princípios recursais; o juízo e os requisitos de admissibilidade; os efeitos recursais e a natureza dos recursos, tudo isso é pensado e tratado de forma linear e acrítica pela doutrina processual (penal e civil).

Assim, é possível identificar um evidente linearismo no tratamento unitário da Teoria Geral dos Recursos, que transparece, em primeiro lugar, nas recorrentes citações pela doutrina processual penal de obras civilistas que tratam dos recursos, que no Brasil são representadas, fundamentalmente, por constantes recorrências às obras de José Carlos Barbosa Moreira e Araken de Assis⁸⁰.

⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 1, parte 1, Padova: CEDAM p. 73-78.

⁷⁹ Assim é o entendimento da doutrina processual penal a partir de GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29., e no mesmo sentido a doutrina processual civil a partir de BERMUDEZ, Sérgio. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 22.

⁸⁰ Citados por: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 4 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016; MARCÃO, Renato. **Curso de**

Não obstante o brilhantismo dos trabalhos bibliográficos, dotados de importantes contribuições necessárias para compreensão do sistema recursal⁸¹, somente merecem ser compartilhadas, em sua essência, pela doutrina processual civil, considerando as nítidas diferenças estruturais e funcionais entre o processo penal e civil. No entanto, essas diferenças jamais colocaram empecilho ao tratamento unitário que se verifica na Teoria Geral dos Recursos, assim como nunca resultou em uma distinção conceitual ou na criação de categorias específicas. Quando muito, são propostas meras adaptações disfuncionais que apenas contribuem para perpetuação da aparente possibilidade de se manter uma Teoria Geral dos Recursos aplicável a qualquer espécie de processo.

Em segundo, o que torna ainda mais evidente e, portanto, comprova o linearismo do afirmado tratamento unitário presente na Teoria Geral dos Recursos é a singela análise comparativa – de pontos nevrálgicos dessa teoria – seja entre os livros clássicos ou ainda na tradicional doutrina atual que estuda o processo civil e o processo penal.

Desde um panorama clássico, percebe-se a adoção de preceitos uníssonos como razão fundante da ideia de revisão das decisões na doutrina processual civil e penal quando, por exemplo, Calamandrei defende que “o interesse do Estado na atuação do direito objetivo em sua forma concreta e o interesse do particular na tutela de seu direito subjetivo se dirigem a um mesmo fim, que é o da correção da parte dispositiva da sentença, que quando é justa satisfaz ao mesmo tempo ambos os interesses concorrentes”⁸².

Por sua vez, de modo muito semelhante, também reconhecendo um interesse público e privado coincidente, Manzini (arquiteto do processo penal fascista) diz que “em um bom e ordenado regime jurídico a admissão de meios impugnativos é indispensável. Assim exige o interesse público, que coincide com o dos sujeitos privados, de que a justiça deve ser administrada o mais perfeitamente possível”⁸³.

Processo Penal. São Paulo/SP: Saraiva, 2015; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

⁸¹ É preciso reconhecer o mérito de tais autores na investigação e ensinamentos que acrescentaram em diversas categorias do sistema recursal, tais como as contribuições de Barbosa Moreira sobre a admissibilidade recursal advertindo a impossibilidade de se indeferir recurso pela ausência de fundamentos e o caráter provisório do juízo de admissibilidade realizado pelo órgão *a quo*, que permite o não conhecimento do recurso em momento posterior pelo órgão *ad quem* (BARBOSA Moreira, José Carlos. **O juízo de admissibilidade do sistema dos recursos.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 264). Da mesma forma, o vanguardismo de Araken de Assis ao apontar os problemas no pensamento que aproxima o direito ao recurso ao direito de ação, negando a ideia de prolongamento da ação (ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos.** (livro eletrônico). 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 19/21).

⁸² CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil.** Tomo II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 154. (tradução livre)

⁸³ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal.** Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954, p. 4.

Do mesmo modo, na doutrina brasileira clássica, partindo de uma premissa básica da Teoria Geral dos Recursos, e esta não poderia ser outra senão a perspectiva conceitual⁸⁴ – sobretudo, por aquilo que já se advertiu anteriormente, no sentido de que conceituar mostrará a função que se compreende a todo sistema recursal – denota-se a gravidade de se ter conceitos de recurso tão próximos no campo civil e penal.

No processo civil, Humberto Theodoro Júnior define recurso como “meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter-lhe a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração”⁸⁵, e de modo bastante similar no processo penal Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes entendem que recurso é “o meio voluntário de impugnação das decisões, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão”⁸⁶.

Os mesmos autores supracitados ao tratar dos fundamentos do duplo grau de jurisdição⁸⁷ também apresentam enorme singularidade, quando se verifica que na perspectiva da doutrina processual civil brasileira, Humberto Theodoro Júnior sustenta a necessidade de dupla análise da decisão por um órgão superior em razão de sua maior experiência⁸⁸, assim como o fazem no processo penal Grinover, Antonio Magalhães e Scarance, ao defenderem que um tribunal de segundo grau é “constituído em geral por magistrados de maior experiência cultural”⁸⁹.

No mesmo sentido, ao analisar a doutrina processual atual, sobretudo a doutrina de uso recorrente nos tribunais e no ensino jurídico brasileiro, verifica-se a permanência do tratamento linear temperado por um total desapego ao estudo crítico dos institutos. Isso fica evidente a partir daquilo que se comenta sobre a natureza jurídica dos recursos no processo civil quando José Miguel Garcia Medina afirma que “embora, com o recurso, não se ajuíze nova ação, o direito de recorrer é abarcado pelo direito de ação”⁹⁰. De forma muito próxima,

⁸⁴ Tema tratado no tópico 1.1 do trabalho.

⁸⁵ THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 589.

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

⁸⁷ Tema que será objeto de crítica no tópico 3.2 deste trabalho.

⁸⁸ THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 596.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

⁹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.257.

no processo penal Guilherme de Souza Nucci elucida que o “direito de peticionar ao Poder Judiciário para obtenção de uma decisão aplicando a norma ao caso concreto, disciplinando conflitos de interesses fazendo valer o poder punitivo do Estado, denomina-se direito de ação. Nessa medida, é preciso considerar o recurso como mero desdobramento desse direito primário”⁹¹.

Importante advertir que esse tratamento linear não se resume de forma isolada ao plano doutrinário. O ambiente jurídico-legislativo está completamente contaminado por um tratamento unitário da Teoria Geral dos Recursos, de modo que a legislação brasileira também carrega essa característica.

A título de exemplo, a Lei n. 8.038/1990 regulamenta o procedimento no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, afetando os recursos que tramitam nesses tribunais e era responsável pela não atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial e ao recurso extraordinário cíveis e penais, hoje substituída neste ponto pelo artigo 1.029, parágrafo 5º, do CPC/2015. De fato, o Código de Processo Penal possui apenas 02 (dois) artigos para regulamentar o recurso extraordinário – artigos 637 e 638, considerando que os artigos 632 ao 636 foram revogados pela Lei n. 3.396/1958 que antecedeu a Lei n. 8.038/90 –, e nenhum artigo que regulamente o recurso especial, considerando que após a sua incorporação em nosso sistema, que somente ocorreu com a CF/88, não houve qualquer preocupação em discipliná-lo de forma específica no âmbito processual penal.⁹²

Toda essa construção decorrente de uma Teoria da Impugnação ou Teoria Geral dos Recursos, que por sua vez encontra-se calcada na famigerada Teoria Geral do Processo, nos encaminha a uma prejudicial construção e interpretação dos recursos no processo penal, o que se faz em reflexo de contornos teóricos civilísticos, senão inquisitivos, atribuídos ao sistema recursal. Essa origem inquisitiva que surge sufocada por uma legislação fascista⁹³ e o aporte de categorias oriundas da teoria geral do processo acabam provocando tratamento legislativo uniforme (vide Lei n. 8.038/90 e o CPC/2015) e, mormente, interpretações doutrinárias uníssonas, tal como visto.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 851.

⁹² Não se pode olvidar os danos decorrentes deste tratamento unitário em processos com diferenças tão latentes como é o caso do processo civil e penal, sobretudo, neste ponto em que diz respeito a atribuição de efeito suspensivo com evidente consequência na permissão da famigerada execução antecipada de pena pelo STF no julgamento do HC 126.292/SP. O efeito suspensivo nos recursos penais será objeto de análise específica, inclusive tratando da supracitada decisão, no tópico 2.2.2.

⁹³ COUTINHO, Jacinto N. Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 1998, p. 122.

Desnecessário seria – ou ao menos deveria ser – advertir que a Teoria Geral do Processo (que é teoria do processo civil e não penal) aplicada ao Processo Penal (primo pobre⁹⁴) não nos serve, eis que as diferenças estruturais e funcionais entre o processo penal e o processo civil corroboram ser impossível reconhecer o processo e sua teoria como um(a) só. Necessária, sim, é a adoção de categorias jurídicas próprias, evitando cair na velha história da adaptação das vestes para irmã preterida.

Resumidamente, Vicente Gimeno Sendra reconhece que o sistema de recursos no processo penal não se diferencia de forma sobressalente do sistema recursal processual civil, vez que possuem semelhanças que advém da utilização de instrumentos conceitualmente idênticos – para exemplificar o que diz o autor, podemos citar os embargos de declaração que possui nome e cabimento indiferente em ambos os sistemas –, no entanto, esclarece que as coincidências e semelhanças acabam nesse ponto (conceitual).

Na sequência, o autor adverte que a utilização dos mesmos instrumentos jurídicos não produz um resultado lógico em sistemas completamente distintos, causando prejuízos naquilo que realmente tem importância, que são as garantias processuais, as quais não são as mesmas no processo civil e no processo penal.⁹⁵

São salutares as diferenças fundantes que existem entre o processo civil e o processo penal, a começar pelos direitos materiais submetidos a tais processos. No primeiro, um direito privado e, no segundo, um direito público – tal como é o direito penal, não se esquecendo do direito à liberdade do imputado, que se trata de direito fundamental primordial no plano constitucional e garantista. A respeito disso, de forma sintética e objetiva, Rubens Casara explica as diferenças estruturais e funcionais entre o processo civil e o processo penal dizendo que: “A jurisdição penal não é atividade substitutiva da inação das partes, é necessária à aplicação do direito penal material (*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*). De igual sorte, a ação penal ao contrário da ação de natureza civil, não é um direito público e subjetivo a tutela jurisdicional do Estado. Trata-se em regra, de dever-poder do Estado”⁹⁶.

Por sua vez, Elmir Duclerc, ao advogar em favor de uma Teoria do Processo Penal Autônoma, assim o faz após distinguir a pretensão existente no processo civil de cunho *reparador* da pretensão acusatória, que almeja um resultado *punitivo* no processo penal,

⁹⁴ COUTINHO, Jacinto N. Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 1998, p. 122.

⁹⁵ GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho procesal penal**. 3ª ed. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 703/704.

⁹⁶ CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 503/504.

advertindo que é essa diferença fenomênica que justifica a existência de distinção do processo civil para o processo penal, que precisa ser repleto de garantias considerando a gravidade dos interesses que são objeto das pretensões penais⁹⁷. Esse pensamento é bastante análogo àquilo que Carnelutti já havia advertido como diametral diferença entre o processo civil, que lida com o “ter”, e o processo penal, que cuida do “ser”⁹⁸. A liberdade somente está em jogo no processo penal, e aqui reside a grande diferença que justifica a necessidade de distinção entre estes processos.

Ainda é possível identificar outra diferença que consiste no fato de que o processo penal é reduto de enorme desequilíbrio entre as partes, seja porque uma das partes é parte pública e isso lhe propicia diversos benefícios que vão desde a possibilidade de investigar até a facilidade de acesso a informações probatórias não disponíveis à defesa, seja pelo fato de que apenas uma das partes precisa lidar com o risco de ter sua liberdade cerceada no curso e ao final do processo.

Existem ainda outras diversas diferenças que dizem respeito à ação processual penal, que não pode ser vista como direito público e subjetivo – e isso será objeto de análise no tópico seguinte –, bem como ao objeto do processo penal, que não possui uma lide, tal como se vê no processo civil.

Assim, admitido este enorme complexo de diferenças entre o processo penal e o processo civil, no que tange aos meios de impugnação, o primeiro ponto de partida para demonstrar a grande distinção dos recursos nos diferentes ramos processuais está na compreensão de que, diferentemente do processo civil, no processo penal o recurso não pode ser visto como um simples direito a tutela judicial efetiva⁹⁹, mas sim uma garantia fundamental do imputado contra o poder punitivo, tal como se pretende reconhecer neste trabalho.

Para isso e, portanto, para se livrar desse engodo¹⁰⁰, é necessária uma Teoria Geral de Recursos inteiramente pensada ao processo penal. Por isso, neste tópico utilizamos o termo Teoria Geral de Recursos “do” Processo Penal, e não “no” Processo Penal, como de costume. Caso contrário, continuaremos padecendo do mesmo mal – uma transição inalcançável tal

⁹⁷ DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 103/105.

⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 1, parte 1, Padova: CEDAM p. 73-78.

⁹⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutórias em apelación y casación: principio de intermediación y derecho de defensa. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. 3 época, n. 9 (enero de 2013), págs. 111-142, p. 112.

¹⁰⁰ COUTINHO, Jacinto N. Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 1998, p. 122.

como explica Rui Cunha Martins, marcada por continuidade de figuras que permanecem, dotadas de outros fracos operadores de mudança, tais como a negação e a contrariedade.¹⁰¹

É preciso mais do que simplesmente adaptar ou adequar categorias ao processo penal – tal como se faz com meros reparos nas roupas da irmã mais velha para que se adapte aos traços da irmã mais nova. Essa adaptação de categorias já foi feita, não surtiu e jamais surtirá na repercussão necessária para o tratamento dos recursos como verdadeiro mecanismo (garantia do imputado) de um processo penal acusatório, democrático e garantidor. Uma verdadeira teoria da impugnação perfeita ao processo penal exige o abandono daquilo que não nos serve e a criação de categorias e elementos próprios (leia-se: pertencentes) e, portanto, “do” processo penal.

Finalizando este tópico é preciso advertir que seria impossível, no âmbito de um trabalho de caráter monográfico, romper de forma exitosa com esse horizonte de permanências. Isso é trabalho para uma investigação da alçada do que fez Calamandrei em La Casacion Civil. Portanto, aproveita-se esta oportunidade para retomar o curso daquilo que é, de fato, nosso horizonte: buscar a razão fundante do direito ao recurso e do duplo grau de jurisdição e propor o abandono da bilateralidade recursal. Se com isso conseguirmos, de algum modo, contribuir para uma Teoria Geral dos Recursos do Processo Penal será proveitoso. Evidentemente, o que se pretendia neste tópico é apenas advertir acerca das permanências, mostrando a incongruência de categorias da Teoria Geral do Processo importadas para ao processo penal, no limite daquilo que é indispensável demonstrar para alcançar o objetivo final do trabalho.

1.3.2 Evoluir para uma teoria da acusação: não mais teoria da ação

A partir da lição de Ricardo Gloeckner, é interessante verificar como “a inalterabilidade de dois conceitos-chave como ação penal e relação jurídico-processual demonstrava a impregnação de categorias que atravessaram o período pré-fascista e se deslocaram, por se fazer invisíveis às proclamadas mudanças dos institutos politicamente incompatíveis com o então revivificado regime democrático, para a época de transição e

¹⁰¹ CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 85/85.

reconstrução pós-fascista”¹⁰². No entanto, uma certa parte qualificada da doutrina processual penal já alertou que o conceito de “ação” e tudo aquilo que foi pensado acerca da Teoria da Ação se baseia em categorias e características do processo civil¹⁰³.

Sem almejar reconstruir a polêmica de Muther e Windscheid sobre a natureza jurídica do conceito de ação, passando por Wach e sua teoria do direito concreto de agir, Chiovenda e a teoria da ação como direito potestativo vinculada ao direito concreto, Dengenkolb e Plöz e a teoria do direito abstrato até a posição de Liebman que condiciona a ação ao preenchimento de determinados requisitos que viemos a chamar de condições da ação¹⁰⁴, o objetivo deste tópico é apenas alertar a inadequação e as inconsistências do conceito de “ação” e de sua teoria aplicados ao processo penal, com o fim de demonstrar que a adoção ou não deste conceito afetará o sistema recursal, sobretudo, no que tange à natureza jurídica dos recursos.

Inicialmente, é preciso advertir que a própria ideia de “ação” transportada ao processo penal como “ação penal pública” e “ação penal privada” é um erro, tal como explica Aury Lopes Jr., pois “toda ação é pública, por isso temos de falar em ação penal de ‘iniciativa’ pública e ação penal de ‘iniciativa’ privada, para tentar salvar o transplante rejeitado”¹⁰⁵. Afinal, toda ação penal possui caráter público, considerando que sua serventia será sempre a satisfação de um direito público de provocar a atuação do poder punitivo estatal¹⁰⁶, independentemente se a iniciativa desta provocação possui caráter público ou privado.

Disso decorre a necessidade de reconhecer que o objeto do processo penal não é uma lide (no processo penal não há lide). Em primeiro, porque não se pode falar em conflito de interesses, eis que a liberdade é mais do que um interesse pessoal ou direito subjetivo, é direito fundamental¹⁰⁷. Em segundo, porque inexistente uma pretensão resistida, pois o direito de punir não existe fora do processo penal (princípio da necessidade – a pena somente pode ser

¹⁰² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Et al. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 231/232.

¹⁰³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 47-61, jan./jun. 2011. DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 108/112. LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 128/133.

¹⁰⁴ Muito bem retratadas nos citados acima, em especial no artigo de Ricardo Gloeckner (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 47-61, jan./jun. 2011, p. 48).

¹⁰⁵ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 118.

¹⁰⁶ ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. LEVENE (Hijo), Ricardo. **Derecho Procesal Penal**. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1945, p. 67.

¹⁰⁷ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 236.

alcançada pelo processo), e porque este direito é na verdade um poder estatal, e não uma exigência¹⁰⁸.

Logo, é possível afirmar que não é a pena o conteúdo ou objeto do processo penal, tampouco da acusação, a punição é apenas a consequência possível. Além disso, diferentemente da pretensão do autor em um processo civil, James Goldschmidt explica que, no processo penal, o acusador (autor) não possui uma pretensão com caráter de exigência, por dois motivos: primeiro porque não há punição sem um processo obrigatório, e segundo porque não se pede a adjudicação de um direito que lhe pertence, já que o acusador não detém o direito de penar (punir), o acusador detém, apenas, o poder de acusar.¹⁰⁹

A pretensão como substantivo só pode pertencer ao órgão acusador como pretensão acusatória, e não punitiva. É uma pretensão em sentido processual, que representa apenas um poder de acusar. Assim, deixamos de lado a ideia de pretensão punitiva para aderir ao conceito de pretensão acusatória como conteúdo do processo penal¹¹⁰.

De certa forma, já é um grande passo admitir, tal como Gómez Orbaneja, que a ação penal é na verdade um direito meramente formal de acusar¹¹¹ – aqui reside a semente da “teoria da acusação” para Aury Lopes Jr.¹¹². E esse direito formal, por si só, não é suficiente para fazer valer uma exigência punitiva (e, portanto, abandona-se a pretensão punitiva do acusador), mas apenas cria os pressupostos necessários para o órgão jurisdicional proceder à persecução penal, haja vista que o acusador não tem poder e tampouco direito de punir.

Indo mais a além, a inaplicabilidade do conceito de “ação” está também em sua publicização, tal como explica Ricardo Gloeckner: “não é possível sustentar a ação pública como gênero e menos ainda a ação pública penal. O agir neste campo é função institucional (perpétua, constante, indeclinável) e não pode ser imaginada como direito subjetivo. (...) a teoria da ação surge como um direito subjetivo, exatamente o que não ocorre com o processo penal, no qual o Estado exerce um poder de subordinar o suspeito a suportar uma acusação”¹¹³.

¹⁰⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. Vol. II. Buenos Aires: E.J.E.A., 1961, p. 58.

¹⁰⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. Vol. II. Buenos Aires: E.J.E.A., 1961, p. 60.

¹¹⁰ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 243.

¹¹¹ GOMES ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones S. A., 1981, p. 89.

¹¹² LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 112 e 130.

¹¹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 47-61, jan./jun. 2011, p. 54/55.

Por isso é preciso evoluir da ideia de direito público e subjetivo, para reconhecer que no processo penal o que se tem, na realidade, é aquilo que Elmir Duclerc descreve como “poder autônomo e abstrato de invocar a atuação da jurisdição penal, com finalidade de constituir o poder jurídico estatal de punir, efetivá-lo concretamente, ou assegurar a sua implementação futura”¹¹⁴. Ou, ainda nas palavras de Aury Lopes Jr., “um poder jurídico constitucional de invocação da tutela jurisdicional e que exterioriza por meio de uma declaração petítória (acusação formalizada) de que existe o direito potestativo de acusar e que procede a aplicação do poder punitivo estatal”¹¹⁵.

No processo penal existe, portanto, um poder público, autônomo (ainda que atenuado por elementos do tipo penal e condições de punibilidade) e abstrato (ainda que não ilimitado¹¹⁶). Para que fique claro, o poder de acusar é autônomo; quem é condicionado é o poder de punir, pois aquilo que chamamos ainda de ação penal é meramente o direito formal de acusar, que por si só não é suficiente para aflorar a exigência punitiva, mas apenas submete ao órgão jurisdicional esse poder, pois não é lícito falar em um direito de punir preexistente. O direito penal material existe de forma prévia em um plano estático apenas no que diz respeito a preceitos primários. Por sua vez, o preceito secundário de onde decorre todo seu viés punitivo somente se alcança no processo penal com o reconhecimento da pretensão acusatória fazendo aflorar o poder punitivo estatal.

O abandono do conceito de ação se faz necessário, fundamentalmente, porque o Estado-acusação (ou mesmo o acusador privado) não exercem direito. A acusação é um poder limitado e regulado, não existe direito subjetivo de punir¹¹⁷; logo, se estamos lidando com um poder (e não com um direito) não é correto, tampouco lícito, falar em ação, senão também em um poder, de modo que o poder de acusar é o meio de provocar o poder punitivo¹¹⁸.

Portanto, é necessário revisar o conceito de ação penal e, para isso, é preciso utilizar de um conceito diferente para se referir ao poder de proceder no processo penal, tanto para descrevê-lo, quanto para fundamentá-lo¹¹⁹. Isso porque, diferentemente da ação civil – que

¹¹⁴ DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 112.

¹¹⁵ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 102.

¹¹⁶ COUTINHO, Jacinto N. Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 1998, p. 148.

¹¹⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 47-61, jan./jun. 2011, p. 56/57.

¹¹⁸ DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 110.

¹¹⁹ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 161.

corresponde à exigência civil frente a outra pessoa (particular) e à exigência pública de proteção jurídica frente ao Estado –, a ação penal corresponde à exigência punitiva e ao direito de acusar, e esse contraste de natureza implica uma necessária distinção que não se limita à nomenclatura ação civil e ação penal, mas sim, a “ação” e “acusação”¹²⁰, tal como explica James Goldschmidt criticando o conceito de ação penal e visando a uma evolução para acusação (teoria da acusação).

Por fim, também é incorreto falar em direito de ação exercido pelo acusado. Primeiramente, porque a troca do conceito de ação para “acusação” por si só tornaria impossível a extensão desse direito ao sujeito que é objeto desta. Em segundo lugar, pois a ideia de acusação traz consigo a alteração de direito para “poder” de acusar e, por sua vez, o acusado possui apenas “direitos” (e não “poder”) em sua perspectiva processual¹²¹. Existe uma mera tensão entre acusação e defesa (resistência), e isso decorre daquilo que se afirmou inicialmente, a inexistência de lide, pretensão resistida ou conflito de interesses no processo penal¹²².

1.3.3 Recurso não é prolongamento da ação

Quando se fala na natureza jurídica dos recursos encontram-se, fundamentalmente, 02 (duas) posições distintas: a) a ideia de desdobramento do direito de ação, que acredita em um prolongamento da ação, ou seja, dentro do mesmo processo, um outro procedimento, agora em fase recursal (que permanece sendo o posicionamento majoritário da doutrina processual penal); b) a ideia de uma nova ação dentro do mesmo processo, para a qual o recurso pode ter autor distinto do titular da ação, além de pretensão diversa, pois a ação teria como base um fato-crime e o recurso teria como fundamento um fato-processual, a sentença (esta era a posição de Hélio Tornaghi¹²³). Paulo Rangel ainda elenca um terceiro posicionamento que descreve os recursos como qualquer meio destinado a obter a reforma de uma decisão, e

¹²⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. Vol. II. Buenos Aires: E.J.E.A., 1961, p. 51/53.

¹²¹ DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 112.

¹²² LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 237.

¹²³ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. Volume II. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 309.

segundo o qual todo meio capaz de propiciar a reforma de uma decisão, inclusive as ações autônomas de impugnação, é um recurso¹²⁴.

De início, já é válido mencionar a lição de Gustavo Badaró no sentido de que “no processo penal, nenhuma das categorias pode ser plenamente aceita, sem adequações. Isso porque é perfeitamente possível a utilização do recurso contra atos jurisdicionais antes mesmo do início do processo, na fase pré-processual”¹²⁵, e assim estaria eliminada a ideia de desdobramento do direito de ação, pois neste exemplo a acusação sequer teria sido deflagrada, assim como é incabível a ideia de nova ação no mesmo processo, já que o processo penal ainda não teve seu curso iniciado pela acusação.

No entanto, na esteira daquilo que afirmamos no início deste tópico (1.3), a doutrina processual penal brasileira¹²⁶ permanece na redundância de afirmar que os recursos são um prolongamento da ação e, em razão disso, seriam nada mais do que um desdobramento do direito de ação, na mesma linha do que fazia no século passado a doutrina processual responsável por dar o suporte jurídico ao fascismo italiano, que tinha no pensamento de seus expoentes a mezinha compreensão de que o recurso representa o prolongamento do direito de ação, seguindo a tese civilista de Ugo Rocco quando afirmava que “o direito de impugnação é uma faculdade compreendida no direito de ação”¹²⁷.

Essa era, e continua sendo, a compreensão compartilhada de forma idêntica pela doutrina processual civil¹²⁸ e penal. Aliás, tal como adverte Fauzi Hassan Choukr, a origem dessa ideia está na literatura processual civil, onde consolidou-se essa compreensão de recurso como extensão da relação processual inicial¹²⁹. No entanto, após a advertência feita acerca da necessidade de uma Teoria Geral dos Recursos do Processo Penal e a revisão de conceitos para evoluir a uma teoria da acusação, por ambas as razões, não é possível

¹²⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 962. O autor, por sua vez, defende posição de que o recurso seria um novo procedimento, dentro do mesmo processo, com o que também discordamos já que o procedimento compreende diversas fases, tais como a citação, a instrução, a decisão e o recurso, ou seja, os recursos são um dos elementos do procedimento penal.

¹²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 29.

¹²⁶ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

¹²⁷ ROCCO, Ugo. **L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi**. Tomo I. Roma: Athaeneum, 1917, p. 252. (tradução livre) No mesmo sentido, defendem: MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto processuale penale italiano**. Vol. IV. 6 ed. Torino: UTET, 1972, p. 637 e LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1963, p. 30. Explicando a tese de Rocco na doutrina processual civil verifica-se ver: NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 213/214.

¹²⁸ Vide no processo civil o posicionamento de Nelson Nery Jr. (NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 222).

¹²⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 663/664

permanecer neste ambiente impróprio que replica a insustentável ideia de prolongamento da ação e desdobramento do direito de ação.

É Del Pozzo quem adverte há muito tempo ser insustentável no processo penal identificar a impugnação como algo que decorra do direito de ação¹³⁰. Essa ideia de prolongamento ou desdobramento é um dos “arranjos semânticos”, para usar o termo de Ricardo Gloeckner¹³¹, que permite viabilizar a bilateralidade recursal – pois, se estamos diante de um desdobramento ou do prolongamento do direito de ação ou de defesa, se estamos “apenas” prolongando a relação processual é lícito que isso seja permitido para ambas as partes no processo¹³².

Esse é o principal objeto de crítica neste trabalho (a bilateralidade), por isso, superar a ideia de prolongamento ou desdobramento é uma das evoluções necessárias para rompermos com a bilateralidade recursal. Em verdade, o que decorre dessa ideia é uma dilatação da relação processual e, quando exercida pela acusação em desfavor da defesa, isso representa uma ampliação da tentativa do reconhecimento da acusação em busca da imposição de uma sanção¹³³.

A superação dessa ideia que vê no recurso um prolongamento da ação pode se iniciar com a consideração feita por Aury Lopes Jr. ao descrever que “o poder de recorrer é um desdobramento da pretensão acusatória (ou, para outros autores, do direito de ação) ou de defesa (resistência), não constituindo um *novum iudicium*, senão que se desenvolvem na mesma situação jurídica originária, isto é, um desdobramento do processo existente”¹³⁴.

Essa primeira advertência já é suficiente para corrigir o primeiro equívoco que reside na grotesca ausência de distinção entre os conceitos de “ação” e “processo”, eliminando a ideia de prolongamento da ação, mesmo reconhecendo que o recurso não constitui, em regra, um novo processo, pois se trata, na realidade, não do prolongamento da ação, mas de uma continuação do processo penal existente. No entanto, encontra-se superado apenas o primeiro equívoco, mas ainda longe de ser a principal correção e de maior importância para o que se pretende concluir. O principal equívoco que precisa ser eliminado é a consideração de que o

¹³⁰ DEL POZZO, Carlo. **Le Impugnazioni Penali**: parte generale. Padova: CEDAM, 1951. p. 149.

¹³¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 45.

¹³² E neste sentido, poderiam ser usados dois argumentos, um primeiro no sentido de que ambas as partes do processo poderiam prolongar a relação processual e, em segundo, certamente se utilizaria do argumento de paridade de armas para dizer que defesa e acusação poderiam recorrer da decisão que lhes trouxe prejuízo e assim acabariam prolongando a relação processual.

¹³³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Volume II. 7 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 345.

¹³⁴ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 974.

recurso seja um mero desdobramento ou prolongamento de algo já existente, seja da ação penal, do direito de defesa ou do processo penal.

Primeiramente o recurso não é prolongamento da ação penal, pois, tal como alerta Ricardo Gloeckner, o recurso “não se configura como um mero desdobramento da ação penal, o que, aliás, é um grave equívoco, pois o conceito de ação se extingue tão prontamente a denúncia seja recebida”¹³⁵. Inclusive, a própria doutrina processual civil – a quem serve muito bem o conceito de ação e as características de uma teoria da ação – já havia identificado o quão falho é reconhecer o direito ao recurso como desdobramento do direito de ação, o que fica ainda mais evidente quando fundamentam o recurso do réu no direito de defesa, inobstante reconhecer que o recurso não seria uma nova ação por não acarretar um novo processo¹³⁶.

No entanto, no processo penal a inconsistência vai mais além, ao passo que é preciso indagar, preterindo a resposta: como pode o recurso ser um desdobramento do processo penal, sobretudo sopesando o recurso de defesa ao fato de que o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória? Ou, ainda, o que dizer do desdobramento da relação processual em virtude de recurso exclusivamente interposto pela defesa, neste caso, considerando a vedação da *reformatio in pejus* (artigo 617 CPP): haveria uma alteração nos polos da relação processual ou existiriam duas relações processuais distintas, a originária e a superveniente gerada a partir do recurso?

A aceitação de que o direito ao recurso é nada mais que uma extensão (leia-se: desdobramento) da relação processual, conduz à ideia de uma continuidade da relação processual, de modo que os interessados, em regra, corresponderiam àqueles legitimados a exercer a acusação e a defesa – e aqui reside o mantra da bilateralidade¹³⁷. Nessa perspectiva, tal como adverte Geraldo Prado, a partir do recurso a ação se prolonga, a defesa se prolonga e assim permanece a concepção bilateral dos recursos¹³⁸. No entanto, com o esgotamento da sentença de mérito e não obtida decisão favorável à acusação, inexistem fundamentos para que se reconheça a possibilidade de se “prolongar” o poder de acusar – renovando a acusação até então frustrada –, desautorizando-se a continuidade da persecução penal¹³⁹.

¹³⁵ GLOECKNER, Ricardo. Direito Fundamental ao Recurso no Processo Penal. In **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 6. n. 11. Curitiba, 2014 (183-204), p. 199.

¹³⁶ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. (livro eletrônico). 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 19/21.

¹³⁷ O paradigma da bilateralidade recursal será objeto de análise específica no tópico 2.4 do trabalho.

¹³⁸ PRADO, Geraldo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro**: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 114.

¹³⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 64.

Isso ocorre não apenas pelo não cabimento da ideia de sucumbência ao processo penal, ou ainda pelo necessário abandono da categoria interesse recursal¹⁴⁰, mas, fundamentalmente, porque a “ação”, reconhecida como o direito meramente formal de acusar¹⁴¹ evoluindo para a ideia de acusação (teoria da acusação), uma vez exercida, dá lugar à jurisdição e ao processo. Ou seja, a ação se exaure (acaba) com o oferecimento da denúncia ou queixa, não sendo correto falar em seu prolongamento, fundamentalmente, após ter sido proferida sentença absolutória.

Existe, ainda, outro obstáculo que já foi advertido por Del Pozzo quando disse que no “processo penal, o problema é complicado pelo fenômeno que possibilita o reconhecimento do direito de recurso a um sujeito que não detém o direito de ação”¹⁴². Isso porque o direito de ação – que no processo penal deve(ria) ser substituído pelo conceito de acusação – na ação penal somente é exercido pelo acusador, seja ele público ou privado. O réu não exerce direito de acusação (ação penal)¹⁴³ enquanto acusado; dessa forma, o recurso de defesa não é prolongamento do direito de acusação (ação), pois, o acusado sequer é o titular de tal direito. Logo, se não é o acusado quem exerce tal direito, não poderia ele prolongar o exercício desse direito.

Para aqueles que argumentam que o recurso defensivo estaria ligado ao direito de defesa, mantendo a ideia de prolongamento e desdobramento, desta vez do direito de defesa, deve-se apontar que o erro permanece, pois o direito de defesa não tem qualquer relação com a deflagração da ação e, portanto, não dando origem ao processo, também não pode ser ele considerado como responsável por prolongar a relação processual.

O acusado, quando recorre, não está prolongando a relação processual, está apenas evitando o trânsito em julgado e com isso mantendo intacta a mesma relação processual. Não é certo falar em prolongamento da relação processual, pois o marco constitucional que determina o seu fim, pautado na presunção de inocência, somente se encerra com o trânsito em julgado de decisão condenatória (artigo 5, LVII, CF/88).

Aparentemente é possível manter a distinção entre recurso e ação autônoma de impugnação, dizendo que o primeiro ocorre no curso do mesmo processo (sabendo que esta

¹⁴⁰ Objetos de estudo no tópico 2.3.2 deste trabalho.

¹⁴¹ GOMES ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones S. A., 1981, p. 89.

¹⁴² DEL POZZO, Carlo. **Le Impugnazioni Penali**: parte generale. Padova: CEDAM, 1951. p. 153. (tradução livre)

¹⁴³ “No processo penal é manifestamente contraproducente se afirmar que o réu teria a possibilidade de exercer “ação” no mesmo patamar do Ministério Público” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Sistema penal e violência**. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 47-61, jan./jun. 2011, p. 57).

relação processual nem sempre será o processo penal originário de uma acusação, por exemplo no caso de recurso contra a decisão que revoga ou decreta prisão cautelar), enquanto a segunda dá origem a uma nova relação processual sem, contudo, repetir a errônea consideração de prolongamento ou desdobramento.

No entanto, ao abandonar a ideia de relação jurídica defendida por Bülow¹⁴⁴, evoluindo para se pensar no processo como situação jurídica, assim como proposto por James Goldschmidt¹⁴⁵, ou seja, um conjunto de situações processuais, torna-se ainda mais evidente que o recurso não é um prolongamento ou desdobramento de algo, mas, sim, a criação de uma nova situação jurídica, propiciando novas expectativas, perspectivas e, sobretudo, chances. Isso porque já existe uma decisão, e a partir desta, cria-se uma nova concepção (ainda que não seja definitiva, por ausência de trânsito em julgado, é inegável que se opera uma mudança de perspectivas). Assim, impugná-la representa a inauguração de uma nova situação jurídica, um novo jogo, instaurando-se o duplo risco.

Nessa linha, Del Pozzo reconhecerá que “o direito de impugnação é um direito público e subjetivo, processual e que não se identifica com o direito de ação, mas se distingue. Em uma palavra, é um direito autônomo”¹⁴⁶. Portanto, para o processo penal, um entre conceito seria o melhor a se alcançar, ciente de que os recursos não são um novo processo, mas também abandonando a ideia de que se tratam de mero prolongamento ou o desdobramento de algo.

Por tudo isso, precisamos evoluir não somente para uma teoria da acusação, mas também para abandonar a ideia de que o recurso é o prolongamento ou desdobramento de algo, seja da ação, seja do processo ou do direito de defesa. A ideia de prolongar é injustificável, e esse abandono contribuiu para aquilo que se pretende neste trabalho: dar ao recurso o viés de direito a ser exercido em desfavor do poder punitivo, uma garantia da pessoa acusada, o que se mostra completamente incompatível com a ideia de prolongamento da ação ou do processo, que no processo penal representa-se pela acusação e possui como objeto uma pretensão acusatória.

No sentido do que defende Fauzi Hassan Choukr, “admitir que a relação jurídica recursal seja uma mera continuação da relação inicial não é, pois, uma mera questão técnica

¹⁴⁴ Para Ricardo Gloeckner em estreita conexão com a ideia de relação jurídica e ação penal foram desenvolvidas diversas noções equivocadas, dentre elas a concepção bilateral dos recursos. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 160).

¹⁴⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. Vol. II. Buenos Aires: E.J.E.A., 1961, p. 76.

¹⁴⁶ DEL POZZO, Carlo. **Le Impugnazioni Penali**: parte generale. Padova: CEDAM, 1951. p. 152. (tradução livre)

sem contornos ideológicos e sem importância prática”¹⁴⁷. É, sim, escolher a natureza jurídica e, portanto, qual a serventia dos recursos no ordenamento jurídico penal. Assim, diante de todo o exposto, não resta outra opção ao processo penal quanto à natureza jurídica a ser imputada aos recursos, senão a de garantia. Uma garantia que permite que a defesa continue a afirmar sua inocência.

1.4 O mito dos recursos protelatórios: de onde vem a morosidade processual?

Percebe-se atualmente uma crescente daquilo que Ricardo Gloeckner identifica como o processo penal do inimigo, a partir da técnica eficientista de aceleração em que ocorre a “edificação de um arquétipo social de alarme, de urgência, passando a desenhar institutos jurídicos expressamente se encontram consubstanciados no princípio do bem e do mal” e isso, de fato, representa um “processo penal do inimigo, que se pode afirmar, é um direito penal de exceção, como no modelo do *crime control* mediante o recurso à celeridade”¹⁴⁸.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP que admitiu a execução antecipada de pena¹⁴⁹ é um recente exemplo dessa aceleração em busca de um processo penal eficiente. Por tudo isso percebe-se nas palavras de Ricardo Gloeckner que:

A redução dos recursos não só pode ser entendida como a busca pela certeza judicial como também é fator de celeridade, já que o ponto final do processo é cada vez mais perto da linha de partida. O que em últimos termos se verifica é a administrativização do processo penal somada à cada vez mais ingente necessidade de o réu assumir a responsabilidade, antecipadamente.¹⁵⁰

Nesse ambiente de celeridade, eficiência¹⁵¹ e urgência punitiva, tem sido divagado que os recursos, fundamentalmente os recursos de defesa – pois os recursos de acusação não recebem esse manto protelatório – são procrastinatórios e, portanto, interpostos com o fim de

¹⁴⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Volume II. 7 ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 346.

¹⁴⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 300/301.

¹⁴⁹ Os aspectos desta decisão e suas contradições em face do princípio da presunção de inocência serão objetos de análise no tópico 2.2.2.1 e 2.2.2.2 deste trabalho.

¹⁵⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 301.

¹⁵¹ Sobre a necessidade de eficiência e celeridade em nossa sociedade Han adverte que: “A sociedade da transparência elimina todos os rituais e cerimônias, visto que esses não podem ser operacionalizados, pois são impeditivos e atrapalham a aceleração da circulação da informação, da comunicação e da produção. (HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 71).

causar morosidade processual¹⁵². Nesse sentido, Rogério Schietti reconhece que “a principal oposição que se faz ao duplo grau de jurisdição refere-se ao alongamento que o uso dos meios de impugnação acarreta na prestação jurisdicional”¹⁵³.

Por vezes também imputam aos recursos a responsabilidade por uma famigerada impunidade¹⁵⁴ e, como bem observado por Ricardo Gloeckner, isso representa uma “proposta de desmonte processual” a partir do retórico argumento embasado na “circunstância de ser o processo penal moroso, deficiente. Em virtude deste problema, teríamos, portanto, a impunidade”¹⁵⁵.

Quando essa voz de clamor ecoa, normalmente, se está pensando nos criminosos de colarinho branco, políticos e empresários – os novos inimigos do direito penal¹⁵⁶, acusados pela prática de crimes contra a administração pública, para o “combate” dos quais seria crível uma negação de direitos, dentre eles o direito ao recurso, seja esta uma negação direta ou indireta. É nesse ambiente que Claus Roxin identifica na ideia de combate ao crime o estabelecimento cada vez maior da “celeridade e simplificação dos procedimentos que implicam também no âmbito de abrangência da defesa”¹⁵⁷. Neste caso, os recursos passam a ser empecilho ao juízo, tal como em tempos de inquisição em que a própria presença do defensor caracterizava-se dessa forma¹⁵⁸.

¹⁵² Também fazem essa advertência: PAULA, Leonardo Costa de. **Os recursos a partir de um sistema acusatório e do estado democrático de direito** – a garantia do indivíduo e a legitimidade das partes para recorrer no processo penal. *In*: Leonel González. (Org.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. 1ed. Santiago (CHI): CEJA, 2017, v. 1, p. 207, e GODINHO, Robson Renault. *Direito Constitucional ao Recurso*. **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 25, n. 2, 269-310, jul./dez., 2009, p. 270.

¹⁵³ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 24.

¹⁵⁴ É importante a observação de Godinho, para quem: “deve-se evitar, pois, uma espécie de maniqueísmo processual que reserva às garantias constitucionais a qualidade de estorvo procedimental” (GODINHO, Robson Renault. *Direito Constitucional ao Recurso*. **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 25, n. 2, 269-310, jul./dez., 2009, p. 272).

¹⁵⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 169.

¹⁵⁶ Para Zaffaroni, o “conceito de *inimigo* do direito penal (ou no direito em geral) do Estado de Direito, considerando como tal aquele que é punido só em razão de sua condição de ente perigoso ou daninho para sociedade, sem que seja relevante saber se a privação dos direitos mais elementares à qual é submetido (sobretudo, a sua liberdade) seja praticada com qualquer outro nome diferente do de *pena*, e sem prejuízo, tampouco, de que se lhe reconheça um resíduo de direitos mais ou menos amplo” (ZAFFARON, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 25).

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal**. Trad. Óscar Julián Guerrero Peralta. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 42.

¹⁵⁸ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Roda dos Tempos, 1993, p. 137.

Dentre os diversos mitos que permeiam o universo do processo penal, bem retratados por Rubens Casara¹⁵⁹, atualmente surge como dogma esse discurso de que os recursos de defesa são protelatórios. E, ainda, que o sistema recursal brasileiro demandaria uma reforma, pois a quantidade de recursos seria responsável pela morosidade processual e pela impunidade, tudo isso em busca de uma famigerada eficiência utilitarista do processo penal para os fins instrumentais da mera aplicação do direito penal. A relevância da propagação deste mito não está limitada ao discurso de ódio popular, mas vem sendo divagada no próprio ambiente jurídico e também no ambiente político-legislativo.

São diversas as decisões que poderíamos tomar como exemplo para refletir sobre a propagação do argumento de que os recursos são protelatórios e responsáveis pela morosidade processual, mas nenhuma delas alcança a proporção midiática e tampouco possuem o reflexo estigmatizante sobre o senso comum tal como a recente decisão que foi proferida pelo juiz Sérgio Moro nos autos do processo penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR em trâmite na famigerada 13ª Vara Federal de Curitiba.

Naquela oportunidade, após decisão do STF no julgamento do HC 152.752/PR que manteve o entendimento pela execução antecipada de pena, antes mesmo de ter sido intimado da referida decisão o juiz Sérgio Moro manifestou-se determinando o cumprimento imediato da execução antecipada de pena, argumentando que: “Não cabem mais recursos com efeitos suspensivos juntos ao Egrégio Tribunal Regional da 4ª Região. Não houve divergência a ensejar infringentes. Hipotéticos embargos de declaração de embargos de declaração constituem apenas uma patologia protelatória e que deveria ser eliminada do mundo jurídico”¹⁶⁰.

Inegável que essa consideração feita em meio a decisão é desnecessária e não possui qualquer relação com o objeto da causa, mas é dotada de eloquência suficientemente capaz de ser repetida e propagada em diversos noticiários, inclusive com a disponibilização do inteiro teor da decisão em diversos jornais eletrônicos, propagando-se que os recursos são “patologias protelatórias” (sic) que devem ser eliminadas do mundo jurídico.

E assim percebe-se que estamos diante daquilo que Fauzi Hassan Choukr chamou de “a lógica inquisitiva do sistema recursal”, a qual “se manifesta historicamente pela crítica ao

¹⁵⁹ Segundo Rubens Casara “o discurso jurídico e o senso comum absorvem os caracteres da fala mítica. (...) na seara jurídica, as próprias abstrações generalizantes confundem-se com a fala mítica. (...) Nesse contexto, a possibilidade do processo penal contribuir na concretização/transformação da sociedade desenhada pelo legislador constituinte esbarra na mitologia processual penal” (CASARA, R. R. Rubens. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 139/141).

¹⁶⁰ BRASIL, Decisão proferida pelo Juiz Sérgio Moro nos autos n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/20h-decisao-stf-juiz-sergio-moro-ordena.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

‘número excessivo de recursos’ como causa de entrave ao funcionamento do sistema penal”¹⁶¹.

Em outra perspectiva, a legislativa, verifica-se que a redação final do texto substitutivo do Projeto de Lei n. 8.045/2010 (Novo Código de Processo Penal) torna evidente e tipifica o mito dos recursos protelatórios quando, em seu artigo 498, determina o início da execução penal após o julgamento colegiado, mas o cenário era ainda pior no antigo projeto de Lei n. 156/2009, ao tratar dos Recursos Especial e Extraordinário em seu artigo 505, parágrafo 3º, que previa a suspensão do prazo prescricional até a conclusão do julgamento destes recursos, esquecendo que a prescrição é causa de extinção da punibilidade legal que se compatibiliza com a razoável duração do processo. Por isso, Gustavo Badaró critica essa posição já prevista em outros ordenamentos, defendendo que “a eficiência não pode ser buscada à custa da eliminação de garantias”¹⁶².

Essa previsão ignora que a ampla defesa é garantia fundamental do acusado e que, por ser ampla (leia-se: ilimitada), lhe permite – ainda que com muita aversão social – utilizar de todos meios e recursos a ela inerentes (artigo 5º LV, CF/88) inclusive buscando o decurso temporal, por isso nas palavras de Fabrício Pozzebon os recursos podem “significar uma melhora na situação do acusado, inclusive o próprio decurso do tempo”¹⁶³.

A Exposição de Motivos do PLS 156/2009 (atualmente substituído pelo Projeto de Lei 8.045/2010) enunciava que: “Não desconhecem os membros da Comissão 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”¹⁶⁴. Fica evidente nesse projeto, tal como adverte Rui Cunha Martins, que a “ideia norteadora é pois clara: a eficiente administração da função jurisdicional, mesmo sendo condição de efetividade da norma penal”, de modo que o que se vê é “um assalto mais ou menos ostensivo da lógica da celeridade a determinadas garantias inarredáveis”¹⁶⁵.

¹⁶¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Volume II. 7 ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 342.

¹⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 80.

¹⁶³ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Breves considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (coord.). **Política Criminal Contemporânea**. p. 285-303. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 288.

¹⁶⁴ BRASIL, Senado Federal. Exposição de Motivos do Projeto de Lei 156/2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2966191&disposition=inline>. Acesso em: 20 maio 2018.

¹⁶⁵ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito**. The Brazilian Lessons. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

Admitir que os recursos são possíveis independentemente disso acarretar um aumento na duração do processo penal não é destemporalizar o processo, mas apenas não permitir que o tempo afete a eficácia dos direitos fundamentais¹⁶⁶, pois, como explica Ricardo Gloeckner, “o fator tempo constitui um impeditivo para que o processo esgote suas possibilidades (principalmente aquelas de defesa)”¹⁶⁷ e é nessa medida que os recursos constituem direito fundamental e garantia do imputado.

Neste debate, é sempre importante lembrar a lição de Aury Lopes Jr. sobre o “atropelo das garantias fundamentais pelas equivocadas políticas de aceleração do tempo do direito”¹⁶⁸, pois de tanto atropelar agora pretendem ir além, sepultando a garantia recursal em busca da aceleração processual.

Assim, entre dois extremos, o que determina o tempo de duração do processo é a razoabilidade, é dizer, nem muito rápido a ponto de se atropelar ou eliminar garantias, e nem muito devagar ao passo de se negar a tutela jurisdicional – que no processo penal é prestada ao imputado –, agravando todo conjunto de efeitos que decorrem da submissão de um sujeito a condição de acusado em um processo penal¹⁶⁹.

Analisando especificamente a aparente oposição entre os recursos e a celeridade processual, Eugenio Pacelli conclui que:

Quanto maior o número de recursos, por exemplo, maior a possibilidade de um amplo exercício do direito ao processo, do direito à proteção da Justiça, da tutela do direito, enfim. Em contrapartida, muito mais morosa será a atividade jurisdicional, com a ampliação dos riscos inerentes a uma Justiça ineficiente. Em matéria processual penal, então, a necessidade de sopesamento dos interesses em uma e outra direção é ainda mais relevante, diante da natureza dos valores postos em disputa. Nesse campo, segundo nos parece, a liberdade individual ameaçada pela sanção penal deve prevalecer sobre a busca da realização de uma Justiça célere e ágil.¹⁷⁰

Mais do que isso, é preciso desvelar o mito, a começar pela crença de que sejam os recursos a causa da morosidade processual e, conseqüentemente, da impunidade. Inicialmente, não é preciso muito, basta observar que os recursos possuem prazos de obrigatória observância quando interpostos pela defesa e que por vezes são exíguos¹⁷¹.

¹⁶⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 36.

¹⁶⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 302.

¹⁶⁸ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 76.

¹⁶⁹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 76.

¹⁷⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 936.

¹⁷¹ PAULA, Leonardo Costa de. Os recursos a partir de um sistema acusatório e do estado democrático de direito – a garantia do indivíduo e a legitimidade das partes para recorrer no processo penal. *In*: Leonel González.

A título de exemplo, tem-se o prazo para oposição de embargos de declaração em primeira instância de 02 (dois) dias, tal como previsto no artigo 382 do CPP, ou mesmo o prazo de interposição da apelação de 05 (cinco) dias, previsto no artigo 593 do CPP e, por sua vez, o maior prazo recursal no processo penal de 15 (quinze) dias para interposição de recurso especial e extraordinário, nos termos do artigo 1.003, parágrafo 5º do CPC/2015. Este, ademais, mesmo previsto no CPC/2015, não terá seu prazo computado apenas em dias úteis (artigo 219, CPC/2015), mas sim em dias corridos na forma do artigo 798 do CPP¹⁷² – evidenciando o quão efficientistas são as interpretações para o direito processual penal¹⁷³.

Tudo isso demonstra que o agir recursal da defesa promove ínfima ou nenhuma alteração no lapso temporal processual, tornando-se necessário concluir que a causa da morosidade processual é a falha na prestação jurisdicional e a morosidade dos órgãos públicos atuantes no sistema penal.

Com o fim de comprovar esta hipótese, verifica-se a título de exemplo o processo de Paulo Maluf, consistente na Ação Penal 863 que tramitou no Supremo Tribunal Federal, na qual o réu foi condenado por fatos praticados durante os anos de 1993 a 1996. O acusado teve as investigações em seu desfavor iniciadas em meados dos anos 2000, a denúncia foi oferecida em 18/12/2006 e somente foi recebida em 29/09/2011. Apenas em 09/05/2017 o processo foi levado a julgamento pelo Plenário, julgamento que se encerrou em 23/05/2017 com a condenação de Paulo Maluf.

Somente então, passados mais de 24 (vinte e quatro) anos da data do crime, houve um primeiro recurso de defesa interposto em 26/09/2017, que foi julgado improcedente em 10/10/2017 e, por fim um último recurso de defesa interposto em 15/12/2017 e julgado em 19/12/2017, sendo negado provimento, efetuando-se a prisão de Paulo Maluf em 20/12/2017¹⁷⁴.

Notadamente, o que se verifica na cronologia feita acima é muito claro e elucidativo: dos mais de 20 (vinte) anos passados entre a prática dos fatos e a condenação do acusado, menos de meio ano pode ser atribuído ao julgamento dos recursos. A despeito de se tratar de um caso julgado e processado pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da prerrogativa de

(Org.). **Desafiando a Inquisição:** Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. 1ed.Santiago (CHI): CEJA, 2017, v. 1, p. 207.

¹⁷² STF, ARE 1.009.351-AgR/SR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, p. 23/03/2017; ARE 1.045.980, Rel. Min. Rosa Weber, decisão monocrática, p. 02/06/2017.

¹⁷³ Notadamente, se o prazo e todo o procedimento do REsp e RExt vêm importados do CPC/2015, com o que não concordamos, mas é a realidade, necessariamente todo seu procedimento deveria respeitar aquilo que está previsto na norma processual civil, evitando a importação de elementos isolados (“a la carte”), cabendo a defesa utilizar ou não de todo transcurso do prazo de 15 (quinze) dias úteis a depender do caso em concreto.

¹⁷⁴ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4504330>. Acesso em: 20 maio 2018.

foro, o caso utilizado é representativo e tem a finalidade de demonstrar que, em alguns casos, é na prestação jurisdicional e nos demais atos dos agentes públicos que se encontra alguma falha que resulta na morosidade processual que se verifica atualmente.

Nas palavras de Gustavo Badaró “o maior responsável pela demora do trânsito em julgado em segundo grau não é a existência de recursos, mas os tempos mortos”¹⁷⁵. Não são os recursos de defesa os responsáveis pela morosidade, a “patologia protelatória” (sic) reside no serviço público prestado pelo Poder Judiciário, pelos órgãos de polícia judiciária e pelo Ministério Público, cuja razão pode encontrar influência no grande número de processos submetidos ao Poder Judiciário, mas também na ausência de planejamento administrativo em todos esses serviços prestados.

Quanto a isso, ainda é necessário alertar, como feito por Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró, que o argumento de (de)mora jurisdicional até pode ser legítimo, mas a solução que implica na violação de direitos e garantias individuais do acusado é ilegítima, pois

se o Estado é ineficiente e não consegue prestar a tutela jurisdicional no tempo devido, por insuficiência física e material que geram incapacidade do Poder Judiciário julgar, em tempo razoável os processos, não se pode pagar o preço da ineficiência com a supressão de garantias processuais dos acusados.¹⁷⁶

Também é preciso enfrentar a crença de que o problema não seriam os recursos considerados isoladamente, mas sim o sistema recursal, no que diz respeito a sua construção organizacional como um todo e que atinge, especificadamente, as hipóteses de cabimento dos recursos.

Nesse sentido é a manifestação de Rodrigo Chemim em uma série de textos que se dedicam a trazer argumentos favoráveis ao duplo grau de jurisdição em uma concepção bilateral, e que em seu último texto ataca a sistemática recursal a partir das hipóteses de cabimento recursal previstas em nosso ordenamento¹⁷⁷.

Não é diferente a consideração feita por Fauzi Hassan Choukr, ao exemplificar um caso de Relatoria da Ministra Rosa Weber junto à 1ª Turma do STF, que chegou ao

¹⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 80.

¹⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 37.

¹⁷⁷ GUIMARÃES, Rodrigo Chemim. **O paradoxo a ser enfrentado na reforma do sistema de recursos no novo CPP: ampliar de um lado e diminuir de outro**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rodrigo-chemim-guimaraes/o-paradoxo-a-ser-enfretado-na-reforma-do-sistema-de-recursos-no-novo-cpp-ampliar-de-um-lado-e-diminuir-de-outro-5t4ky8x4ss9ns8pev93njmx8r>. Acesso em: 20 maio 2018.

juízo dos “embargos de declaração no agravo regimental no agravo regimental no agravo regimental nos embargos de divergência nos embargos de declaração nos embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento 394.065”¹⁷⁸.

Concordamos com o último autor citado quando defende que o duplo grau de jurisdição não significa discussão eterna da causa, mas o devido processo legal é o respeito à taxatividade e legalidade, devendo o procedimento respeitar as normas previstas na Constituição e no Código de Processo Penal, e um recurso tal como o citado acima existe e é possível em nosso ordenamento jurídico. Além disso, a redução dos recursos só pode ser vista como expressão do autoritarismo processual penal clássico¹⁷⁹.

Não se pode negar que existem recursos protelatórios, interpostos por ambas as partes no processo penal, sem dúvida isso é uma patologia e precisa ser combatido. Contudo, os casos que chegam a uma ocorrência de diversos recursos como este não são a regra, e tampouco maioria em nosso ordenamento. O que precisa ser harmonizado pelo Poder Judiciário é o devido processo legal e a ampla defesa, com os recursos que lhes são inerentes, em relação à razoável duração do processo, que não depende isoladamente da atuação da defesa e da interposição de recursos ou não, mas sim de toda a prestação jurisdicional. Além disso, a supracitada consideração, desconsidera aquilo que falamos anteriormente quanto aos prazos recursais de defesa, ou seja, aquilo que a defesa contribui para com o decurso do tempo processual.

Sem dúvida nossos tribunais julgam uma quantidade significativa e até muito elevada de processos, mas pelo que será demonstrado a maior parte desses processos não são de matéria criminal. Tomando o Supremo Tribunal Federal como objeto de análise, considerando a disponibilidade de dados para consulta, não se pode olvidar que é elevado o número de processos distribuídos no ano de 2018 (até 19/05/2018) consistente em 21.886 (vinte e um mil oitocentos e oitenta e seis), dos quais 16.380 (dezesesseis mil trezentos e oitenta) são recursos, dentre eles Recursos Extraordinários, Recursos Especiais e Agravos Internos, o que nos permite um prognóstico de algo próximo ao número de processos distribuídos no ano de 2017 que totalizaram 56.258 (cinquenta e seis mil duzentos e cinquenta e oito)¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/abandonai-toda-a-esperanca-vos-que-aqui-entrais-habeas-corpus-126-292/>. Acesso em: 20 maio 2018.

¹⁷⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 170.

¹⁸⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>. Acesso em: 20 maio 2018.

No entanto, quando se verifica por ramo do direito, percebe-se que apenas 6,37% tratam de matéria penal e 13,27% de matéria processual penal, isso levando em consideração a quantidade total de processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal no ano de 2018, de 39.314 (trinta e nove mil trezentos e quatorze) processos¹⁸¹. Essa constatação foi corretamente alertada pelo Min. Ricardo Lewandowski em seu voto lido no julgamento da questão de ordem na AP 937, que resultou na restrição da regra de competência por prerrogativa de foro, que representa mais um reflexo desta conjuntura de urgência e celeridade no processo penal.¹⁸²

Verifica-se, portanto, que os recursos penais não podem receber o título de maior responsável pela morosidade processual, porque há um enorme número de outros processos nos quais não se discutem matéria penal ou processual penal que ocupam a pauta dos órgãos do Poder Judiciário e é esse somatório o responsável pela sobrecarga funcional, não só dos julgadores, mas de todo o complexo material e pessoal do Poder Judiciário.

Além disso, se tomarmos como patamar o Chile, para nos limitarmos a um outro país da América Latina, mesmo considerando a população e território inferiores aos do Brasil, a Corte Suprema do Chile apreciou 101.769 (cento e um mil setecentos e sessenta e nove) recursos no ano de 2016, número imensamente superior aos recursos julgados pelo STF, conforme mencionado acima.

Verifica-se que a capacidade da prestação jurisdicional chilena em análise quantitativa é superior a brasileira, isso pode estar relacionado ao fato de que a Corte Suprema do Chile conta com 21 Ministros, enquanto o STF possui apenas 11 Ministros.

Para além disso, chama atenção que dentre esses mais de cem mil recursos julgados pela Corte Suprema do Chile, apenas 357 (trezentos e cinquenta e sete) são de matéria criminal¹⁸³, o que, numa proporção inversa, representa um número muito menor que o do Brasil e que notadamente está relacionado à grotesca diferença entre o sistema acusatório e

¹⁸¹

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>. Acesso em: 20 maio 2018.

¹⁸² Aliás, em virtude desde cenário de um inchaço de recursos analisados pelo STF, recentemente foi implementado uma ferramenta de inteligência artificial batizada de “Victor” que será responsável pela admissibilidade dos recursos extraordinários e identificação de vinculação a determinados temas de repercussão geral.

(Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>. Acesso em: 20 maio 2018).

¹⁸³ Disponível em: <http://www.ine.cl/docs/default-source/publicaciones/2017/informe-anual-de-justicia-2016.pdf?sfvrsn=13>. Acesso em: 20 maio 2018.

oral implementado no Chile¹⁸⁴ em face do sistema nitidamente inquisitório que se tem no Brasil¹⁸⁵, que carece de uma refundação sistêmica e estrutural¹⁸⁶.

Este é o estado atual do sistema penal brasileiro, certamente diferente de todos os outros em seus elementos e em sua essência. De fato, não há como comparar o número dos recursos julgados pelos tribunais brasileiros em face da quantidade de recursos julgados em outros países, na mesma medida em que é impossível comparar os elementos do sistema processual penal brasileiro com qualquer outro sistema em que não se verifica uma investigação administrativa e inquisitiva¹⁸⁷ e a possibilidade desta ingressar integralmente no processo contaminando o julgador¹⁸⁸; onde não se ignoram as nulidades¹⁸⁹ e imunizam os vícios processuais¹⁹⁰; onde o juiz não é paranoico¹⁹¹ e não tem mentalidade inquisitória; onde a produção probatória é pautada na oralidade e imediação que potencializam o contraditório¹⁹²; onde não há disparidade de armas¹⁹³, entre outras diversas diferenças para com esse sistema atual que se tem no Brasil.

Por tudo isso, defendemos que é a insuficiência estatal na prestação jurisdicional a maior causa da morosidade processual¹⁹⁴ e não os recursos, tal como já foi alertado por Jacinto Coutinho ao dizer que “pode-se, inclusive, argumentar que a principal causa da tão

¹⁸⁴ POSTIGO, Leonel González. **Pensar na reforma judicial no Brasil**. Conhecimento teórico e práticas transformadoras. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 18.

¹⁸⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, p. 163-198, 1998, p. 167.

¹⁸⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. As permanências inquisitivas e a refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 68/69.

¹⁸⁷ MENDES, Tiago Bunning; MELO, Marcos Eugênio Vieira. As cóleras da fase preliminar do processo penal: o valor probatório e os vícios na investigação numa era de caos. In: GIACOMOLLI, Nereu José. Et al. **Processo Penal Contemporâneo em Debate**. Vol. 3. Empório do Direito: Florianópolis, 2018, p. 116/117.

¹⁸⁸ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 328.

¹⁸⁹ Um exemplo de respeito a nulidade no âmbito recursal é o que se vê no sistema recursal chileno que prevê o recurso de nulidade apresentado às Cortes de apelação e, tal como afirma Leonel González: “É por isso que a nulidade se configurou de modo que sua procedência se torne mais acessível” (POSTIGO, Leonel González. **Pensar na reforma judicial no Brasil**. Conhecimento teórico e práticas transformadoras. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 128).

¹⁹⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204.

¹⁹¹ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 51. LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 172.

¹⁹² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal** (185-212), vol. 2, n. 1, 2016, p. 207.

¹⁹³ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Coleção Ada Pellegrini Grinover. Coordenadores: Gustavo Badaró e Petronio Calmon. Vol. 2. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 356.

¹⁹⁴ Novamente se faz necessário tomar o Chile como exemplo, onde uma pesquisa de Leonel González analisando casos de janeiro a junho de 2013 na Corte de Apelação de Santiago concluiu que a duração média entre a entrada do recurso de apelação ou de nulidade na Corte e a data da leitura da decisão é de 21 (vinte e um) dias, isso mesmo considerando que em 68% dos casos houve produção de prova oral na audiência de julgamento dos recursos. (POSTIGO, Leonel González. **Pensar na reforma judicial no Brasil**. Conhecimento teórico e práticas transformadoras. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 151).

falada ‘morosidade’ seja ligada a problemas infra-estruturais do próprio Poder Judiciário, como por exemplo a carência de magistrados e serventuários, o que vem também demonstrar como a questão não se dá nem se soluciona no plano *normativo*, tampouco com o *rigor* da lei”¹⁹⁵.

Aos que pensam no processo penal pela ótica utilitarista e eficientista e aos críticos sensacionalistas que imputam aos recursos o retardamento na punição e o aumento na sensação de impunidade social¹⁹⁶, adverte-se que tais pensamentos nefastos permitem que continue se propiciando a condenação de (muitos) inocentes para, em contrapartida, evitar a absolvição de (poucos) culpados, o que jamais será justificável em um Estado Democrático de Direito.

Neste cenário, admitir que a impunidade – não somente oriunda de cifras ocultas¹⁹⁷ – não é um mal (?), mas um dado necessário do sistema penal. Afinal, um dos postulados que legitima o modelo garantista, tal como aponta Alexandre Wunderlich, é o ônus que impõe ao Estado o dever de assumir que ocorram eventuais absolvições de culpados, necessárias para que se certifique permanentemente que nenhum inocente restará condenado¹⁹⁸.

¹⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Nelson Miranda de Coutinho. Vol 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 269.

¹⁹⁶ CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 498.

¹⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 4.ed. 1. reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 43/44.

¹⁹⁸ WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnação no processo penal constitucional brasileiro. *In*: WUNDERLICH, Alexandre (org.) **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 41.

2 TEORIA GERAL DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL

Este capítulo será dedicado à análise da Teoria Geral da Impugnação, também conhecida como Teoria Geral dos Recursos, não apenas a partir de uma mera revisão bibliográfica, mas, fundamentalmente, investigando a origem dos institutos que a compõe. Objetiva-se, ao fim, uma crítica à teoria¹⁹⁹, que possui raízes inquisitórias acrescidas por diversas categorias que decorrem da Teoria Geral do Processo, e veio a ser incorporada acriticamente ao processo penal. Assim, o que se propõe é a revisão de alguns conceitos, em busca de uma Teoria Geral dos Recursos adequada – e não apenas adaptada – ao Processo Penal.

2.1 Classificação das classes de recursos e os reflexos de sua escolha

No presente tópico, pretende-se discorrer sobre as espécies de recursos existentes, o que não pode ser confundido com recursos em espécie (como é o caso da apelação, do recurso em sentido estrito e outros). Inclusive, para evitar confusões interpretativas, seria mais prudente utilizar o termo “classe de recursos” ou apenas “classe”, tal como proposto por Ernst Beling²⁰⁰, e assim justifica-se a escolha pelo termo.

Portanto, esta apresentação das classes de recursos será pautada nas singularidades do sistema de impugnação vigente no ordenamento jurídico brasileiro e da nossa estrutura de organização judiciária. Isso porque, como bem alerta Gustavo Badaró, essas classificações não podem ser feitas de forma universal, mas somente levando em consideração o ordenamento jurídico de cada país e o conteúdo de seu direito positivo²⁰¹.

Ao estudar as classes de recursos e verificar as diferenças quanto aos aspectos do âmbito de sua devolução (extensão e amplitude da revisão), bem como de sua fundamentação, será possível, ainda, verificar alguns daqueles erros de origem – inquisitória – e categorias

¹⁹⁹ “Sem embargo, também é necessário salientar que, como qualquer visão científica sobre um assunto, o ponto de vista crítico ocupa um lugar central. A visão conservadora, por si só, não tem a possibilidade de existir no mundo científico: pode-se postular a conservação de uma solução ou de um sistema através de uma visão crítica sobre o mesmo, cujo resultado indica como a melhor solução já existente, mas o cientista estuda, analisa e examina com os olhos a superação e transformação do que já existe; Argumentos como “não mude”, “tradição”, “melhor do que bom é saber” não pertencem ao mundo científico” (MAIER, Julio B. Prólogo. *In*: MAIER, Julio B. J. Maier; BOVINO, Alberto; CANTÓN, Fernando Díaz. **Los recursos em el procedimiento penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004).

²⁰⁰ BELING, Ernst. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1943, p. 248.

²⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 31.

que são impostas por uma Teoria Geral dos Recursos, que tal como exaustivamente advertido, não considera elementos específicos do processo penal, sobretudo no que tange à dicotomia matéria de fato e matéria de direito e que, por sua vez, é o principal objeto de análise crítica neste tópico, com o fim de identificar o cabimento ou não desta categoria ao processo penal.

2.1.1 Recursos Ordinários e Recursos Extraordinários: o abandono da dicotomia questão de fato e questão de direito nos recursos processuais penais

É prudente que se inicie o estudo das classes dos recursos a partir da diferenciação entre recursos de natureza ordinária e recursos de natureza extraordinária, pois essa diferenciação será objeto de uma ramificação dentro da própria organização das classes de recursos, de modo que existirão diversos recursos em espécie aos quais se atribuirá a natureza ordinária, assim como outros diversos recursos em espécie de natureza extraordinária. Desde logo, adverte-se que não está se falando das espécies de Recurso Ordinário (artigos 102, II e 105, II, ambos da CF/88) e Recurso Extraordinário (artigo 102, III, da CF/88), pois, ambos, a nosso sentir, tratam-se de recursos de natureza extraordinária. O objetivo neste tópico é o debate do gênero (classe), a classificação entre recursos de natureza ordinária e recursos de natureza extraordinária no processo penal.

Sobre o tema, Gustavo Badaró alerta que existe certa divergência quanto ao critério classificativo dos recursos ordinário e extraordinário²⁰². De certa forma, mais do que uma divergência, o que existe são distinções sistêmicas que acabam por importar um tratamento diferenciado pela doutrina estrangeira e nacional. Isso porque há certa harmonia entre a doutrina estrangeira no sentido de diferenciar tais classes a partir da existência ou não de coisa julgada, considerando como recursos extraordinários aqueles que serviriam para impugnar a coisa julgada e recursos ordinários os que serviriam para impugnar decisões sem força de coisa julgada²⁰³.

Todavia, a própria doutrina estrangeira já havia identificado certa inexatidão neste conceito, a exemplo de Del Pozzo, ao manifestar que quando a sentença é considerada irrevogável, em seu desfavor não seriam cabíveis recursos, mas sim a revisão – no Brasil a

²⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 31.

²⁰³ Nesse sentido: BELING, Ernst. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1943, p. 248. MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954, p. 21 e 238/239. CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 211. LEONE, Giovanni. **Diritto processuale penale**. 7 ed. Nápoles: Jovene, 1968, p. 17.

revisão criminal, prevista no artigo 621 e seguintes do CPP –, justificando que, no processo penal o conceito de decisão irrevogável, não pode ser outra coisa, senão uma decisão contra a qual não seriam mais admissíveis recursos²⁰⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, essa compreensão não é adequada e se torna impossível, pois a coisa julgada penal compreendida como imutabilidade da decisão²⁰⁵ é consequência do trânsito em julgado da decisão judicial e, portanto, somente é alcançada após o esgotamento de todas as vias recursais possíveis²⁰⁶, em face da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, CF/88)²⁰⁷.

De tal forma, a doutrina processual penal brasileira²⁰⁸ acaba adotando a posição de que os recursos ordinários “são aqueles que têm por objeto provocar um novo exame (total ou parcial) do caso penal já decidido em primeira instância, por um órgão superior (*ad quem*), alcançando tanto as matérias de direito como também fáticas”²⁰⁹, enquanto os recursos extraordinários seriam aqueles em que “os tribunais superiores entram no exame, unicamente, da aplicação da norma jurídica efetuada pelo órgão inferior”²¹⁰.

Ocorre que este é mais um posicionamento compartilhado com a doutrina processual civil de forma acrítica, que também afirma “o recurso extraordinário tutela imediatamente o direito objetivo. O interesse particular do recorrente é secundário ou objeto mediato. Tais recursos visam a averiguar se o órgão judiciário aplicou corretamente a lei (no sentido mais geral) à espécie”²¹¹.

No entanto, essa distinção entre recurso ordinário e recurso extraordinário, tal como se percebe, acaba se valendo da dicotomia *matéria de fato* e *matéria de direito*, que representa mais uma categoria que precisa ser abandonada em busca de uma Teoria Geral dos Recursos do Processo Penal, haja vista que esta ideia dicotômica não se adapta de forma contemplativa ao crime, composto por um fato e sua subsunção ao tipo penal (leia-se: matéria de fato e

²⁰⁴ DEL POZZO, Carlo. **Le Impugnazioni Penali**: parte generale. Padova: CEDAM, 1951. p. 113.

²⁰⁵ LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1963, p. 321.

²⁰⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 637/639.

²⁰⁷ Não se pode olvidar que a decisão do Supremo Tribunal Federal no fatídico julgamento do HC 126.292/SP, ao permitir a execução antecipada de pena, acabou por compreender de forma errônea e disfuncional a relação entre coisa julgada e trânsito em julgado, mas isso será objeto de maior análise crítica ao se tratar do efeito suspensivo dos recursos no tópico 2.2.2.

²⁰⁸ Sempre seguindo, ainda que de forma não intencional, aquilo que é proposto pela escola paulista a partir dos ensinamentos transmitidos por Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32).

²⁰⁹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 977.

²¹⁰ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 977.

²¹¹ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. (livro eletrônico). 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 33. No mesmo sentido: ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 945.

matéria de direito). Isso é objeto de preocupação até daqueles que, em algum momento, por necessidade didática, utilizam desta distinção, vide o supracitado Aury Lopes Jr. ao reconhecer que “nem sempre a distinção entre *questões de fato* e *questões de direito* é tão cartesiana; na realidade é uma distinção tênue e complexa”²¹².

São graves os erros cometidos a partir da aceitação indistinta da dicotomia “matéria de fato” e “matéria de direito” no direito e processo penal. A título de exemplo, foi essa dicotomia um dos argumentos utilizados, pela maioria do Supremo Tribunal Federal, para ceifar a presunção de inocência e o trânsito em julgado no processo penal, no julgamento do HC 126.292/SP e das ADCs 43 e 44 ao crer, erroneamente, nas palavras do Rel. Min. Teori Zavascki que: “os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória”²¹³. Com fundamento nessa ideia, o STF entendeu estar “formada a culpa” após o julgamento colegiado em segunda instância, permitindo-se a execução antecipada de pena²¹⁴.

A origem desse critério dogmático-processual²¹⁵ que distingue matéria de fato de matéria de direito é explicada por Michele Taruffo quando narra que foi a partir das reformas judiciárias promovidas na Inglaterra por Henrique II que se propiciou a diferenciação entre juízes de fato (que seriam o júri) e juízes de direito (os juízes togados) que corresponderá à diferenciação entre matéria de fato e matéria de direito. Ou seja, “a distinção entre *issues of law* e *issues of fact* segue justamente a distinção entre a função do juiz e a função do júri”²¹⁶, dando margem ao ideal histórico de que os juízes seriam a boca da lei²¹⁷. A partir desta concepção “o direito seria sempre o objeto do conhecimento da ciência do direito, o fato seria sempre o objeto geral (gnosiológico-epistemológico geral) das ciências de fato”²¹⁸.

O problema da adoção desta dicotomia no processo penal se instaura desde a própria compreensão do que se tem por matéria de fato, de modo que é preciso lembrar da lição de

²¹² LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.075.

²¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **HC 126.292/SP**, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, publicado em 17/05/2016, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf> Acesso em: 10 abr. 2018, p. 6.

²¹⁴ Essas decisões do STF serão novamente comentadas juntamente com a análise do efeito suspensivo nos recursos no tópico 2.2.2.2.

²¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 484.

²¹⁶ TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 212. ^[L]_{SEPP}

²¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6ª ed. Coleção o que é isto? Volume 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 105.

²¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 486.

Carnelutti no sentido de que é “necessário saber, antes de tudo, o que é um fato”²¹⁹. Ou seja, primeiramente deve-se verificar a (in)compreensão daquilo que intitula como “matéria de fato” ou “questão de fato” uma expressão corriqueiramente repetida no universo jurídico, mas que, como alerta Salah Khaled, carece de uma renovação que permita superar em definitivo a grosseira concepção daquilo que se tem de um mero juízo de fato²²⁰, sabendo que “o horizonte de projeção da prova deve ser penado para além do sentido que costuma ser atribuído ao termo *fato*, que desconsidera a espessura da realidade”²²¹.

Isso decorre da inexistência de uma noção elementar e aceitável daquilo que se tem por “fato” que possa assumir, indiscutivelmente, um ponto de partida de seu conceito, tal como advertido por Taruffo²²². Também não há um consenso acerca da definição daquilo que se compreende por “matéria de direito”, por isso Castanheira Neves conclui ser um “erro a ideia quer de um unitário conceito jurídico de ‘fato’, quer de um unitário conceito jurídico de ‘direito’”, pois isso em uma perspectiva dogmática “havia de negar-se tanto o caráter pressuposto, como a unicidade da distinção”²²³.

A imprecisão daquilo que se compreende por matéria de fato e matéria de direito (ou questão de fato e questão de direito) é insuperável. O que se verifica atualmente é um conflituoso *decisionismo* na atuação dos Tribunais Superiores, sobretudo no que tange ao julgamento de recursos que tratam da (re)qualificação jurídica dos fatos feita pelo juízo *a quo*, em que por vezes invocam-se disposições sumuladas²²⁴ e a norma constitucional que orienta o recurso especial e o recurso extraordinário para esquivar-se do julgamento de mérito, sob alegação de impossibilidade do reexame de matéria probatória²²⁵, e em outros casos manifestam-se no sentido de que a correta qualificação jurídica não se confunde com o reexame da matéria fática, pois se trata de questão de direito²²⁶.

²¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009, p. 61.

²²⁰ KHALED, Salah H. Jr. **A busca da verdade no processo penal**. Para além da ambição inquisitorial. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2016, p. 252.

²²¹ KHALED, Salah H. Jr. **A busca da verdade no processo penal**. Para além da ambição inquisitorial. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2016, p. 253.

²²² TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2005, p. 92.

²²³ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 489.

²²⁴ Refere-se às Súmulas n. 7 do Superior Tribunal de Justiça e n. 279 do Supremo Tribunal Federal.

²²⁵ “A tese defensiva de aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, afastada pelas instâncias anteriores dada a constatação de o paciente integrar organização criminosa e/ou dedicar-se à atividades delitivas, demanda o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita” (STF, RHC 140006 AgR/MS).

²²⁶ “Sua qualificação jurídica, pelo Supremo Tribunal Federal, não escapa ao âmbito do apelo extremo e nem obstanda pela súmula 279” (STF, RE 116089/RJ).

A doutrina até tenta solucionar o cenário de incompreensões dizendo que o reexame de prova não impede a discussão da qualificação jurídica do fato, enquanto juízo de tipicidade feito pelo tribunal *a quo*²²⁷, ou ainda garantindo a possibilidade de “interposição de recurso especial e extraordinário para se questionarem os critérios de apreciação da prova, a errada aplicação das regras de experiência, a utilização de prova ilícita, a nulidade da prova, o valor legal da prova, as presunções legais ou a distribuição do ônus da prova, pois todas estas questões não são ‘de fato’, mas ‘de direito’”²²⁸.

No entanto, a posição doutrinária, ainda que qualificada e gozando de boa técnica, por si só, não dá conta de superar o *decisionismo*, além do que, trata-se de uma tentativa que não supera completamente a dicotomia “matéria de fato” e “matéria de direito”; pelo contrário, acaba assegurando sua permanência no demonstrado cenário de incompreensão.

Para além da incompreensão, conceituar e delimitar epistemologicamente a “matéria de fato”, sobretudo distinguindo-a da “matéria de direito” por vezes restará inatingível, pois, como explica Castanheira Neves, a ideia de “fato” trabalhada no ordenamento jurídico “têm o seu fundamento e critério decisivos nas diretas intenções normativas do direito positivo, e unicamente nelas. São conceitos determinados juridicamente – no seio do direito e pelo direito”²²⁹. Portanto, aquilo que é conceituado no universo jurídico, sendo concebido como um critério do direito e para o direito, como é o caso da concepção de “matéria de fato” ou “questão de fato”, não pode ser dissociado do direito numa cisão contraproducente a sua própria origem.

Neste ambiente em que a própria compreensão do que se entende por “fato” é complexa e por vezes inatingível, após a submissão do caso penal a um processo penal, almejar a distinção do tipo normativo que lhe foi sobreposta em subsunção é uma ilusão dogmática e positivista²³⁰ ou, nas palavras de Lênio Streck, um “imaginário exegético”²³¹. O que se faz necessário, portanto, é a superação desse tratamento dicotômico operado pela tentativa de cisão entre matéria de fato e matéria de direito, ao menos no âmbito do processo penal – o que já vem sendo objeto de estudo da doutrina no tratamento da *emendatio* e *mutatio libelli*.

²²⁷ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.075.

²²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 338.

²²⁹ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 499.

²³⁰ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 484.

²³¹ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6ª ed. Coleção o que é isto? Volume 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 105.

No mesmo sentido, o pensamento de Ricardo Gloeckner, que afirma existir “uma interconexão entre a questão de direito e de fato. Não há fato que possa independe da norma jurídica nem tampouco norma que não seja criada, moldada e pensada a não ser para o fato. (...) E isto é assim porque o direito leva o fato como seu elemento integrante. A correlatividade entre direito e fato, portanto, pode ser equacionada e deslocada para o panorama da problematidade derivada da intencionalidade do direito”²³².

Por isso, é possível afirmar que a distinção entre matéria de direito e matéria de fato é mais uma das roupas da irmã mais velha que não se adapta aos elementos característicos do direito e do processo penal, eis que no processo criminal não há dúvida que o acusado se defende de uma imputação inerente ao caso penal que abrange não apenas os fatos, mas também a qualificação jurídica²³³, pois não há fato que possa independe da norma jurídica e uma norma também não pode despistar o fato²³⁴.

Ademais, se nos dedicarmos à análise da dogmática penal em si, a cisão entre fato e direito ainda apresentaria outra inexatidão, pois o direito, no que diz respeito a tipicidade do delito, se duplica em *tipicidade material* que depende da análise de circunstâncias fáticas (matéria de fato) para identificação de padrões de ofensividade da conduta²³⁵, e *tipicidade formal* que, por sua vez, poderia ser reconhecida como matéria de direito, pois se resumiria à compreensão e à análise da correspondência da conduta com o tipo penal. No entanto, o próprio juízo de subsunção exige a observância da conduta praticada que nada mais é do que um fato²³⁶.

Não é ilusório somente por acreditar em uma separação do fato e do direito na análise do crime, mas também porque a compreensão do crime se dá muito mais por aquilo que insistem em chamar de “questão de fato” do que por qualquer elemento oriundo da tipicidade normativa. Por isso, Salah Khaled reconhece que “a identificação do objeto do processo penal

²³² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal** (185-212), vol. 2, n. 1, 2016, p. 196/197.

²³³ Ricardo Gloeckner ensina que: “A imputação consiste na determinação não apenas fática, mas normativa, jurídica daquele evento ontológico” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Vol. 1, 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 321). No mesmo sentido: DEZEM, Guilherme. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 857.

²³⁴ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. V.1 Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 490 e 512.

²³⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009, p. 57.

²³⁶ “Com a categoria do ilícito se que traduzir o específico sentido de desvalor jurídico-penal que atinge um *concreto* comportamento humano numa *concreta* situação, atentas portanto todas as condições *reais* de que ele se reveste ou em que tem lugar” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, Portugal; Coimbra Editora, 2007, p. 268).

não vem dada pela qualificação jurídica do fato, nem pelo tipo ou quantia de pena pedida, senão pela identidade de um acontecer histórico, individualizado em sua unidade natural e não jurídico-penal”²³⁷.

Aliás, compreender a indissociabilidade do fato e do direito também é importante para permitir uma maior revisão e um fortalecimento do recurso como garantia em desfavor do poder punitivo, evitando revisões que se limitem a reanalisar isoladamente a aplicação da lei, permitindo-se sempre uma apreciação de todo o caso penal, inclusive a colheita e valoração da prova, pois a “gestão da prova e a sua valoração são manifestações de poder, que precisam de limitação especialmente ocasionada pelo controle da decisão em âmbito recursal, sob pena de completo esvaziamento da construção dogmática que se denomina ‘teoria da prova’”²³⁸.

Conforme ensina Richard González, “a possibilidade de impugnar a valoração inicial do juiz a quo em relação à prova praticada constitui a essência do direito ao recurso no processo penal, especialmente em caso de sentença condenatória”²³⁹. Por isso Ferrajoli afirmará que “não existe carga da prova nem, a rigor, necessidade da prova, se não existe a obrigação de motivar adequadamente; e tal obrigação é inconsistente se seu descumprimento não é submetido a um controle e a uma consequente invalidação”²⁴⁰.

Por tudo isso, é impossível distinguir a classificação de recursos ordinários e extraordinários ou quaisquer outras classes – tal como ocorre em muitos países com o recurso de cassação – a partir da separação entre matéria de fato e matéria de direito. Neste sentido, Francesco Mauro Iacoviello defende que: “O raciocínio indutivo baseia-se na hipótese da acusação: isto é, em uma possível reconstrução de um fato à luz de uma norma. No raciocínio indutivo, você também pode distinguir o fato e a lei: mas você não pode separar um do outro. Como a cassação diz que uma hipótese é lógica se não levar em conta a substância da hipótese: isto é, o fato? Assim, na hipótese, fato e direito são distinguíveis, mas inseparáveis. O que significa que a cassação não pode fazer somente o juízo do direito. Não há

²³⁷ KHALED, Salah H. Jr. **A busca da verdade no processo penal**. Para além da ambição inquisitorial. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2016, p. 254.

²³⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 142 (no prelo).

²³⁹ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. La impugnación y revisión de la prueba mediante los recursos ordinarios y extraordinarios en el proceso penal. *In*: LLUCH, Xavier Abel; GONZÁLEZ, Manuel Richard (Dir.). **Estudios sobre prueba penal: actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: diligencias de instrucción, entrada y registro, intervención de comunicaciones, valoración y revisión de la prueba en vía de recurso**. Madrid: La Ley, 2013, p. 427.

²⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia. **Nueva Doctrina Penal**. 1996/B (p. 445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 451.

alternativas”²⁴¹.

Existe forte corrente doutrinária na defesa do entendimento de que “um Tribunal que não tenha presenciado de forma direta a produção da prova, não pode apoiar sua consciência e convicção sobre os fatos”²⁴². É de difícil aceitação a possibilidade de controle dos fatos sem o contato direto com a prova²⁴³, mas não se pode negar que isso já acontece em nosso ordenamento nos julgamentos de recursos de natureza ordinária, sobretudo quando a apelação, julgada em segunda instância, permite um reexame completo do caso penal e a (re)avaliação de toda prova produzida no juízo *a quo*.

Não se pode negar que a valoração probatória e apreciação de elementos fáticos do caso em juízo recursal pode constituir um grave atentado ao princípio da imediação e oralidade²⁴⁴, mas a construção proposta neste trabalho orienta-se pela compreensão do recurso como direito exercido exclusivamente pelo imputado em desfavor do poder punitivo a fim de evitar, fundamentalmente, a alteração de uma decisão absolutória em um juízo recursal distante da produção probatória e, portanto, dissociado da oralidade e imediação. Propõe-se, portanto, a partir do direito ao duplo grau de jurisdição em sua dimensão substancial²⁴⁵, um sistema recursal redutor de danos que não tem o cunho de garantir a inexistência de falhas e erros, mas apenas visa a preservar a presunção de inocência e propiciar a efetividade da liberdade²⁴⁶.

Por fim, em uma crítica à própria distinção normativa feita pela Constituição Federal e reproduzida pela legislação ordinária, Ricardo Gloeckner adverte que: “de certa forma a própria competência constitucional, definidora das atribuições dos Tribunais Superiores retroalimenta esta concepção do dimensionamento da questão, ao estreitá-la e comprimi-la

²⁴¹ IACOVIELLO, Francesco Mauro. **La Cassazione Penale: fato, diritto e motivazione**. Milano: Giuffrè Editore, 2013, p. 64.

²⁴² BACIGALUPO, Enrique. **La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994, p. 60.

²⁴³ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 115.

²⁴⁴ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 103.

²⁴⁵ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 116.

²⁴⁶ Para uma melhor compreensão e em busca de compatibilidade entre a oralidade e imediação para com o sistema recursal, é relevante a contribuição da Tese de Vinicius Vasconcellos: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 226/280 (no prelo).

num círculo autocompreensivo: a norma define o que é normativo e fático”²⁴⁷. No entanto, parece possível manter – em uma tentativa de salvá-la – a competência constitucional atribuída aos Tribunais Superiores apenas para determinar ao Superior Tribunal de Justiça a análise de matérias relacionadas a lei federal e ao Supremo Tribunal Federal a matérias de ordem constitucional, sem, contudo, tentar separar a incidência normativa dos fatos a que se refere.

Lembra-se, novamente, da lição de Castanheira Neves para reconhecer que a “delimitação do objecto daquele recurso não pode mais pensar-se a partir do postulado da coincidência entre ele e uma discriminação directamente inferida a apriostíca distinção entre ‘o fato’ e ‘o direito’; antes o fundamento daquela delimitação ter-se-á de encontrar imediatamente, e apenas no fim institucional e na função jurídico-processual do recurso, e o seu critério unicamente também nos termos jurídicos-positivos e processuais em que esse fim e função foram instituídos”²⁴⁸.

Desse modo, no processo penal, a única distinção possível entre recurso ordinário e recurso extraordinário é no sentido da *fundamentação* de acordo com aquilo que se extrai do texto constitucional, aceitando a ideia de que os recursos ordinários são aqueles de *fundamentação livre* e, portanto, admitem que qualquer fundamento motive sua interposição, possibilitando ainda a discussão de qualquer elemento da decisão, enquanto os recursos extraordinários possuem *fundamentação vinculada*²⁴⁹ pela norma, pois somente podem ser objeto de impugnação a violação a norma legal (artigo 105, inciso III, “a” da CF/88) ou norma constitucional (artigo 102, inciso III, “a” da CF/88), relacionados, obviamente com a imputação (norma-fato em um só corpo e espírito, sem qualquer cisão).

Nesse sentido, Nereu Giacomolli, indo além, afirma que: “a impugnação de um provimento condenatório não poderá sofrer limitações além dos requisitos de admissibilidade, propiciando-se, diferentemente do recurso da acusação a devolução total da matéria à apreciação do órgão *ad quem*. (...) Inclusive no que tange ao cabimento em razão da ofensa à lei federal, o dimensionamento criminal há de afastar-se das restrições do âmbito privado”²⁵⁰. Por isso, Gustavo Badaró irá contradizer o entendimento do STF, sobretudo no julgamento

²⁴⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. (185-212) vol. 2, n. 1, 2016, p. 194.

²⁴⁸ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 524.

²⁴⁹ Neste sentido, Aury Lopes Jr. entende que os recursos especial e extraordinário são “recursos de fundamentação vinculada, posto que a matéria discutida fica limitada àquelas expressamente previstos na Constituição” (LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.074).

²⁵⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 347.

dos citados HC 126.292/SP e ADCs 43 e 44 para dizer que: “Há, pois, muito sobre a prova e muito sobre a dúvida da inocência a se discutir em recursos especial e extraordinário”²⁵¹.

Essa adoção acarretará uma grande readequação daquilo que é aceito quanto à classificação dos recursos ordinários e extraordinário pela doutrina processual brasileira²⁵². Desse modo, de *natureza extraordinária* em nosso ordenamento restaria apenas o Recurso Especial (vinculado a violação de lei federal) e o Recurso Extraordinário (vinculado a violação de norma constitucional), e excepcionalmente os Embargos de Declaração (vinculados a ambiguidade, obscuridade, contradição e omissão), enquanto os demais recursos, considerando a livre fundamentação e a possibilidade de discussão de qualquer matéria (constitucional, legal e até interpretações doutrinárias), seriam todos recursos de *natureza ordinária*.

Senão isso, é melhor aceitar o enterro dessa classificação, tal como já foi proposto, inclusive, pela doutrina processual civil quando Barbosa Moreira defendeu que esta classificação dividida entre recurso ordinário e extraordinário “merece ser arquivada para todo o sempre, além do mais, pelos equívocos que é capaz de gerar e de fato tem gerado, mercê da constante e notável flutuação dos critérios doutrinariamente sugeridos para fundá-la”²⁵³. Se isso é compreensível no processo civil, no processo penal em que a cisão de fato e direito é ainda mais imprecisa e por vezes inatingível, tal como demonstrado, melhor então abandonar de uma vez por todas essa classificação.

2.1.2 Apelação: o conflito aparente entre recursos e o contraditório

A apelação é o meio de impugnação mais antigo na trajetória histórica²⁵⁴, e a partir da etimologia da palavra e suas derivações, Leonardo Costa de Paula explica que apelação “significa de início o ato de dirigir a palavra. Mais do que isso, *appellare* significa recorrer da

²⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ainda e sempre a presunção de inocência: sobre a equivocada alegação de não se valoração de provas em recurso especial e extraordinário.** p. 6. Disponível em: https://www.academia.edu/36328874/Ainda_e_sempre_a_presunção_de_inocência_sobre_a_equivocada_alegação_de_não_se_valoração_de_provas_em_recurso_especial_e_extraordinário. Acesso em: 17 mar. 2018.

²⁵² Ao exemplo daquilo que é posto, por exemplo, por: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 32, e também por LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 978.

²⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Volume V, 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 255.

²⁵⁴ BERDICHEVSKY, Adrián. Reposición y apelación. In: MAIER, Julio B. J. Maier; BOVINO, Alberto; CANTÓN, Fernando Díaz. **Los recursos em el procedimiento penal.** 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 122.

sentença, mas também denota, chamar, gritar, convocar. Por sua vez, *appello* (e suas variações) significa dirigir a palavra a alguém como súplica. O termo *apella*, do latim significa o nome de um liberto. Ou seja, estando vinculado àquele que fora libertado, que foi salvo. Não se pode ignorar que por outra maneira de desconstruir a palavra é interessante ressaltar que a + pelar possui outra conotação. O prefixo *a* significa negação enquanto que *pelar* por sua vez é tira a pele. Portanto, ‘apelar’ desconstruído dessa forma é uma negação de tirar a pele, no sentido de que aquele que apela o faz tentando resguardar ou salvar a própria pele²⁵⁵, salvar a própria liberdade e a presunção de inocência.

Para além da análise da etimologia da palavra, existem diversas definições do recurso de apelação, a exemplo daquela dada por Vincenzo Manzini, que considera que a “apelação é um meio de impugnação ordinário, suspensivo, condicionalmente devolutivo e extensivo, que se propõe mediante a declaração de vontade e com ele se impugna no todo ou em parte, por motivos de fato ou de direito, uma decisão de um juiz e se pede um novo juízo total ou parcial ao juiz de segundo grau”²⁵⁶ – definição que acaba sendo compartilhada em certa medida até a atualidade, seja pela doutrina estrangeira²⁵⁷, seja pela doutrina pátria²⁵⁸.

Percebe-se que, de modo uniforme, a doutrina processual penal sempre acaba compreendendo a apelação como o recurso que provoca uma segunda decisão sobre toda a causa²⁵⁹. Ou seja, se está diante da continuidade marcante daquela categoria que classifica recurso de natureza ordinária e de natureza extraordinária, pensados a partir da dicotomia matéria de fato e matéria de direito, a ponto de se afirmar que “constitui a apelação na atualidade de recurso ordinário por excelência”²⁶⁰.

De fato, é a apelação o recurso que promove a reapreciação integral do julgamento anterior, possibilitando que se analise todo o caso penal em sua completude, sem qualquer

²⁵⁵ PAULA, Leonardo Costa de. Os recursos a partir de um sistema acusatório e do estado democrático de direito – a garantia do indivíduo e a legitimidade das partes para recorrer no processo penal. *In*: Leonel González. (Org.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. 1ed. Santiago (CHI): CEJA, 2017, v. 1, p. 214.

²⁵⁶ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954, p. 86. (tradução livre).

²⁵⁷ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 36.

²⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 223/224.

²⁵⁹ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2010, p. 365.

²⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 94. No mesmo sentido ver: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 223.

limitação oriunda da insistente dicotomia vigente em nosso ordenamento penal, que permanece tentando cindir a tipicidade (direito) do fato.

Por isso, há quem defenda que a apelação é um recurso característico de sistemas que não respeitam a imediação e, portanto, se aproximariam muito mais de um processo de natureza inquisitória – processo nitidamente escrito e não oral –, tal como defende Binder ao dizer que: “Em sua evolução histórica, por exemplo, o recurso de apelação – o qual permite que outro tribunal profira um novo veredicto integral sobre o caso – estava ligado a sistemas processuais que não respeitavam totalmente o princípio da imediação”²⁶¹.

No entanto, se observarmos a essência da ideia de recurso, veremos que ela advém mesmo da inquisição – isso já foi demonstrado neste trabalho²⁶² e não pode ser negado. Certamente, em razão disso, por muito tempo permitiu-se a revisão do julgamento sem se preocupar com elementos característicos de um contraditório efetivo (oralidade e imediação), afinal toda a base da ideia de recurso, criada e produzida em sistemas inquisitórios, tem como característica aquilo que Rui Cunha Martins define como um “desamor pelo contraditório”²⁶³, chegando a ponto de se afirmar que o duplo grau de jurisdição “acaba afastando o julgador do contato direto com os acontecimentos e com as partes”²⁶⁴.

Nesse sentido, retorna-se a um problema que já foi objeto de análise no tópico antecedente, pois, para muitos, existe uma contradição entre a apelação e os princípios de oralidade e imediação²⁶⁵, e isso por vezes importaria em uma violação da oralidade e da imediação que ocorrerá com a reapreciação probatória em juízo recursal daquilo que foi colhido e produzido em outra instância²⁶⁶. Seriam o direito ao recurso e o duplo grau de jurisdição garantias que acabam sacrificando outras garantias e princípios de um sistema acusatório? Acredito que a resposta seja negativa.

Nas palavras de Vinicius Vasconcellos: “a conformação do juízo recursal aos ditames constitucionais e convencionais é uma imposição que deve ser buscada, compatibilizando a etapa impugnativa com a oralidade e a imediação, de modo a possibilitar o exercício efetivo

²⁶¹ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 224.

²⁶² Vide o tópico 1.2.

²⁶³ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito**. The Brazilian Lessons. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2 e 13.

²⁶⁴ LASPRO, Oreste N. de Souza. Oralidade e duplo grau de jurisdição. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 40, p. 48-54, jul. 1993. p. 53.

²⁶⁵ POSTIGO, Leonel González. **La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno**. Las audiencias ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Disponível em http://www.cejamericas.org/BoletinNexos/publicaciones/laoralidadenlaetaparecursiva_lgonzale.pdf. Acesso em: 23 mar. 2018, p. 5.

²⁶⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutórias em apelación y casación: principio de intermediación y derecho de defensa. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. 3 época, n. 9 (enero de 2013), págs. 111-142, p. 116.

do direito de defesa para reforço da presunção de inocência. Tal premissa deve ser concretizada considerando-se a função e a essência da fase de juízo recursal, como controle sobre a sentença, o que, inevitavelmente, refletirá na realização dos princípios regentes da estruturação do regime procedimental. Ou seja, deve-se buscar a sua compatibilização e não total exclusão ou essencial fragilização”²⁶⁷.

Aliás, não se pode negar que essa também é uma resposta muito confortável para aqueles que desejam negar amplitude aos recursos como freio ao poder punitivo e, para isso, acabam se socorrendo em um amor quase platônico pela oralidade e imediação, uma corrente protetiva jamais demonstrada em outros momentos da persecução penal.

Resumidamente, como se em todo processo penal não prevalecesse, sem ocasionar problemas, a pouca importância da oralidade e a imediação – o que se verifica desde a colheita de elementos cautelares (submetida ao eufemismo do contraditório diferido incapaz de proporcionar o efeito contração desejado a um pleno contraditório), passando pelo juízo de recebimento da denúncia (escrito e por vezes ainda considerado mero despacho autorizando-se a ausência de fundamentação do *decisum*), elementos da investigação inseridos sem pudor no processo para sua utilização corroborada nos termos do artigo 155 do CPP, até a audiência de instrução e julgamento pretensamente una e com debates orais, mas sempre convertidos em memoriais escritos.

No entanto, no momento em que se pretende reconhecer um instrumento amplo de defesa da liberdade e da presunção de inocência para o acusado condenado, surge a redenção de um contraditório seletivo, que praticamente não existiu em sua plenitude até então, mas que agora precisa ser recuperado. Até o momento, muitos não se importavam e sequer observavam, mas a partir de então, permitir um recurso amplo para a defesa torna-se algo preocupante e, inclusive, violador de direitos fundamentais, por não se observar a oralidade e imediação.

Não pretendo, com isso, atacar o contraditório e sua necessidade de oralidade e imediação. O que se busca é apenas advertir o que pode se esconder atrás de uma defesa da observância do contraditório promovida de forma seletiva, que neste caso tem um fim certo e objetivo, cercear o direito ao recurso ao acusado condenado.

Em contrapartida, fosse verdadeira essa preocupação com o contraditório, oralidade e imediação, a solução seria não apenas possível, como simples, do ponto de vista científico,

²⁶⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal**: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 246 (no prelo).

ainda que encontrasse críticas no prisma prático e operacional, mas bastaria reconhecer meios efetivos para reprodução da prova no juízo recursal, com toda a observância de um contraditório em sua plenitude.

Senão isso, Vinicius Vasconcellos ainda identifica 03 (três) possibilidades de solução a esse conflito aparente: a) a limitação do recurso, vedando a valoração da matéria probatória; b) possibilitar o julgamento dos recursos apenas em juízo rescisório; c) viabilizar a reprodução dos atos probatórios no juízo recursal. Contudo, da análise de todas essas possibilidades, acaba por concluir que se faz necessário possibilitar a reavaliação probatória a partir de um regime procedimental oral que respeite a imediação²⁶⁸.

Também é essa a posição mais recente adotada pelo TEDH (*Dan vs. Moldova*) em que se decidiu que: “Quando um tribunal de apelação é chamado a examinar um caso quanto aos fatos e à lei e a fazer uma avaliação completa da questão da culpa ou inocência do requerente, não pode, com base em julgamento justo, determinar adequadamente essas questões sem uma avaliação direta da prova”²⁶⁹. Nesse sentido, Piero Calamandrei já havia advertido que a apelação produz, em segunda instância, a continuação não somente da fase decisória, mas também da fase instrutória, visando a eliminar não apenas erros no julgamento do juízo *a quo*, mas também deficiências no material instrutório colhido na primeira instância²⁷⁰.

A despeito das críticas que existam quanto a uma possibilidade de reprodução probatória em juízo recursal, no sentido de que repetir não seria controlar²⁷¹, acredita-se que até essa consideração não se demonstra completamente discrepante do que se propõe, inclusive pela já reiterada necessidade de superação da ideia de “controle”.

De fato, repetir não é controlar, é verificar ou reexaminar, e é isso que se propõe. E para essa verificação não se fará necessária a total renovação da colheita probatória em juízo recursal, o que realmente desvirtuaria o sistema que tem em sua essência a concentração da oralidade em primeira instância. No entanto, aqueles elementos probatórios que vierem a ser apreciados em juízo recursal, com o fim de alterar a decisão recorrida precisarão ser objeto de reprodução frente ao juízo recursal, em atendimento a oralidade e imediação.

²⁶⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 256 (no prelo).

²⁶⁹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, Caso *Dan v. Moldova*, j. 05 de outubro de 2011. Disponível em: http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/CASE_OF_DAN_v_MOLDOVA.pdf. Acesso em: 18 mar. 2018. (tradução livre)

²⁷⁰ CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 234.

²⁷¹ HERBEL, Gustavo A. **Derecho del imputado a revisar su condena**. Motivación del fallo y derecho al recurso a través de las garantías constitucionales. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. p. 47.

Talvez seja mais adequado pensar na ideia de “reexame”, tal como proposto por Ferrajoli ao defender que “de fato, reexame quer dizer renovação integral do juízo sobre a questão diante de um juiz distinto”, advertindo ainda que “este é, precisamente, o preço que se deve pagar pelo valor da segunda instância, se queremos salvar a essencial função garantista”.²⁷²

Conclui-se para dizer que o direito fundamental ao recurso não pode ser limitado por aquilo que também é uma garantia fundamental, ou seja, o contraditório (oralidade e imediação). O que se faz necessário é uma convivência harmônica entre esses elementos, já implementada, por exemplo, no Chile. A esse respeito, Leonardo González Postigo concluiu sobre as vantagens inquestionáveis de um sistema oral na fase recursiva, alertando que: “é possível desenhar um regime de recursos coerente com os parâmetros de um paradigma acusatório – entre eles, a centralidade política do julgamento e do processo – e, por outro lado, que a oralidade é o instrumento mais contundente para abrir as brechas fechadas na tradição inquisitiva”²⁷³.

Aliás, nesse ponto, não precisamos de muito para contemplar a imediação e oralidade em um juízo de segunda instância no processo penal brasileiro através do recurso de apelação, considerando a possibilidade de converter o julgamento em diligência e a viabilidade de novo interrogatório do acusado, já previstas nos artigos 616 e 186 do Código de Processo Penal, respectivamente. Sem dúvida, o CPP poderia trazer maiores dispositivos tratando sobre o procedimento instrutório em segunda instância ou nos julgamentos de recursos de uma forma geral, mas isso demonstra que (im)possibilitar o contraditório no juízo recursal é questão muito mais cultural que afeta nossos juízes do que de ausência de previsão legal.

Outras possibilidades de potencialização do contraditório e imediação em juízo recursal seriam facilmente atendidas, por exemplo, no caso de se ter uma perícia já realizada e que, no julgamento de recurso, o Tribunal entenda necessário o esclarecimento pelo perito de outros fatos que não constam no Laudo já elaborado, de sorte que, considerando que o ato já foi realizado, bastaria a apresentação de novos quesitos, sem que com isso fosse necessário novo exame pericial. Quando muito, poderíamos passar a admitir uma nova colheita de depoimento de testemunhas já ouvidas pelo juízo de primeira instância.

²⁷² FERRAJOLI, Luigi. Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia. **Nueva Doctrina Penal**. 1996/B (p. 445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 447.

²⁷³ POSTIGO, Leonel González. **La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno**. Las audiencias ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Disponível em http://www.cejamericas.org/BoletinNexos/publicaciones/laoralidadenlaetaparecursiva_lgonzale.pdf Acesso em: 23 mar. 2018, p. 27.

Por isso, a apelação e os demais recursos que provocam um reexame amplo em atendimento ao duplo grau de jurisdição devem primar pela imediação e oralidade, principalmente, com o fim de evitar que uma decisão absolutória de primeira instância seja revisada para condenar o imputado mediante a valoração de provas sem um contato imediato do magistrado com a colheita e produção desta realizada pelas partes.

Nesse sentido, Letelier Loyola afirma que através da apelação se “alcança o exame do mesmo para a determinação e qualificação dos fatos e da prova, para a fixação e aplicação das normas, sendo este recurso, uma consequência do princípio do duplo grau de jurisdição”²⁷⁴. Assim, em uma tentativa de salvar o tratamento dado à apelação pela doutrina brasileira – que vê na apelação o recurso ordinário por excelência –, acredita-se que em nosso ordenamento a apelação é o recurso que contempla por “excelência” o duplo grau de jurisdição. De modo muito semelhante, Piero Calamandrei dizia que a apelação “é o meio de recurso típico, que, corresponde ao princípio do duplo grau”²⁷⁵.

Isso porque, compreendendo o duplo grau de jurisdição como um segunda análise da condenação em atendimento a dupla conformidade em matéria penal²⁷⁶, existem recursos que servem ao duplo grau de jurisdição e outros que não (por exemplo, o recurso extraordinário). Por sua vez, a apelação é recurso que contempla por excelência o duplo grau de jurisdição, permitindo uma nova e integral apreciação do caso penal, envolvendo todo o seu conteúdo e propiciando, ainda, a reprodução das provas que se fizerem necessárias ou outros meios de manutenção da imediação²⁷⁷, para potencialização do contraditório e das demais garantias fundamentais do imputado.

Nesse sentido, Del Pozzo também reconhece que “em teoria, o recurso criminal pode ser modelado em dois tipos extremos que podem ser definidos pelos conceitos de segunda instância ou de puro julgamento crítico. Sistemáticamente, a graduação da instituição entre os dois polos extremistas pode ser enquadrada na doutrina do efeito devolutivo. É intuitivo que o

²⁷⁴ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 36.

²⁷⁵ CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 233.

²⁷⁶ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 709. LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 160.

²⁷⁷ “Nesse cenário, coloca-se a discussão sobre a possibilidade de utilização de meios tecnológicos de gravação audiovisual dos atos instrutórios, para posterior reprodução, permitindo o controle do Tribunal sobre a prova oral produzida em primeiro grau. Trata-se de tendência internacional para a digitalização de processos e ampliação da utilização de tecnologias na justiça criminal” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal**: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 259).

tipo de segunda instância corresponda a uma plenitude absoluta do efeito devolutivo, no sentido de que a apelação interposta confere ao juiz *ad quem* o poder-dever de reexaminar o procedimento em sua totalidade, tal como feito em primeiro grau, aplicando livremente o direito ao fato, alterando a configuração dos crimes, aplicando as penalidades de forma autônoma e assim por diante”²⁷⁸.

Por derradeiro, quando se fala em duplo grau de jurisdição se está pensando em dois julgamentos, um de primeira instância e um segundo julgamento em grau jurisdicional superior, evidentemente, a segunda instância. Por esta razão Letelier Loyola defende que é a apelação que dá origem à segunda instância²⁷⁹. Ademais, por duplo julgamento entende-se: dois julgamentos que possam analisar todo o caso penal em sua completude, conforme citado acima, sem as limitações oriundas da necessidade de fundamentação vinculada, tal como ocorre com os recursos extraordinários, de modo que se pode afirmar que o recurso de apelação, em nosso ordenamento, é o meio de impugnação adequado à satisfação do duplo grau de jurisdição.

2.1.3 Recurso de Cassação: temos um Recurso e uma Corte de Cassação?

Piero Calamandrei, no mais completo estudo acerca do tema, expõe que a busca nos textos legais pelo instituto da cassação nos conduz à Revolução Francesa, precisamente nos últimos anos do século XVIII, em que a cassação aparece como um direito na França e, posteriormente, é levada para a Itália no século XIX, afirmando ainda que nos séculos precedentes não haveria indícios da existência da cassação como direito²⁸⁰. Isso porque, antes desse período, “o direito republicano não conhecia meio algum de impugnação contra a sentença do juiz”²⁸¹. Ainda nessa contextualização histórica, Gomez Orbaneja manifesta o entendimento de que o recurso de cassação possui, em sua essência, uma relação com a *querela nullitatis* e de forma similar a Calamandrei, relaciona sua origem à instituição francesa do tribunal de cassação²⁸².

²⁷⁸ DEL POZZO, Carlo. **L’Apello nel Processo Penale**. Torino: Unione Tipografico, 1957, p. 66.

²⁷⁹ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 58/59

²⁸⁰ CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo I. Volume I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 26.

²⁸¹ CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo I. Volume I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 40.

²⁸² GOMES ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones S. A., 1981, p. 301. No mesmo sentido: GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO

Para Vincenzo Manzini, o recurso de cassação é meio de impugnação suspensivo, parcialmente devolutivo, que se interpõe à Corte de Cassação, destinado à anulação total ou parcial do julgamento anterior, com reenvio a um novo juízo²⁸³. Por sua vez, Giovanni Leone define o recurso de cassação como meio de impugnação, devolutivo e suspensivo, pelo qual as partes, por motivos especificadamente determinados (taxativos), pedem à Corte Suprema de Cassação a anulação de uma decisão que lhes é desfavorável²⁸⁴. Destaca-se ainda que ambos, Manzini e Leone, definem a cassação como recurso ordinário, em uma visão historicamente ainda envolvida pela compreensão de que os recursos extraordinários serviriam para atacar a coisa julgada, posição de impossível aplicação em nosso ordenamento atual e que já foi objeto de análise neste trabalho.

Além disso, a cassação não propicia uma nova decisão imediata sobre o caso, mas apenas tem o fim de promover seu reenvio para novo julgamento, pois, tal como explica Piero Calamandrei, “o recorrente se dirige, através do juízo de cassação (juízo rescidente) visando obter um novo conhecimento da causa de mérito em sede de reenvio (juízo rescisório)”²⁸⁵, havendo, portanto, uma separação entre juízo rescidente e juízo rescisório.

Prevalece o entendimento de que, na atualidade, o recurso de cassação tem por função predominante salvaguardar as normas de um ordenamento jurídico, promovendo a unificação da jurisprudência e da interpretação e aplicação das normas jurídicas no ordenamento, tal como explicado por Vicente Gimeno Sendra²⁸⁶. Essa unificação é aquilo que Ferrajoli chama de nomofilaquia ou rol nomofilático da cassação, que de fato deve ser visto como uma garantia, ao passo que representa a tendência de promover uma uniformização na interpretação das leis sem, contudo, ser este o valor principal da cassação²⁸⁷.

De certa forma a categoria do recurso de cassação não é perfeitamente adequada ao processo penal e, sobretudo, ao nosso ordenamento jurídico. Primeiramente, o não cabimento da ideia do recurso de cassação, no sentido em que acaba sendo majoritariamente aceita, pode ser identificado a partir da posição de Gomez Orbaneja quando diz que: “O fim da cassação

CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho procesal penal**. 3ª ed. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 739.

²⁸³ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954, p. 155/156.

²⁸⁴ LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1963, p. 180.

²⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 251.

²⁸⁶ GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho procesal penal**. 3ª ed. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 740.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia. **Nueva Doctrina Penal**. 1996/B (p. 445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 446 e 455.

no processo penal – é o mesmo que da cassação no processo civil – é a revisão da aplicação da lei”²⁸⁸. Verifica claramente o tratamento unitário do recurso de cassação servindo para os mesmos fins seja no processo penal, seja no processo civil e, portanto, valendo-se de elementos civilísticos ao processo penal, o que já demonstramos ser descabido, assim como a cisão entre fato e lei (leia-se: fato e direito).

Recorda-se novamente a indispensável lição de Castanheira Neves, que faz compreender a irracionalidade de tentar cindir matéria de fato e matéria de direito também naquilo que se propõe aos recursos, pois “mesmo nos recursos estritamente de cassação, de que pretendia aí tão-só garantir a expressa obediência à lei *em abstracto*. (...) Compreendeu-se, com efeito, que inclusivamente a realização desse fim seria de todo ilusória sem o controle da aplicação concreta que se tivesse feito na lei”²⁸⁹.

Não bastasse, verifica-se ainda uma impropriedade sistêmica do recurso de cassação ao nosso ordenamento jurídico. Pois, tal como demonstrado, a cassação encontra-se fundamentalmente caracterizada por dois elementos: a) trata-se de um recurso que se limita a anular a decisão anterior; e b) será julgado por um Tribunal de Cassação que possui a função específica de anular a decisão anterior, não proferindo um novo juízo para substituir a decisão impugnada. Ocorre que nenhuma destas duas características encontram-se adequadas ao nosso sistema recursal e à sua essência.

Quanto ao primeiro ponto, como bem adverte Leonardo de Paula, “não há o recurso de cassação em solo nacional”²⁹⁰ e o mesmo autor em outro texto chama atenção ao fato de que todo sistema do *Código Rocco* incorporado pela doutrinação de Francisco Campos no Código de Processo Penal de 1941 acabou por não incorporar o recurso de cassação, diferentemente da Itália neste ponto²⁹¹.

Divergimos, contudo, do pensamento que acredita que um Tribunal de Cassação seria demasiadamente importante em vista de sua principal atribuição, que era verificar a violação

²⁸⁸ GOMES ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones S. A., 1981, p. 300. Em idêntica apreciação, Vicente Gimeno Sendra explica que: “o recurso de cassação tem a mesma função e significado no processo penal e no processo civil” (GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho procesal penal**. 3ª ed. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 739).

²⁸⁹ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 524.

²⁹⁰ PAULA, Leonardo Costa de. Os recursos a partir de um sistema acusatório e do estado democrático de direito – a garantia do indivíduo e a legitimidade das partes para recorrer no processo penal. *In*: Leonel González. (Org.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. 1ed. Santiago (CHI): CEJA, 2017, v. 1, p. 211.

²⁹¹ PAULA, Leonardo Costa de. O constitucional sentido da apelação no *In*: **O novo Processo Penal à Luz da Constituição** (análise crítica do projeto de lei no:156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 169.

da lei e a decretação da nulidade²⁹², até porque a nulidade decretada na cassação não se perfaz no reconhecimento do ato nulo em si, limitando-se estritamente à anulação da decisão, atuando como juízo rescidente e, portanto, anulando a decisão do juízo *a quo* e submetendo o caso a um novo julgamento por outro tribunal. Além disso, acreditamos que a nulidade possa ser reconhecida no julgamento de qualquer recurso e por qualquer tribunal, inclusive requerida mediante *habeas corpus*, considerando a adequação da teoria das nulidades a um processo penal democrático e acusatório que demonstra a impossibilidade de convalidação dos atos processuais viciados e a absoluta impropriedade de subordinar a eficácia de um direito fundamental ao lapso temporal de sua arguição²⁹³.

O que de fato existe em nosso ordenamento é uma tradição inquisitória que permeia por todos os ambientes da legislação processual penal e obviamente o sistema recursal não é imune a isso. Exemplificam esse cenário, a espécie de recurso *ex officio* em flagrante violação ao princípio dispositivo e à separação entre as atividades de julgador e acusador, do mesmo modo a evidente disparidade de armas instaurada nas hipóteses de cabimentos de recursos que pode ser verificada a partir da análise do rol taxativo²⁹⁴ do artigo 581 do CPP, que prevê o cabimento de recurso em sentido estrito contra diversas decisões que beneficiam o imputado²⁹⁵ e, em contrapartida, não se prevê recurso adequado para as mesmas decisões se proferidas em desfavor do imputado²⁹⁶. Notadamente, esse desequilíbrio não se demonstra adequado em um pretense sistema acusatório, mas somente em um sistema de essência inquisitória e que privilegia o acusador em face ao imputado.

Neste e em outros casos, em razão da ausência da previsão legal de um recurso oportuno, para impugnar as decisões acaba-se interpondo a ordem de *habeas corpus*²⁹⁷. Sem

²⁹² PAULA, Leonardo Costa de. O constitucional sentido da apelação no *In: O novo Processo Penal à Luz da Constituição* (análise crítica do projeto de lei no:156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 170/171.

²⁹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 347/348.

²⁹⁴ Nesse sentido: STJ, REsp 1.628.262/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 13/12/2016.

²⁹⁵ Tais como as decisões de: rejeição da denúncia (art. 581, I, CPP); revogação da prisão preventiva, liberdade provisória ou relaxamento da prisão em flagrante (art. 581, V, CPP); extinção da punibilidade (art. 581, VIII, CPP), todas benéficas ao imputado e passíveis de impetração de recurso em sentido estrito.

²⁹⁶ A título de exemplo, vale observar a decisão de rejeição da denúncia que pode ser objeto do recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, inciso I do CPP, e, por sua vez, o recebimento da denúncia que é decisão prejudicial ao imputado – pois, marca o início do processo penal (transformando o sujeito em acusado) e interrompe o prazo prescricional previsto no art. 117, I do CP (o que evidencia afetação sobre a própria punibilidade) – não possui previsão legal do cabimento de recurso em sentido estrito ou de qualquer outro recurso em seu desfavor.

²⁹⁷ Gustavo Badaró esclarece que: “Da decisão que recebe a denúncia ou queixa, em regra, não cabe recurso. O acusado poderá se valer do *habeas corpus* para o trancamento da ação penal, nos casos de inépcia da denúncia, de falta de condição para a ação penal, ou de falta de justa causa” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 256).

dúvida, a constante utilização do *habeas corpus* cresce ao mesmo passo das desmedidas violações de preceitos acusatórios e aos obstáculos que se colocam a apreciação de recursos interpostos pela defesa²⁹⁸. Lenio Streck fala em um uso amplo e quase heterodoxo do *habeas corpus* que “em face das contingências do emaranhado recursal de *terrae brasilis*, foi transformado no atalho para resolver problemas sistêmicos”.

Tendo por corolário a ampla defesa – que é o norte em nossa ideia do direito fundamental ao recurso –, é sempre válido lembrar aquilo que ensina Jacinto Coutinho ao analisar o uso do *habeas corpus* como substitutivo recursal²⁹⁹: “em face da CR o *habeas corpus* pode ter função substitutiva e é conveniente à cidadania, hoje, que, diante dos casos concretos, tenha, de modo que a volta ao seu lugar de origem, como se tenta fazer e se tenda a conseguir, é um retrocesso imenso que se não deve sustentar, pelo menos enquanto não se tem uma reforma global do CPP, com sua adesão ao sistema acusatório”³⁰⁰.

Não se pode olvidar que por vezes o *habeas corpus*, em face do cabimento de liminar, atinge o efeito em favor da liberdade com mais celeridade do que a impetração de recursos, no entanto, essa é mais uma evidência da fragilidade de nosso sistema recursal que não prevê o cabimento de pedido liminar e via de regra não outorga o efeito suspensivo aos recursos. No entanto, isso não é um motivo idôneo para aceitar a fragilidade de nosso sistema recursal em prol do imputado, pois a essência do *habeas corpus* deve continuar sendo destinada como medida impugnativa de atos que tenham afetação direta sobre a liberdade do Paciente, em resumo, para fazer cessar prisões ilegais.

Além disso, como bem se sabe, o *habeas corpus* não possibilita a produção probatória exigindo a apresentação de provas pré-constituídas, e por vezes não será possível a constituição da prova sem dilação probatória, fato que se demonstra prejudicial à defesa, além de violar os critérios já expostos de um contraditório em sua plenitude com o respaldo da oralidade e a imediação no julgamento dos recursos. Tal como já foi alertado, necessitamos de uma Teoria Geral dos Recursos do Processo Penal, propiciando a reformulação de todo sistema recursal pensado de acordo com um processo penal acusatório e, portanto, observando critérios de separação das funções, paridade de armas, e o devido processo legal com contraditório e ampla defesa, tudo isso com objetivo de fortalecimento do direito fundamental ao recurso.

²⁹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O HC no Sistema Processual Penal Brasileiro Hoje. O problema da substituição recursal. **Revista Eletrônica – Curso de Direito PUC-Minas**, Belo Horizonte, n. 7, 2013, p. 14.

²⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Coleção o que é isto. Vol. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 24 e 28.

³⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O HC no Sistema Processual Penal Brasileiro Hoje. O problema da substituição recursal. **Revista Eletrônica – Curso de Direito PUC-Minas**, Belo Horizonte, n. 7, 2013, p. 18.

O segundo ponto que revela a inadequação da cassação ao nosso ordenamento está relacionado ao fato de que na estrutura do Poder Judiciário brasileiro inexistente a figura de um Tribunal de Cassação, ainda que com outro nome. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem evidente distinção para com um verdadeiro Tribunal de Cassação, que consiste no fato de que nossos tribunais atuam sempre em juízo rescidente e juízo rescisório, ou seja, em caso de procedência do recurso, não apenas desconstituem a decisão recorrida (juízo rescidente) como também proferem uma nova decisão para o caso (juízo rescisório) e, tal como visto, os tribunais de cassação limitam-se a anular a decisão do juízo *a quo* sem proferir uma nova decisão sobre o caso, agindo, portanto, como mero juízo rescidente.

Isso afeta a própria organização do Poder Judiciário, pois, em regra, fala-se apenas em duas instâncias, daí vem a ideia de “duplo” grau de jurisdição, mas, considerando que STJ e STF proferem nova decisão, isso leva alguma parte da doutrina afirmar que esses tribunais seriam, respectivamente, uma terceira e quarta instância³⁰¹ cooperando para o conclave de que os recursos são o vilão da procrastinação dos processos em nosso ordenamento.

Demasiadamente errônea a visão que compreende STJ e STF como terceira e quarta instância apenas pelo fato de julgarem o caso proferindo nova decisão. Piero Calamandrei já havia feito essa advertência³⁰², porque, a despeito de realizarem juízo rescidente e juízo rescisório, são tribunais que, ressalvados os casos de competência originária, somente apreciam recursos de fundamentação vinculada – o recurso especial e o recurso extraordinário, respectivamente –, o que permite afirmar que não é livre e nem sempre se fará possível a interposição de tais recursos, ainda que previsto o seu cabimento contra a decisão. O mesmo não pode ser dito sobre duplo grau de jurisdição que figura, ao nosso ver, como *conditio sine qua non* para aplicação da pena e é atendido a partir de uma segunda instância. O que não significa que estamos aceitando a injustificável posição de que o juízo de mérito se encerra na segunda instância, tal como feito pelo STF no julgamento do HC 126.292/SP (voltaremos a essa análise posteriormente).

Por isso, partindo da premissa que ignora a impossível cisão entre matéria de fato e matéria de direito, bem como aderindo à ideia de que no processo penal o recurso é direito fundamental do imputado, a adoção de um recurso de cassação demandaria não somente a

³⁰¹ Castanheira Neves releva que por vezes chegaram a considerar os tribunais de cassação, no julgamento de uma segunda cassação que fugindo a característica da espécie aplicavam o direito a causa em atuação de juízo rescisório, como terceira instância (CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 525).

³⁰² CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 252.

criação de um tribunal de cassação ou a alteração da competência do STJ e STF, permitindo que esses tribunais exercessem apenas a anulação da decisão recorrida, submetendo o caso a novo julgamento por outro tribunal, mas, para além disso, seria preciso reconhecer a cassação na linha proposta por Ferrajoli como um *juízo sobre o juízo* reconhecendo que o “juízo sobre o juízo (ou seja, sobre a motivação) é algo menos e ao mesmo tempo algo mais que o juízo sobre o fato (o juízo de mérito) (...)”³⁰³. E, nesse sentido, seria *menos* porque possui, de certa forma, uma fundamentação vinculada e não se trata de recurso ilimitado e de fundamentação livre como a apelação, e *mais* porque agindo como *juízo sobre o juízo* terá condições de analisar toda matéria do caso penal, assim como feito pelo juízo de apelação, acrescido ainda da análise da decisão do juízo *a quo*, verificada a motivação e outros pontos dessa decisão (por exemplo, a valoração da prova).

Nesse sentido, a cassação poderia se aproximar de um recurso “formalmente suficiente para cumprir com a exigência do Pacto”³⁰⁴, ou seja, suficiente para atender ao duplo grau de jurisdição, sobretudo, nos casos em que através do julgamento de um recurso de apelação ocorra a alteração de uma decisão absolutória para condenar o acusado, neste caso somente a ampla revisão pelo Tribunal de Cassação de toda a matéria apreciada pelo juízo *a quo* que julgou apelação terá o condão de possibilitar o verdadeiro significado da garantia do duplo grau de jurisdição³⁰⁵.

Por essa ideia de juízo sobre o juízo, o reexame promovido pelo recurso de cassação propicia a possibilidade de que o Tribunal de Cassação analise todo o caso penal (fato-direito) a partir da decisão do juízo *a quo*, ou seja, nos limites do que foi decidido naquele tribunal, algo que se demonstra adequado a um sistema acusatório impedindo, por exemplo, a alteração da conduta típica imputada pelo Tribunal, o que ainda se verifica possível na nossa legislação (artigo 617 do CPP) enraizada sob um sistema com contornos nitidamente inquisitórios e de origem fascista, sem que isso seja objeto de um duplo grau de jurisdição.

³⁰³ FERRAJOLI, Luigi. Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia. **Nueva Doctrina Penal**. 1996/B (p. 445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 450.

³⁰⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutórias em apelación y casación: principio de intermediación y derecho de defensa. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. 3 época, n. 9 (enero de 2013), págs. 111-142, p. 115.

³⁰⁵ Esse ponto será retomado no tópico 3.4.3 do trabalho.

2.2 Os efeitos recursais

Os efeitos recursais são as consequências que decorrem direta e imediatamente da mera interposição do recurso em desfavor de uma decisão, por isso Manzini adverte que o efeito das impugnações não pode se confundir com os efeitos das providências provocadas por elas³⁰⁶.

A ausência de uma Teoria Geral dos Recursos do Processo Penal, novamente, implica em prejuízos na análise dos efeitos recursais, pois é evidente a ausência de uma completa sistematização dos efeitos recursais no Código de Processo Penal, sobretudo nas disposições gerais onde deveriam se determinar parâmetros comuns a todas as espécies recursais. Assim, os efeitos dos recursos processuais acabam diluídos ao longo da legislação extravagante e, por vezes, socorrendo-se ao Código de Processo Civil, o que nas palavras de Fauzi Hassan Choukr acaba “dificultando o intérprete numa análise global quer normativa, quer culturalmente, do Código”³⁰⁷.

Em regra, a doutrina processual penal descreve a existência de 03 (três) efeitos recursais: devolutivo, suspensivo e extensivo. Serão objetos de análise específica neste trabalho apenas os dois primeiros, em razão da importância relacionada à proposta de reconhecimento de um direito fundamental ao recurso. Até porque o efeito extensivo, previsto no artigo 580 do CPP, tal como explica Gustavo Badaró, trata-se, em verdade, de um “efeito devolutivo, com uma amplitude diversa, pois devolvendo o conhecimento de toda matéria, inclusive em relação aos corréus não recorrentes, permitirá que a decisão aplicada ao recorrente possa se estender aos não recorrentes”³⁰⁸, sendo, por isso, dispensável uma maior investigação específica sobre o tema para os fins deste trabalho³⁰⁹. Passamos, portanto, à análise do efeito devolutivo e suspensivo dos recursos.

³⁰⁶ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954, p. 7.

³⁰⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Vol. 2. 7ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 362.

³⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 194.

³⁰⁹ Aury Lopes Jr. faz uma importante advertência acerca do efeito extensivo, que intitula de extensão subjetiva dos efeitos dos recursos: “a extensão subjetiva jamais se dá quando o recurso é do acusador, ou seja, se o Ministério Público recorrer da decisão apenas em relação a um dos corréus, o acolhimento desse recurso não alcançará os demais que não foram, dele, objeto de impugnação” (LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 996).

2.2.1 Efeito devolutivo: devolve para quem nunca foi?

Quando se fala em efeito devolutivo, é possível pensar na existência de uma regra de devolutividade que diz respeito ao encaminhamento da matéria impugnada que será apreciada por um órgão hierarquicamente superior, ou seja, aquilo que será submetido (“devolvido”) para uma reapreciação. Para Carnelutti, “a fórmula do efeito devolutivo quer dizer que a cognição da matéria sobre a qual o juiz *a quo* julgou é devolvida ao juiz *ad quem*”³¹⁰. Nas palavras de Beling, é o efeito devolutivo dos recursos que abre uma nova instância (superior)³¹¹. Isso leva Del Pozzo a afirmar que, dentre o catálogo de efeitos recursais, o devolutivo é o mais relevante³¹². Afinal, tal como explica Aury Lopes Jr., “toda impugnação produz efeito devolutivo, mas este pode ser mais ou menos completo segundo o recurso se refira a toda decisão ou somente a alguma parte dela”³¹³, que nada mais é do que a representação do *tantum devolutum quantum appellatum*³¹⁴.

A partir dessa ideia da extensão da devolutividade de acordo com a extensão da matéria impugnada, devolução total ou parcial³¹⁵, Francesco Mauro Iacoviello faz importante ponderação ao dizer que “o efeito devolutivo cria uma preclusão de tudo aquilo que não é devolvido”³¹⁶, ou seja, tornar-se-ia indiscutível a matéria que não foi objeto do recurso, inclusive, podendo se afirmar a ocorrência da coisa julgada sobre determinada matéria não impugnada, de modo que os julgadores do recurso não possam decidir sobre todo o conjunto

³¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Vol. 4. 1 ed. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 158.

³¹¹ BELING, Ernst. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1943, p. 233.

³¹² DEL POZZO, Carlo. **Le impugnazioni penali**; parte generale. Padova: CEDAM, 1951, p. 444.

³¹³ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 982. No mesmo sentido Manzini afirma que: “A apresentação de uma impugnação devolve toda ou parcialmente o juízo relativo a providência impugnada para a competência funcional do juiz dessa impugnação. Toda impugnação, portanto, produz o efeito devolutivo, mas este pode ser mais ou menos completo segundo o que a impugnação se refere” (MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954, p. 11). Por sua vez, Gustavo Badaró elucida que “O efeito devolutivo é inerente a todo recurso. Recorre-se para que a decisão que causa gravame ao recorrente seja revista, analisada novamente, e corrigida em seu benefício. Assim, a devolução do conhecimento da matéria impugnada a outro órgão é o objetivo de todos os meios de impugnação” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 180).

³¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 183.

³¹⁵ “Devolução total diz-se, pois, não já quando ao juiz *ad quem* seja devolvida a matéria inteira sobre a qual julgou o juiz *a quo*, e parcial, por sua vez, quando lhe seja devolvida somente uma parte dela. (CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Vol. 4. 1 ed. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 159).

³¹⁶ IACOVIELLO, Francesco Mauro. **La Cassazione Penale**: fato, diritto e motivazione. Milano: Giuffrè Editore, 2013, p. 839.

do caso penal e tudo aquilo que foi produzido no devido processo penal, mas, somente, sobre aquela matéria que fora especificadamente impugnada no recurso.

Parece correto afirmar que essa ideia decorre do princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*), que “impossibilita o juiz julgar além, fora ou aquém do que foi imputado ao acusado na peça inicial” e, segundo Jacinto Coutinho, além de característica do sistema acusatório, é um dos pressupostos para um processo penal democrático³¹⁷. No entanto, aquilo que se pensa como regra de devolutividade em respeito à necessária inércia jurisdicional, pode vir a prejudicar direitos fundamentais do acusado ao limitar a decisão sobre o recurso, indo em contramão a toda a essência do processo penal como uma garantia em si mesmo³¹⁸, de titularidade do acusado, atuando para o controle³¹⁹ e limitação do poder punitivo³²⁰. Por isso, concordamos com aqueles que defendem que, no processo penal, o *tantum devolutum quantum appellatum* não atinge o recurso da defesa, não podendo criar óbice ao reconhecimento de matérias favoráveis ao acusado³²¹, sendo aplicável somente aos recursos acusatórios.

Pode se dizer que a jurisprudência pátria coaduna com esta compreensão a partir da observância ao enunciado da Súmula 160 do STF que dispõe ser nula a decisão que reconhece nulidade contra o réu e que não foi arguida no recurso de acusação³²². Notadamente, a regra de devolutividade está relacionada à vedação da *reformatio in pejus* (artigo 617 do CPP)³²³, que além de impedir qualquer majoração à situação do imputado quando sequer foi interposto recurso pela acusação, também impede que o julgamento do recurso acusatório agrave a situação do imputado para além dos estritos limites do que foi pedido no recurso da acusação. Em contrapartida, inexistente vedação expressa para a melhoria da situação da pessoa imputada³²⁴.

Nessa mesma linha, há quem reconheça o afastamento, no caso em concreto, da regra de devolutividade *tantum devolutum quantum appellatum* pela existência de um princípio da *reformatio in melius* que permitiria a apreciação de matéria não impugnada pelo recurso

³¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, p. 163-198, 1998, p. 178.

³¹⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. No prelo.

³¹⁹ MELCHIOR, Antonio Pedro. **A teoria crítica do processo penal**. Rio de Janeiro, 2016, p. 28/29. Disponível em <http://www.antoniopedromelchior.adv.br/wp-content/uploads/2015/05/a-teoria-critica-do-processo-penal.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2017.

³²⁰ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 954.

³²¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 679.

³²² Nesse sentido: STJ, REsp 628.971/PR, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, j. 16/03/2010.

³²³ A vedação da *reformatio in pejus* será objeto de maior análise no tópico 3.3.3.

³²⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 679.

interposto em favor do acusado, sempre que isso trouxer benefício a sua defesa³²⁵. Também por isso, no caso dos recursos subdivididos em interposição do recurso e razões recursais (como é o caso da apelação), ainda que Leone afirme que as razões têm “a função de interpretar o ato declarativo de impugnação, seja no que concerne ao âmbito de extensão, seja no que concerne as razões em que se funda o pedido de reforma ou anulação”³²⁶, preferimos aderir à posição de Fauzi Hassan Choukr que acredita que, alheio às razões recursais, a peça exordial do recurso, ou seja, a petição de interposição é quem determina o objeto do recurso, pois, com as razões ou sem elas os autos serão remetidos e apreciados pela instância superior. O mesmo deve valer para o caso de recurso carente de uma completa fundamentação, que nem por isso poderá deixar de ser apreciado, sobretudo para o reconhecimento de questões benéficas ao imputado, em face da *reformatio in melius*. Isso é o mesmo que dizer que o *tantum devolutum quantum appellatum* como regra de devolutividade se aplica ao recurso acusatório, mas não ao recurso do imputado, devendo sempre ser observada, em qualquer recurso, a possibilidade de *reformatio in melius*³²⁷.

Quanto à profundidade do efeito devolutivo dentro do plano horizontal, Gustavo Badaró defende a maior amplitude possível no plano vertical da matéria devolvida, não ficando o juízo *ad quem* limitado ao capítulo ou ao ponto devolvido³²⁸. Do mesmo modo, Guilherme Madeira defende que o julgador não ficará limitado aos argumentos apresentados pelas partes, esclarecendo que o efeito devolutivo é limitado em sua extensão apenas, mas não em sua profundidade³²⁹. Notadamente, a profundidade também deve ser interpretada a partir da vedação da *reformatio in pejus*, o que acaba por ser confirmado pelo entendimento jurisprudencial³³⁰.

Percebe-se que o efeito devolutivo está intimamente relacionado com o duplo grau de jurisdição, tal como explica Juan Montero Aroca, na medida em que “o segundo exame e a

³²⁵ DEZEM, Guilherme. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.015.

³²⁶ LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2ª ed. Napoli: Jeove, 1951, p. 334.

³²⁷ Nesse sentido é a lição de Carnelutti, inclusive, relacionando a vedação da *reformatio in pejus* ao princípio *favor rei*. CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Vol. 4. 1 ed. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 160/161.

³²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 185.

³²⁹ DEZEM, Guilherme. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.015.

³³⁰ “Prevalece nos Tribunais Superiores a compreensão de que, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa, é possível o refazimento da dosimetria de pena imposta ao condenado, desde que não modificada a quantidade de sanção imposta, sem que tal procedimento caracterize a indevida *reformatio in pejus*. Precedentes do STJ e do STF” (STJ, HC 298162/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04/11/2014).

decisão têm que ser realizados por um órgão distinto do que efetuou o primeiro, o que supõe que o efeito devolutivo é consubstancial com o duplo grau de jurisdição ou instância”³³¹.

Por fim, é importante lembrar, a partir da lição de Julio B. Maier, a íntima ligação dos recursos com a ideia de delegação do poder jurisdicional aos juízes inquisidores³³² por aquele que governava a administração da justiça – o monarca ou o Papa – sendo-lhe posteriormente devolvida a jurisdição delegada. O fruto dessa organização política é o que chamamos hoje de efeito devolutivo dos recursos, como ideia de controle do poder delegado pelo monarca absoluto³³³, o que evidencia, claramente, a raiz inquisitiva da ideia de efeito devolutivo³³⁴.

Assim, também se percebe a incoerência de intitular de efeito devolutivo, atualmente, ao menos em nosso ordenamento jurídico, pois a ideia de devolução do poder jurisdicional delegado é mais um elemento que se demonstra completamente inapropriado. Nesse sentido, Gustavo Badaró faz importante ponderação que, inclusive, nos motiva na denominação deste tópico:

Sendo a regra o órgão competente para julgar o recurso é distinto e hierarquicamente superior ao órgão que proferiu a decisão recorrida, o recurso a ele nada devolve. Ao contrário, *atribui*, pela primeira vez, o conhecimento da matéria. O juiz conhece e decide, sentenciando o feito. A apelação, não devolve, mas *atribui* ao tribunal, aquela matéria que até então só era de conhecimento do juiz.³³⁵

De modo muito similar, trocando a ideia de *atribuição* por *envio*, Eduardo Couture já havia advertido que não existe propriamente uma devolução, mas sim um envio para a revisão³³⁶. De fato, o que existe aqui ao se intitular de “efeito devolutivo” é mais uma daquelas adoções, impensadas e descomedidas, de conceitos de origem inquisitória, sem a necessária fundação de uma Teoria Geral dos Recursos do Processo Penal ou ao menos uma adequação dos elementos para o processo penal democrático e acusatório.

A despeito de tudo que foi visto acerca do ainda intitulado “efeito devolutivo”, ainda que exista hierarquia entre os órgãos jurisdicionais (juízo *a quo* e juízo *ad quem*), não mais

³³¹ MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 176.

³³² Cujá análise remonta a origem dos recursos debatida no tópico 1.2 deste trabalho.

³³³ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 453 e 706.

³³⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Vol. 2. 7ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 362.

³³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 164.

³³⁶ COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buens Aires: Depalma, 1951, p. 366.

existe, em regra, em nosso ordenamento a jurisdição delegada³³⁷, ou seja, delegação de poder jurisdicional de um órgão superior a outro inferior para o julgamento do feito, sendo posteriormente devolvido o poder de julgamento a partir de recursos, sobretudo, se pensarmos que a jurisdição é uma e o que existe é uma distribuição de competência nos termos da norma constitucional e das leis infraconstitucionais.

Isso por si só não impede a manutenção de tudo aquilo que foi pensado para o “efeito devolutivo”, da forma com que foi demonstrado neste tópico, com exceção dessa ideia de devolução, substituindo, portanto, a alcunha “devolutivo” por efeito de *envio* ou efeito de *distribuição*. Notadamente, não se trata de simples fetichismo à nomenclatura, mas justifica-se, principalmente, porque a ideia de jurisdição delegada e sua devolução demandava o controle da decisão independente de algum erro ou injustiça na decisão, inclusive diante da decisão absolutória, pois o controle era obrigatório e procedia de ofício³³⁸ o que, visto genericamente e colocado como regra evidencia sua inadequação ao sistema acusatório.

2.2.2 Efeito suspensivo: uma (re)leitura do efeito suspensivo no processo penal como ponto de enfrentamento à execução antecipada de pena

Tornou-se um grande ponto de divergência e incompreensão, sobretudo em razão da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP e das liminares das ADCs 43 e 44³³⁹, a atribuição de efeito suspensivo aos recursos no processo penal, inclusive sendo este um dos argumentos relevantes para determinar a (im)possibilidade ou não da execução antecipada de pena após a condenação em segunda instância³⁴⁰. Para Giovanni Leone, o efeito suspensivo “suspende a execução da decisão impugnada”³⁴¹, por sua vez Carnelutti fala em eficácia suspensiva da impugnação para explicar que é a impugnação, que por si só, suspende a execução da decisão impugnada³⁴².

³³⁷ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 707.

³³⁸ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 707.

³³⁹ Sobre o tema da execução antecipada ver tópicos 2.2.2.1 e 2.2.2.2.

³⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **HC 126.292/SP**, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, publicado em 17/05/2016, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf> Acesso em: 10 abr. 2018, p. 2 e 10.

³⁴¹ LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1963, p. 19.

³⁴² CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Vol. 4. 1 ed. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 157.

Diferentemente do efeito devolutivo, nem todos os recursos no processo penal possuem efeito suspensivo. Isso ocorre, fundamentalmente, pelo tratamento unitário que decorre sempre da Teoria Geral dos Recursos. A título de exemplo, o recurso de apelação somente passou a ter efeito suspensivo após alteração do artigo 594 (pela Lei n. 11.719/2008) e do artigo 393 (pela Lei n. 12.403/2011)³⁴³, que de forma inconstitucional condicionavam o direito fundamental ao recurso ao recolhimento a prisão, que funcionava como condição para interpor apelação em desfavor de sentença condenatória³⁴⁴.

Por sua vez, a ausência de efeito suspensivo nos recursos de natureza extraordinária, ocorre em virtude do artigo 27, §2º, da Lei n. 8.038/90, atualmente substituído pelos artigos 995 e 1.029, §5º, do CPC/2015, que ao tratarem dos recursos especial e extraordinário determinam como regra apenas a atribuição de efeito devolutivo. Ademais, o Código de Processo Penal em seu artigo 637 é expresso em impor a inexistência de efeito suspensivo ao recurso extraordinário. Por sua vez, o Projeto de Lei n. 8.045/2010 é omissivo quanto ao ponto, mas determina, em seu artigo 498, a execução antecipada de pena após o julgamento colegiado e, portanto, também não prevê atribuição de efeito suspensivo a tais recursos.

Durante décadas, o hoje revogado artigo 27, §2º, da Lei n. 8.038/90, que disciplinava a atribuição de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária, foi aplicado ao processo penal – e assim continua sendo com os artigos 995 e 1.029, §5º do CPC/2015 –, propiciando que acusados fossem presos de forma automática após o acórdão condenatório de segunda instância e, portanto, sem fundamentos de cautelaridade, mesmo na pendência de julgamento de recurso especial ou extraordinário, e na carência de um título executivo definitivo, em afronta à regra do *nulla executio sine titulo*. Isso é resultado de uma leitura reducionista do binômio prisão-efeito recursal³⁴⁵.

Obviamente, se está diante de mais uma herança maldita da Teoria Geral do Processo³⁴⁶ e neste caso da não menos civilista Teoria Geral dos Recursos. Sobre o tema,

³⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 188.

³⁴⁴ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Breves considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (coord.). **Política Criminal Contemporânea**. p. 285-303. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 297.

³⁴⁵ LOPES JR. Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2017, p. 139.

³⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 28. No mesmo sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de jurisdição na justiça criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. Estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, pg. 221 e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Direito fundamental ao recurso no processo penal**: uma crítica concepção bilateral da impugnação. Revista Justiça e Sistema Criminal. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 184.

Gustavo Badaró e Aury Lopes Jr. em Parecer elaborado ao julgamento do HC 126.292/SP esclareceram que o “art. 995 do novo Código de Processo Civil, não é aplicável ao processo penal, por desconsiderar suas categorias jurídicas próprias. Há que se compreender que o problema (de se prender antes do trânsito em julgado e sem caráter cautelar) não se reduz ao mero problema de ‘efeito recursal’. É da liberdade de alguém que se está tratando e, portanto, da esfera de compressão dos direitos e liberdades individuais, tutelados – entre outros princípios – pela presunção de inocência”³⁴⁷.

Importa esclarecer que, não precisávamos da aplicação da Lei n. 8.038/90, assim como não precisamos da aplicação do novo Código de Processo Civil para disciplinar a atribuição de efeito suspensivo no processo penal. Isso porque, quando necessário, o próprio Código de Processo Penal disciplinou a atribuição de efeito suspensivo, e no que tange ao mérito da decisão condenatória, o artigo 5º, LVII da CF/88 prevê a presunção de inocência até o trânsito em julgado e, portanto, condiciona a execução da pena a este mesmo momento processual. Essa conclusão decorre da interpretação da presunção de inocência como norma de tratamento³⁴⁸ que está relacionada diretamente com a figura do imputado. Trata-se do dever de tratar todo cidadão como inocente durante todo o curso da persecução penal. Assim, Maurício Zanoide afirma que “garante-se que os efeitos de uma eventual decisão condenatória somente sejam aplicados após o seu trânsito em julgado. Nessa linha, violam a presunção de inocência como ‘norma de tratamento’ todos os dispositivos legais que, de forma absoluta e apriorística, imponham antecipação de qualquer espécie de sanção que, *prima facie*, somente adviria por força de decisão condenatória definitiva”³⁴⁹.

A presunção de inocência como dever de tratamento impõe a obrigação incontroversa de tratar todo sujeito investigado, denunciado, acusado (réu) ou mesmo condenado sem trânsito em julgado, como inocente, e disso se extraem duas regras: a impossibilidade de prisões automáticas no curso do processo (somente se permitindo prisões cautelares) e a

³⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 28.

³⁴⁸ Preferimos adotar o termo “dever de tratamento”, utilizado pelo Prof. Aury Lopes Jr. (LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94) dando ênfase à imposição destinada ao magistrado, pois conforme já demonstramos acredita-se que a presunção de inocência por si só já é “norma”, regra que garante o estado de inocência.

³⁴⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 427.

vedação da imposição de pena ou de sua antecipação no curso do processo.³⁵⁰ Portanto, não se nega a possibilidade de se prender após a decisão condenatória de 2ª instância. Aliás, é possível restringir a liberdade do imputado muito antes, com a mera investigação (artigo 311 CPP e artigo 1º da Lei n. 7.960/89), desde que tal prisão seja cautelar (preventiva ou temporária). Diferentemente, no caso da execução antecipada de pena, a prisão não pode ser considerada como consequência do efeito recursal, mas sim, como um tangenciamento da liberdade, da presunção de inocência e do trânsito em julgado em matéria penal.

O reconhecimento do direito fundamental ao recurso como garantia processual do imputado³⁵¹ – e isso decorre da presunção de inocência, do direito à liberdade e de todo o viés protetivo que o processo penal deve ter em proteção do débil –, por si só é o suficiente para que se atribua efeito suspensivo aos recursos que impugnam decisões desfavoráveis ao imputado. Isso porque, sendo uma garantia, sua função em essência é limitar a atuação do poder punitivo em desfavor do débil e, neste caso, a forma de limitar o poder punitivo é não permitindo (leia-se, suspendendo) a execução da decisão prejudicial ao acusado.

A partir dessa compreensão, é coerente seguir a lição de Piero Calamandrei ao defender que a própria nomenclatura “efeito suspensivo” não é muito exata, pois “a suspensão da executoriedade não encontra sua origem na efetiva interposição de um recurso, senão, pelo contrário, é consequência natural do estado de condicionalidade em que o pronunciamento nasce, não de última instância”³⁵². Do mesmo modo, amparado nas lições de Pontes de Miranda, Gustavo Badaró também vai dizer que: “Não é o recurso que suspende a eficácia da decisão, mas sim a recorribilidade, isso é, a simples possibilidade de interposição do recurso, que impede que o ato produza seus efeitos desde logo. A interposição do recurso prolonga a condição de ineficácia da decisão”³⁵³. No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. acerta ao dizer que “não há que se desconsiderar que todo e qualquer recurso impede que a decisão faça coisa julgada formal (e, portando, também material)”³⁵⁴.

Piero Calamandrei, após uma fiel revisão as ideias de Ugo Rocco e Mortara, que acreditavam que a sentença recorrível seria ato jurídico perfeito submetido a revogação e a

³⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 12.

³⁵¹ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 708.

³⁵² CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 217.

³⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 189.

³⁵⁴ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 982.

condição resolutiva a partir do recurso, conclui que a sentença recorrível tem todos os requisitos essenciais de um ato jurisdicional existente, mas não possui condições de eficácia – mais precisamente, eficácia executiva –, pois está submetida a uma condição legal suspensiva negativa de que “não se pronuncie uma nova sentença” e é isso que impossibilita seus efeitos, ou seja, sua execução antecipada é impossível pela falta de condição de eficácia que somente será obtida quando não houver possibilidade de um novo pronunciamento sobre o caso no mesmo processo³⁵⁵.

De forma análoga, Grinover, Antonio Magalhães e Scarance ao comentarem de forma geral sobre a natureza da decisão sujeita a recurso, acabam reconhecendo que “mesmo antes de ser interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de lhe estar sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas prolonga a referida ineficácia, que cessará se o recuso não vier a ser interposto”, esclarecendo ainda que “o recurso suspende toda eficácia (e não apenas a eficácia executiva da sentença condenatória)”³⁵⁶.

Em resumo, uma decisão que ainda pode ser impugnada no mesmo processo possui condições de existência enquanto ato jurisdicional, possui condições de validade até que se prove sua ilegalidade ou algum vício, mas não possui condição de eficácia, pois sua eficácia está condicionada à impossibilidade de ser substituída por outra decisão, o que ainda não existe quando a decisão pode ser objeto de recurso. Contudo, chama muita atenção que o tema da eficácia da decisão não tenha sido discutido e sequer possua referência em qualquer um dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP, notadamente por ser uma questão de muita importância no debate de um tema de suma relevância, na mais alta Corte do nosso país, que foi simplesmente ignorada.

Concluindo, Aury Lopes Jr. adverte que “muito mais do que a categoria processual de ‘efeito recursal’, o que está em jogo é a eficácia da garantia constitucional da presunção de inocência”³⁵⁷. Por isso, Nereu Giacomolli, reconhecendo as diferenças entre a esfera cível e penal, manifesta ser:

Sem adequação constitucional os limites estabelecidos no que tange à inexistência do efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário no STJ e STF em se tratando de restrição a direitos fundamentais, ademais de compelir o condenado a cumprir imediatamente a sanção criminal, antes do

³⁵⁵ CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 215.

³⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45/46.

³⁵⁷ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 984.

trânsito em julgado, em afronta ao estado de inocência (Art. 5º, LVII, CF). Trata-se de limitação adequada a esfera cível, mas não à criminal.³⁵⁸

No mesmo sentido, tratando da presunção de inocência como norma de tratamento, Gustavo Badaró vai dizer que: “a ausência de efeito suspensivo ao recurso interposto contra uma sentença penal condenatória viola a presunção de inocência, por equiparar quem ainda não foi condenado por decisão transitada em julgado ao condenado com decisão que já transitou em julgado”³⁵⁹.

Fica claro, portanto, que a ausência de efeito suspensivo nos recursos não guarda qualquer relação de prejudicialidade com o trânsito em julgado da decisão condenatória³⁶⁰. Nesse sentido, Fauzi Hassan Choukr entende que o efeito suspensivo no processo penal, decorre da presunção de inocência e implica o aperfeiçoamento da coisa julgada penal. E isso impõe que qualquer constrição que afete a liberdade da pessoa ou mesmo os bens patrimoniais da pessoa acusada somente se justifique exclusivamente por natureza e fundamentos cautelares³⁶¹.

Portanto, no processo penal, com suas próprias categorias, a presunção de inocência altera a própria concepção do efeito suspensivo dos recursos. Por isso, Vicente Gimeno Sendra ensina que discutir o efeito recursal não tem o condão de mudar a regra da presunção de inocência e o direito à liberdade, pois, no processo penal, não é o efeito suspensivo que proíbe a execução antecipada de pena, mas sim, a presunção de inocência³⁶².

Por essa razão, a decisão absolutória em favor de um acusado que se encontra em prisão cautelar, ainda que atacada mediante recurso, produzirá efeitos e afetará esta segregação, assim como qualquer outra medida cautelar imposta (artigo 386, parágrafo único, I e II do CPP), pois, sua decretação e manutenção dependem da verificação de indícios de autoria e prova materialidade delitiva (artigo 312 CPP e artigo 1º, III da Lei n. 7.960/89)³⁶³ e a decisão absolutória, por sua vez, contradiz a anterior decisão interlocutória cautelar de

³⁵⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 347.

³⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 188.

³⁶⁰ LOPES JR. Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2017, p. 143.

³⁶¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 678.

³⁶² GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho procesal penal**. 3ª ed. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 711.

³⁶³ Fugindo de toda a importação civilista é imprescindível eliminar o termo latim *fumus comissi delicti*, oriundo de uma adaptação do termo *fumus boni iuris* presente no ambiente cautelar processual civil, que significa “fumaça do bom direito”, pois o crime jamais poderá ser considerado como uma fumaça de bom direito. No campo penal, os indícios de autoria e materialidade da prática de crime demonstram a probabilidade de violação da lei e não a verificação de probabilidade (uma fumaça) da aplicação da lei (bom direito), tal como ocorre na esfera cível. Se a ideia norte é romper com categorias do processo e direito civil é preciso abandoná-las por um todo, deixando de lado o *fumus comissi delicti* que sequer existe em nossa legislação processual penal.

decretação quanto a estes elementos, eliminando por ora – ainda que o mérito possa ser revisto se objeto de recurso da acusação – o juízo perfunctório que justificava a cautelaridade.

No entanto, quanto à aplicação (execução) da pena, não é o efeito suspensivo o responsável por garantir o cumprimento ou não de pena, fundamentalmente, a prisão ou não do acusado em caráter definitivo para cumprimento da condenação. A sentença ou acórdão condenatório, caso não determine a prisão preventiva do acusado-condenado (artigo 387, §1º do CPP) não influirão em nada na modificação de sua liberdade enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da decisão.

Não se deve negar a existência do efeito suspensivo dentre os efeitos recursais. De fato, ele existe e pode ser atribuído em certos casos com observância à realidade processual penal, tal como previsto no artigo 584 do Código de Processo Penal acerca da atribuição de efeito suspensivo a algumas hipóteses de recurso em sentido estrito.

Todo esforço aqui posto, pretende concluir rompendo com as amarras da legislação processual civil, para demonstrar que no sistema recursal com categorias próprias do processo penal existe um efeito suspensivo sobre a culpabilidade e que, portanto, afeta o cumprimento de pena, pois serve a presunção de inocência como efeito suspensivo em desfavor de qualquer reprimenda imposta, impedindo a aplicação da pena até o trânsito em julgado da decisão.

É preciso reconhecer, de uma vez por todas, que a admissão da presunção de inocência como regra de tratamento – que garante ao sujeito durante toda persecução seu *status* de inocente que impede a incidência de pena – impõe uma cláusula ainda maior do que qualquer efeito recursal. Isso é dizer que, no processo penal, não é a concessão de efeito suspensivo ao recurso que impede a execução da sentença, mas é a presunção de inocência que incide como efeito suspensivo³⁶⁴ sobre a sentença condenatória e qualquer pena por ela imposta até o trânsito em julgado.

2.2.2.1 O recente histórico da Execução Antecipada de Pena no Brasil

No momento atual, um trabalho acadêmico não poderia tratar a respeito dos recursos e do efeito suspensivo dos recursos no processo penal ignorando por completo a execução

³⁶⁴ Nesse sentido Fauzi Choukr diz que: “O chamado *efeito suspensivo*, no processo penal, decorre da presunção de inocência e implica no impedimento do aperfeiçoamento da coisa julgada” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 677).

antecipada de pena e os recentes posicionamentos acerca do tema³⁶⁵. É necessário refletir para além de demonstrar a diametral diferença do efeito suspensivo dos recursos no processo penal, em face da presunção de inocência. Isso porque a compreensão geral da presunção de inocência é tema de total relevância para a proposta desta dissertação, seja como fundamento ao duplo grau de jurisdição ou mesmo como fundamento da limitação aos recursos acusatórios³⁶⁶, e somente a exata apreensão da presunção de inocência levará à compreensão da inconstitucionalidade da execução antecipada de pena.

Assim como Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró, adotamos o termo Execução Antecipada de Pena em vez de Execução Provisória utilizada pelo STF, eis que, mais do que uma provisoriedade, o que se tem em verdade é a antecipação de efeitos penais condenatórios³⁶⁷, principalmente em se tratando do efeito principal e mais gravoso que decorre da condenação: a imposição de pena (privativa de liberdade). Considerando que, o que se permite é prender primeiro e decidir ou terminar de decidir depois, essa circunstância não possui caráter provisório, senão antecipatório, pois a pena que deveria recair sobre o sujeito somente ao final do processo – inexplicavelmente – acaba sendo adiantada.

Na investigação acerca do histórico da execução antecipada de pena, mormente visando a verificar sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se antecedentes na ditadura de Getúlio Vargas (“Era Vargas”), que seguindo os passos de Hitler e de Mussolini, em novembro de 1937, logo após instituir o Estado Novo, criou o Tribunal de Segurança Nacional (Decreto-Lei n. 88/1937) que, aderindo ao sistema da culpa presumida, introduziu a prisão³⁶⁸ sem o trânsito em julgado da condenação como regra, transferindo ao acusado a obrigação de provar sua inocência, pois a acusação presumia-se verdadeira sempre.

Em um salto histórico, a possibilidade da execução antecipada da pena privativa de liberdade era a orientação que prevalecia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

³⁶⁵ Assim também o fez Leonardo de Paula: PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa**: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, p. 144.

³⁶⁶ Sobre estes temas, trataremos nos tópicos 3.2 e 3.4 deste trabalho.

³⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 10.

³⁶⁸ De certa forma, essa prisão seria algo ainda menos autoritário e violador do que a execução antecipada de pena admitida atualmente pelo STF, pois tal prisão, aparentemente, tratava-se de uma prisão com viés cautelar. Senão, vejamos a previsão do Decreto-Lei n. 88/1937: “Art. 15. O Tribunal e os juízes poderão dispensar a presença dos réus ou determinar o seu não comparecimento, quanto o entenderem necessário à ordem ou à segurança pública, ou por outro motivo relevante, bem como praticar todos os atos de processo, inclusive a decretação de prisão preventiva”.

mesmo após vigência da Constituição Federal de 1988³⁶⁹ e a previsão da presunção de inocência no artigo 5º, inciso LVII³⁷⁰. Esse cenário tormentoso ao processo penal veio a ser alterado no ano de 2009, quando o Supremo Tribunal Federal passou a vedar a execução antecipada de pena advertindo que a prisão antes do trânsito em julgado somente poderia ser decretada a título cautelar, a partir da decisão proferida pelo Min. Eros Grau no HC 84.078/MG, em 05 de fevereiro de 2009.³⁷¹

Não se pode afirmar que esse entendimento se tornou pacífico, levando em consideração as constantes alterações de ânimo da jurisprudência. No entanto, ao menos existia alguma decisão robusta do Plenário que fundamentava não ser possível a atrocidade de se executar antecipadamente a pena criminal. Nesse mesmo momento, passou a se permitir a execução provisória de pena *pro reo*, ou seja, a possibilidade de aplicar os benefícios do cumprimento de pena previstos na Lei n. 7.210/84, tal como a progressão de regime, ao acusado que respondia ao processo em prisão cautelar, como elucida a Súmula 716 do STF.

No entanto, involuímos quando, em 17/02/2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP³⁷² de relatoria do Min. Teori Zavascki, retrocedeu para

³⁶⁹ HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994.

³⁷⁰ Assim explica CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar**. Dramas, princípios e alternativas. 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 269/270.

³⁷¹ EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-7/MG, Rel. Min. Eros Grau, publicado em 05/02/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018).

³⁷² Chama muita atenção que o caso concreto que deu origem ao HC 126.292/SP tem em seu histórico a representação de uma absurda afronta à vedação da *reformatio in pejus*. Isso porque a Paciente foi condenada em 1ª instância, não sendo determinada sua prisão preventiva na decisão condenatória; contudo, o TJSP, ao apreciar o recurso apelação interposto exclusivamente pela defesa, negou-lhe provimento e determinou a expedição do mandado de prisão. Contra a ordem de prisão, foi interposto *habeas corpus* ao STJ que negou a concessão da ordem sob o fundamento da fatídica Súmula 691 do STF. Foi interposto, então, o HC 126.292/SP ao STF, tendo o Min. Teori concedido medida liminar que suspendeu a prisão preventiva. Contudo, no julgamento do mérito, o Plenário decidiu de forma contrária a liminar concedida viabilizando a execução antecipada de pena, não apenas da Paciente, mas alterando o entendimento jurisprudencial vigente em todo o ordenamento jurídico.

novamente permitir a Execução Antecipada de Pena³⁷³. Após o julgamento desse *habeas corpus* ainda foram interpostas duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 43 e 44) com pedido de liminar e, novamente em 05/10/2016, o STF acabou confirmando a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, fazendo uma ginástica retórica para reconhecer que o texto legal não impediria a execução antecipada de pena³⁷⁴.

Desde fevereiro de 2016, houve algumas decisões monocráticas contrárias à execução antecipada de pena³⁷⁵, considerando que a decisão tomada no HC 126.292/SP e o simples julgamento de liminar nas ADCs 43 e 44, em ambos os casos, não possuem efeito vinculante. Ocorre que o plenário do STF voltou a analisar a matéria em 04/04/2018 no julgamento do HC 152.752/PR, mantendo o posicionamento favorável à execução antecipada de pena.

Chama muita atenção neste último caso a mudança de posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, que, nos julgamentos anteriores, havia se manifestado favorável a execução antecipada de pena e, contudo, antes desse último julgamento, já havia proferido decisões monocráticas contrárias a execução antecipada de pena³⁷⁶. Chama atenção ainda, e sobretudo, o posicionamento da Ministra Rosa Weber que votou contrária a execução antecipada de pena nos julgamentos do HC 126.292/SP e das ADCs 43 e 44, mas desta vez suscitou respeito à colegialidade e o dever de observância aos precedentes (artigo 927, incisos III e V do CPC/2015) para denegar a ordem e possibilitar a execução antecipada, afirmando, contudo, não ser esse o seu posicionamento particular³⁷⁷. Ou seja, prevalece uma enorme incerteza jurídica acerca do tema que parece somente encontrar resolução com o julgamento de mérito das ADCs 43 e 44.

Convém destacar, apenas para tornar ainda mais bizarra a análise da execução “provisória” de pena, o enorme contrassenso que existe atualmente no que tange à impossibilidade de execução antecipada de pena restritiva de direitos ou de multa³⁷⁸ em face

³⁷³ Nesta oportunidade votaram a favor da execução antecipada o Relator seguido pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Divergiram deste entendimento os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

³⁷⁴ Desta vez, votaram a favor da manutenção do entendimento favorável a execução antecipada os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, ficando vencidos o Relator Ministro Marco Aurélio e os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli.

³⁷⁵ STF, HC 126.720/PB, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/10/2016; STF, HC 147.452/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28/09/2017; STF, HC 146.815/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22/08/2017.

³⁷⁶ A primeira nesse sentido trata-se do HC 146.815/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22/08/2017.

³⁷⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2018.

³⁷⁸ O Supremo Tribunal Federal, ao modificar sua jurisprudência, não considerou a possibilidade de se executar provisoriamente, especificamente, a pena restritiva de direitos. No julgamento do HC 126.292/SP, a análise se restringiu à reprimenda privativa de liberdade, na medida em que dispôs tão somente sobre a prisão do acusado condenado em segundo grau, antes do trânsito em julgado” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão** EREsp 1619087/SC, Rel. p. Acórdão Min. Jorge Mussi, publicado em 24/08/2017. Disponível em:

da (im)possibilidade da execução antecipada da pena privativa de liberdade. Não parece claro, mas é isso: permite-se o mais grave, enquanto não se permite o mais ameno. Dizemos isso não para defender que se viole tudo (o mais e o menos grave), mas apenas para referendar que a proibição de antecipação de penas mais amenas (restritiva de direitos e multa), também deveria ser observada quando da antecipação da pena mais grave (privativa de liberdade)³⁷⁹ em nosso ordenamento.

Mas isso, por um lado, é revelador, aos menos quanto aos fins a que se destina a execução antecipada de pena privativa de liberdade. Sopesada a proibição da execução antecipada de outras espécies de penas, somente nos leva a concluir a uma iminência tipicamente policialesca do uso do cárcere antecipado já alertada por Luigi Ferrajoli, no sentido de que o “motivo de captura, em particular, é irremediavelmente policialesco e revela o caráter da medida de prevenção e de defesa social verdadeiramente assumido pela custódia cautelar”³⁸⁰.

2.2.2.2 A Inconstitucionalidade da Execução Antecipada de Pena

A presunção de inocência é implementada como uma proposta de segurança para o corpo social contra o arbítrio estatal; é uma aposta civilizatória e uma opção política pelo valor da liberdade ao se optar em favor de inocentes que não podem ser culpados e levados à prisão, ainda que isso nos sujeite ao “risco da impunidade” de algum culpado, segundo explica Rubens Casara³⁸¹. É preciso verificar que o Brasil fez a opção pela presunção de inocência, ainda que o artigo 5º, LVII de nossa CF/88 tenha feito alusão a não culpabilidade. Refuta-se, portanto, o argumento de que não aderimos à presunção de inocência, mas apenas à presunção de não culpabilidade, tratando-se de mera contradição aparente³⁸², pois as palavras

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74938574&num_registro=201602089490&data=20170824&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 02 abr. 2018).

³⁷⁹ Por óbvio excluímos desta afirmação a pena de morte somente permitida no caso extremo de guerra declarada e que, portanto, está alheia a um estado de normalidade estatal.

³⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica. Et al. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 623.

³⁸¹ CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático**. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 150/152.

³⁸² MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 215.

“inocente” e “não culpável”, são simples variações semânticas de um conteúdo³⁸³. No mesmo sentido, Julio B. Maier afirma que “‘presumir inocente’, ‘reputar inocente’ ou ‘não culpável’ significa exatamente o mesmo”³⁸⁴. Por todos, Nereu Giacomolli defende que tais fórmulas:

são equivalentes, independentemente das possíveis distinções indiomáticas, semânticas e de purificação conceitual. Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais antes mencionados. Diferenciá-las é afastar o estado de inocência, é partir da culpabilidade e não da inocência.³⁸⁵

Defender a diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade é fruto de má postura ideológica ou total ignorância da história das ideias desta tentativa de distinção, fundada no modelo inquisitório do direito canônico, em que sequer se declarava a inocência com o fim de evitar a coisa julgada, permitindo-se novas acusações pelo mesmo fato³⁸⁶. Essa prática foi admitida por Cambacérès e pelos demais Conselheiros de Estado para o *Code D’Instruction Criminelle* (Código de Napoleão), na França, com a declaração de *inculpé*, uma fórmula inexata nas palavras de Cordero³⁸⁷, sustentada pelo fascista Manzini na Itália no *Codice Rocco* (Código Rocco)³⁸⁸ e por fim, copiada no Brasil por Francisco Campos³⁸⁹, em plena Ditadura Vargas, na Exposição de Motivos de nosso Código de Processo Penal de 1941³⁹⁰, ainda vigente.

³⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 11.

³⁸⁴ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 491.

³⁸⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 118.

³⁸⁶ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Roda dos Tempos, 1993, p. 150/151.

³⁸⁷ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 68/74.

³⁸⁸ “Não estar certo da culpabilidade de uma pessoa indiciada significa necessariamente duvidar de sua inocência e, portanto, não pode nunca equivaler a presumir sua inocência” (MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo I. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1951, p. 256/257).

³⁸⁹ Além de não se ter adotado a presunção de não-culpabilidade no CPP, e isso por si só já é bastante sintomático, Francisco Campos na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal determinava a adoção mitigada do *in dubio pro reo*, o que evidencia o afastamento da presunção de inocência como norma de julgamento, ao dizer que: “Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*” (Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 19 abr. 2018).

³⁹⁰ “A afinidade política e ideológica entre o Estado Novo brasileiro e o Estado Fascista italiano permitiu que toda produção doutrinária forjada na *Scuola Positiva* e desenvolvida pela doutrina técnico-positiva de VICENZO MANZINI e ALFREDO ROCCO fosse inserida, sem qualquer juízo crítico depurador, na realidade brasileira” (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 157/158).

Resumidamente, trata-se de um conceito criado na inquisição e reproduzido em sistemas inquisitórios de governos ditatoriais através de seus tiranos sempre associados a juristas de forte retórica tecnicista que formam essa razão ardilosa³⁹¹ – para usar a expressão de Ricardo Timm – responsável por reproduzir e retroalimentar esse conceito solipsista de não culpabilidade como ideia alheia à presunção de inocência. Por isso, Maurício Zanoide de Moraes, acertadamente, irá dizer que a “não consideração prévia de culpabilidade”, em vez do reconhecimento da inocência, é uma criação positivista do fascismo elaborada com o fim de, por meio de um ataque técnico-jurídico sobre a palavra “presunção”, atingir o estado de “inocência”.³⁹²

O âmbito de eficácia da presunção de inocência, segundo Giulio Illuminati, atua como “regra de tratamento do imputado, ou como regra probatória e de juízo”³⁹³, sendo este seu conteúdo sistemático tridimensional também aceito pela doutrina brasileira, tal como se verifica em Maurício Zanoide, como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo.³⁹⁴

Como *regra (dever³⁹⁵) de tratamento* a presunção de inocência se refere ao tratamento do imputado ao longo de todo o processo até que se tenha uma condenação definitiva³⁹⁶. Disso se extraem duas regras: a impossibilidade de prisões automáticas no curso do processo (somente se permitindo prisões cautelares) e a vedação da imposição de pena ou de sua

³⁹¹ “A razão ardilosa cerca-se a priori de cuidados e credibilidades; procura, antes de mais nada, não chocar, pois qualquer choque é perigoso. (...) Sua violência é adocicada; justifica o injustificável, legitima o ilegítimo a partir da seiva argumentativa que destila desde a profundidade de seus interesses estratégicos; ao organizar os meios disponíveis com relação à meta de atingir determinados fins, exerce de modo extremamente organizado a violência instrumental, pois enuncia o alibi perfeito para dispensar a moral em nome da técnica” (SOUZA, Ricardo Timm de. O nervo exposto. Por uma crítica da razão ardilosa desde a racionalidade ética. *In*: GAUER, R. M. C. (Org.), **Criminologia e sistemas jurídicos-penais contemporâneos II**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 58/59).

³⁹² MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 215.

³⁹³ ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. 6 ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1984, p. 28.

³⁹⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 424/427 e 538. No mesmo sentido, na doutrina brasileira: AMARAL, Augusto Jobim Do. **A pré-ocupação de inocência no processo penal**. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, pp. 85-115, jan./jun., 2013. Do mesmo modo, na doutrina estrangeira: MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 152/155.

³⁹⁵ Preferimos adotar o termo dever de tratamento, utilizado por Aury Lopes Jr. (LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94), dando ênfase à imposição destinada ao magistrado, pois conforme já demonstramos acredita-se que a presunção de inocência por si só já é “norma”, regra que garante o estado de inocência.

³⁹⁶ ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. 6 ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1984, p. 29.

antecipação no curso do processo.³⁹⁷ É esta, sem dúvida, a face mais abalada da presunção de inocência, pois, considerando que a execução antecipada de pena não se trata de prisão cautelar – pois, alheia a seus requisitos, sobretudo, ao *periculum in libertatis* –, só pode se tratar de prisão pena – como o próprio nome enuncia: execução antecipada de pena. No entanto, afastadas as medidas cautelares, o inocente só pode(ria) encontrar-se em total fruição de sua liberdade – inerente ao seu estado de inocência – e não preso, mormente cumprindo pena antes do trânsito em julgado, vide artigo 283 do CPP.

Como *regra probatória* não está relacionada apenas à carga da prova³⁹⁸. Para além disso, determina de quem é o dever de provar (obviamente aqui se trata carga), mas também por meio de que prova e, por fim, o que deve ser provado.³⁹⁹ Inexiste carga probatória para quem é inocente, sendo do acusador o dever integral de provar os elementos que integram o tipo penal (fato constitutivo positivo), demonstrando ainda a inocorrência de excludentes ou mesmo eventuais álibis alegados (fato constitutivo negativo) para possibilitar a atuação do poder punitivo.⁴⁰⁰ Por isso, essa face também resta violada com a execução antecipada de pena, pois submeter o sujeito a uma pena antes de uma condenação definitiva é violar a própria ampla defesa, eis que retirada a sua liberdade como condição de inocência, faz-se presente a tortura necessária para impor ao acusado um dever de colaborar com o processo, invertendo a carga probatória, agora pertencente ao acusado, que já está cumprindo pena e precisará provar sua inocência, pois, se permanecer inerte, continuará como está, condenado, cumprindo pena (preso).

Como *regra de juízo*, a presunção de inocência afeta a estrutura do processo e a técnica de acerto decisório, impondo a realização de um sistema acusatório que, em caso de dúvida, o juiz somente poderá absolver.⁴⁰¹ Aqui reside a atuação do *in dubio pro reo* e do *favor rei* – que não podem ser confundidos entre si e tampouco com a presunção de inocência – funcionando como critérios axiológicos orientadores de toda e qualquer decisão

³⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 12.

³⁹⁸ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 201.

³⁹⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 462.

⁴⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 425/428.

⁴⁰¹ ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. 6 ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1984, p. 30.

judicial no âmbito criminal.⁴⁰² Face, esta, também abalada pela execução antecipada de pena, pois permite-se prender primeiro e decidir ou terminar de decidir depois.⁴⁰³

Sem mais delongas, neste momento já vale a pena começar a afastar, um por um, os argumentos que o STF utilizou para admitir a execução antecipada de pena no julgamento do HC 126.292/SP, primeiramente reconhecendo que a presunção de inocência é uma regra constitucional, um tipo fechado que não pode ser confundido com expressões corriqueiras de “princípio constitucional”, para fins de incidência da teoria da ponderação, convertendo-se a regra constitucional em princípio com o fim de ponderá-lo, e na prática, com o fim de banalizá-lo e não cumpri-lo⁴⁰⁴. Neste ponto, Lenio Streck acerta ao dizer que “ponderação é uma ficção. É uma máscara para esconder a subjetividade do julgador”⁴⁰⁵.

A presunção de inocência é “tudo ou nada”, tal como explica Flávio Antonio da Cruz, no sentido de que “não se pode ponderar regras constitucionais ou relativizar regras constitucionais, invocando pretensos princípios imaginados pelos intérpretes”⁴⁰⁶, o que impede admitir não somente uma adoção gradualista, mas também uma ponderação ou flexibilização em face de outras normas ou garantias. Em síntese, ou se é inocente ou já se restou declarado culpado. A única possibilidade de afastar a presunção de inocência está expressamente prevista na mesma norma que lhe garante: trata-se do trânsito em julgado da sentença condenatória, que não flexibiliza, mas elimina a inocência, substituindo-a pela culpa.

Por fim, inexistente uma evolução de estágio da presunção de inocência, ou seja, não há uma valoração gradual desta regra no curso do processo, pois somente existem dois estados, o de inocência e o de culpabilidade. Portanto, ou se presume inocente ou já se tem a culpabilidade penal formada (com trânsito em julgado da sentença penal condenatória) e, nesse caso, não mais se presume a inocência naquele caso penal.

⁴⁰² MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 468 e 470.

⁴⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 34.

⁴⁰⁴ CRUZ, Flávio Antonio Da. **Execução Provisória da pena: algumas notas críticas sobre a ponderação do imponderável**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/02/24/execucao-provisoria-da-pena-algumas-notas-criticas-sobre-a-ponderacao-do-imponderavel/>. Acessado em: 02/10/2017, p. 16/17.

⁴⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Coleção o que é isto. Vol. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95.

⁴⁰⁶ CRUZ, Flávio Antonio Da. **Execução Provisória da pena: algumas notas críticas sobre a ponderação do imponderável**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/02/24/execucao-provisoria-da-pena-algumas-notas-criticas-sobre-a-ponderacao-do-imponderavel/>. Acessado em: 02/10/2017, p. 28.

Também é errôneo o argumento de que na segunda instância se esgotaria a discussão fática do caso penal⁴⁰⁷, restando ao STJ e STF apenas a análise das questões de direito. Isso por si só já seria errado e descabido, ao menos no processo penal, se não pela própria imprecisão da tal “questão de fato”, ao menos pela incompatibilidade da cisão dicotômica entre fato e direito no âmbito penal, tal como já foi demonstrado⁴⁰⁸.

Ainda mais errôneo e, por isso, muito mais grave, é a alegação daqueles que consideram “estar provada a culpa” após o julgamento em segunda instância – afirmação presente expressamente no voto do Min. Teori Zavascki⁴⁰⁹. Neste ponto, o erro é gravíssimo, pois, além da ofensa clara ao trânsito em julgado e à coisa julgada, existe ainda uma evidente incompreensão do conceito e conteúdo da culpabilidade em direito penal. Nesse ponto, nos referimos ao conceito material de culpabilidade como pressuposto decisivo da responsabilidade jurídico-penal, tal como proposto por Claus Roxin – após analisar as construções de Frank Über somadas às ideias de James Goldschmidt –, com a finalidade de limitar o poder punitivo do Estado⁴¹⁰.

De fato, são possíveis dois conceitos de culpabilidade penal: o conceito fático de culpabilidade (culpabilidade fática – presente no sistema norte-americano) e o conceito jurídico-normativo de culpabilidade (culpabilidade normativa – presente no sistema ibero-americano), em que a culpabilidade repousa na presunção de inocência, determinando que somente se reconheça a culpa após o término do processo penal, quando se alcança a imutabilidade da decisão. Acerca do tema, Geraldo Prado explica a relação entre a presunção de inocência e o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil:

Pelo ângulo dos modelos, a questão submetida à invisibilidade – não discutida na motivação dos anteprojetos – refere-se à presunção de inocência, como sublinhado, cláusula pétreia e princípio reitor do processo penal brasileiro, em sua relação com o conceito jurídico de culpabilidade

⁴⁰⁷ Esse comezinho pensamento, aliás, nos lembra a ideia que advém do Manual dos Inquisidores, reconhecendo que “não é preciso retardar a tortura por causa da apelação, caso os indícios justifiquem suficientemente” (EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Roda dos Tempos, 1993, p. 146).

⁴⁰⁸ Para isso, remete-se o leitor ao tópico 2.1.1 deste trabalho.

⁴⁰⁹ “Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **HC 126.292/SP**, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, publicado em 17/05/2016, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf> Acesso em: 10 abr. 2018, p. 13).

⁴¹⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte Geral. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 798. No mesmo sentido, Jorge de Figueiredo Dias esclarece que a culpabilidade possui “uma função limitadora do intervencionismo estatal, visando defender a pessoa do agente de excessos e arbitrariedades que pudessem ser desejados e praticados pelo poder do Estado” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, Portugal; Coimbra Editora, 2007, p. 274).

adotado no Brasil. Enrique Bacigalupo chama atenção para o fato de que o modelo norte-americano de processo penal, aparentemente paradigmático e inspirador das modificações pretendidas, é o do “controle social do delito” (*crime control model*), que atribui ao processo penal função determinante na luta contra o delito. O modelo do controle social do delito opera com um conceito operacional de culpabilidade fática que é oposto ao conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência. O *crime control model* apoia-se na tese da igualdade hierárquica entre direitos fundamentais intangíveis e no dever do Estado de garantir “justiça eficiente”, sublinha Bacigalupo, e termina por determinar o âmbito normativo dos direitos processuais do acusado “ponderando, também, os interesses da persecução do delito”.⁴¹¹

Isso decorre do próprio finalismo, tal como explica Claus Roxin⁴¹² ao dizer que “a teoria final da ação, que desloca o dolo para o tipo, num conceito exclusivamente valorativo (puramente normativo) da culpabilidade”, afirmando ainda que “não se pode basear um conceito de culpabilidade psicológico, mas apenas valorativo (normativo)”⁴¹³.

Em face do artigo 5º, LVII da CF/88, no Brasil, a culpabilidade somente está provada com o trânsito em julgado da decisão. Se o trânsito em julgado é a imutabilidade da decisão, “estar provada a culpa” significa ser imutável a decisão condenatória que determina a culpabilidade, ao menos naquele processo, ressalvada a possibilidade de revisão criminal. Adotamos o conceito normativo de culpabilidade, em que somente se considera culpado e, portanto, abandona-se o estado de inocência, a partir de uma sentença condenatória transitada em julgado – pouco importando quando se deu por encerrada a análise da matéria fático-probatória. Neste sistema de culpabilidade, é errado afirmar que “a culpa está provada” após a decisão de segundo grau, pois o marco constitucional da presunção de inocência vinculado ao trânsito em julgado é o único momento em que se pode considerar “comprovada a culpa”⁴¹⁴.

⁴¹¹ PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. **Boletim do IBCCrim**, n. 277, dezembro de 2015.

⁴¹² Roxin, aliás, é direito em afirmar que “princípio da culpabilidade em conexão com o parágrafo 261, pois de acordo com ele, uma condenação exige que o tribunal esteja convencido da culpabilidade do acusado, toda dúvida nesse pressuposto deve impedir a declaração de culpabilidade” (ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediores del Puerto, 2000, p. 111).

⁴¹³ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevencion em derecho penal**. Trad. Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 57/58. No mesmo sentido, Roxin também afirma em outra obra: ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte Geral. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 796. Ainda, na doutrina brasileira Cezar Roberto Bitencourt afirma que: “Essa nova estrutura sustentada pelo finalismo trouxe inúmeras consequências, dentre as quais se pode destacar: a distinção entre tipos dolosos e culposos, dolo e culpa não mais como elementos ou espécies de culpabilidade, mas como integrantes da ação e do injusto penal, além da criação de uma culpabilidade puramente normativa” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1. Parte Geral. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 287).

⁴¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 20.

De forma precisa, Heloisa Estellita esclarece que “a exigência constitucional de definitividade do juízo de culpa para a aplicação da pena só possa se dar quando não estejam sendo mais discutidos esses pressupostos, o que independe de o recurso admitir ou não a discussão de fatos ou provas, e de ter ou não efeito suspensivo”⁴¹⁵.

Por isso, Giulio Illuminati ensina que “o reconhecimento da presunção de inocência, como regra de tratamento, tem a consequência de uma demonstração matemática. Se a condição necessária para imposição da pena for uma condenação pronunciada de acordo com a lei, é evidente que sem tal ato – e até aquele momento – o cidadão não pode em nenhuma circunstância ser considerado culpado, nem pode ser sujeito a sanção”⁴¹⁶.

É flagrante o erro daqueles que acreditam que no processo penal o juízo de mérito se encerra na segunda instância, pois o mérito no processo penal resume-se a autoria e a materialidade da prática de crime, assim como toda fixação da pena que disso decorre, o que sabidamente pode ser objeto de apreciação após a segunda instância. Cometem o mesmo erro aqueles que afirmam “estar provada a culpabilidade” após a segunda instância, e para isso não precisamos nem eliminar a cisão de fato e direito como proposto, pois a mera discussão de questões relacionadas apenas a lei e, portanto, matéria de direito para aqueles que assim gostam de impor – por exemplo, mostrando que o fato é carente de tipicidade formal –, permite a absolvição que nada mais faz do que negar a culpabilidade subjetiva.

Outro grave erro cometido diz respeito à violação do trânsito em julgado e da coisa julgada, sobretudo pela confusão entre ambos os conceitos, que decorre daquela interpretação da coisa julgada a partir da ideia ainda contemplada por boa parte da doutrina processual brasileira. Tal perspectiva foi consolidada a partir de Enrico Liebman, que entendia que a “lei confere efeitos à sentença ainda antes que passe em julgado; mesmo prescindindo da possibilidade da execução provisória o juiz pode atribuir à sentença de primeira instância, basta pensar na eficácia executória que tem normalmente a sentença não mais sujeita aos recursos ordinários”⁴¹⁷. Por essa definição, percebe-se facilmente a ilusão que possibilita a execução antecipada de pena, afinal, se reconhece eficácia executória como algo normal a qualquer sentença.

⁴¹⁵ ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade do Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 709-730, mai.-ago., 2018, p. 721/722.

⁴¹⁶ ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. 6 ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1984, p. 77/78

⁴¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid, Bevindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 38.

Primeiramente, a coisa julgada nas palavras de Piero Calamandrei “é o momento em que uma sentença passa do estado de pendência, que deriva da pluralidade de instâncias, a um estado de definitiva irrevogabilidade no mesmo processo”⁴¹⁸. Para Giovanni Leone, “a coisa julgada deve identificar-se na imutabilidade da decisão. Coisa julgada, em substância significa decisão imutável e irrevogável, significa a imutabilidade do mandato que nasce da sentença”, o que somente se alcança “nas sentenças contra as quais não se admite impugnação distinta da revisão, isso é, as sentenças não impugnáveis”⁴¹⁹.

Contudo, não se pode confundir o trânsito em julgado com outra consequência processual, a coisa julgada, tal como explica Gustavo Badaró: “É certo que o trânsito em julgado não se confunde com a coisa julgada, seja ela material ou formal. (...) trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material”⁴²⁰. Portanto, a coisa julgada é uma consequência do trânsito em julgado, mas ambos não se confundem entre si.

O trânsito em julgado cria uma situação jurídica nova, que somente ocorre quando a sentença ou o acórdão tornam-se imutáveis, surgindo então a coisa julgada. Desse modo, percebe-se que o trânsito em julgado no processo penal, com a consequente imposição de pena em caso de condenação, somente surgirá após toda a persecução penal e quando não forem mais cabíveis recursos⁴²¹. É o trânsito em julgado, ou seja, a passagem da condição de mutável à de imutável, que torna a decisão definitiva, e não a coisa julgada. Isso porque a coisa julgada formal torna estável apenas a relação processual, ou seja, a decisão naquele caso em concreto, mas considerando não ter apreciado o mérito, permite-se que toda a matéria da imputação, fato e direito, sejam novamente apreciados. A estabilidade da matéria fático-probatória não garante a imutabilidade da decisão quando ainda pendente de recurso, mesmo que este se limite ao reexame da matéria de direito.

Para Jacinto Coutinho, a decisão somente ganha “estabilidade, dada a qualidade de imutabilidade que a alcança quando ocorre a preclusão das vias impugnativas, em face do transcurso do prazo recursal, o que é típico da coisa julgada (*res iudicata*) e nota característica

⁴¹⁸ CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo I. Volume I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 41.

⁴¹⁹ LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**. Tomo III. Napoli: Jeovene, 1961, p. 321 e 383.

⁴²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 447.

⁴²¹ Fauzi Hassan esclarece que “é consolidado no direito processual que o trânsito em julgado se dá com o esgotamento das vias recursais colocadas à disposição das partes, aí compreendido, inclusive, os recursos de natureza constitucional” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 641).

da função jurisdicional processual”⁴²². E, especialmente no que tange ao processo penal, Fauzi Hassan Choukr esclarecerá que “a coisa julgada da sentença absolutória, observado o direito interno, tem efeitos imutáveis permanentes, a dizer, não cabe a desconstituição do trânsito em julgado”, enquanto que a “a sentença condenatória transitada em julgado gera efeitos sujeitos a revisão sem limitação temporal”⁴²³.

Provável ainda que, neste ponto, a leitura feita pelo Supremo Tribunal Federal, errônea ou sorrateira, interpreta que se toda pessoa é inocente “até que se prove” o contrário, a presunção de inocência estaria vinculada à análise fático-probatória, de modo que quando não mais fosse possível o exame fático-probatório, o acusado não seria mais inocente, pois provada estaria sua culpa. Errado. Toda pessoa é inocente até que se prove o contrário, ou seja, até se determine sua culpabilidade de maneira imutável segundo o conceito adotado, e, no nosso caso, adotamos a culpabilidade jurídica.

Outro grande erro que se comete ao tentar justificar a execução antecipada de pena é uma visão gradualista da presunção de inocência, que incorpora razões calculistas e justificativas probabilísticas na análise do tema. De fato, não há mais espaço para tais posições, sobretudo quando estas forem aplicadas com o fim de eliminar direitos e garantias. É preciso avançar por cima de alguma lógica empirista encravada em uma valoração matemática quanto à assunção da presunção de inocência, e isso nos permite acolher seu substrato radical, para a escolha entre o “mal certo e positivo” da condenação de um inocente em oposição ao “mero perigo” (de delitos futuros) representado pela absolvição de um culpável⁴²⁴.

A origem da presunção de inocência com o Iluminismo comprova que sua adoção jamais esteve relacionada a probabilidade. Isso porque as experiências vividas até então, sobretudo na inquisição, consolidavam como única certeza – para além da probabilidade – a condenação⁴²⁵. Se há uma régua de medir a presunção, ela não é técnico-jurídica. As análises da presunção em categorias de absoluta/relativa ou legal/judicial foram criadas para o direito privado – essas, sim, fundadas na realidade provável, auxiliando a superação de dificuldades surgidas na reconstrução fática. Notadamente, isso não tem a mesma natureza, finalidade e função da presunção de inocência no processo penal. Esta presunção se mede com a régua da

⁴²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, p. 163-198, 1998, p. 168.

⁴²³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 639.

⁴²⁴ AMARAL, Augusto Jobim Do. *A pré-ocupação de inocência no processo penal*. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, pp. 85-115, jan./jun., 2013, p. 87 e 90.

⁴²⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 144.

ideologia política do humanismo e sua finalidade única é a proteção dos interesses do acusado.⁴²⁶

Por isso, também é descabido o argumento de que poucos recursos de natureza ordinária (REsp e RE), após a condenação de 2ª instância, seriam providos⁴²⁷, eis que a presunção de inocência não admite análise quantitativa. Não depende ela de um número de recursos providos, porque direito não é matemática, muito menos análise aritmética. Aliás, se na história dos recursos ordinários, ao menos um tivesse recebido provimento garantindo a liberdade de um inocente, ou mesmo a atenuação da pena de um culpado, isso, por si só, bastaria como fundamento para a admissão destes, afastando a execução de pena antes do trânsito em julgado.

Ainda que sucumbíssemos a um argumento probabilístico – e não é isso que se propõe, jamais sucumbiríamos –, dados que foram apresentados no julgamento das cautelares das ADCs 43 e 44, pela Defensoria Pública dos Estados de São Paulo⁴²⁸ e Rio de Janeiro⁴²⁹, assim como pelo IBCCRIM juntamente com a FGV/Rio⁴³⁰, mostram índices de procedência dos recursos julgados no Tribunais Superiores que registram-se em 60%, 41% e 46%, respectivamente, o que acaba comprovando empiricamente que, fosse possível reduzir a adoção da presunção de inocência a uma avaliação probabilística, ainda assim seria necessária sua observância irremediavelmente até o trânsito em julgado da decisão.

A análise do direito comparado também foi lançada como argumento favorável à execução antecipada de pena, mas, em verdade, representou uma “não análise”, feita a partir da comparação assistemática de sistemas processuais completamente distintos, desde a fase de investigação, passando pela fase processual, de julgamento e recursal. Todos os ordenamentos

⁴²⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 146.

⁴²⁷ Por todos, esse é o argumento mais sintomático para compreender o giro autoritário que se pretende alcançar ao atingir a presunção de inocência. Se aceito um parâmetro quantitativo para observância da presunção de inocência, e se, em uma análise da proficiência dos recursos de apelação contra a sentença de 1ª instância, verificar-se que a maioria das apelações não é provida, seria permitida a prisão já em 1ª instância? Mais do que isso, se uma análise das sentenças de 1ª instância mostrar que a maioria das denúncias são procedentes, ainda que parcialmente, resultando em condenação, a regra se tornaria que todo acusado respondesse ao processo preso? Se sim, isso basta para enxergar que o autoritarismo ainda vive entre nós.

⁴²⁸ Pesquisa disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/08/Dados-DPSP.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁴²⁹ Pesquisa disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/08/DADOS-ANALISADOS-DPRJ.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁴³⁰ Pesquisa disponível em: https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/ADCs_43_e_44_Memoriais_de_Amicus_Curiae_IBCC.pdf. Acesso em: 28 abr. 2018.

jurídicos que foram utilizados a título de comparação são completamente diferentes daquilo que se tem no Brasil⁴³¹.

Para se utilizar da técnica de análise do direito comparado é preciso saber o direito e saber comparar, e isso exige conhecimento dos ordenamentos jurídicos e realidades comparadas. Neste caso, enquanto permanecermos conduzindo um processo inquisitório, admitindo o ingresso e utilização dos atos de investigação no processo penal, possibilitando a produção de provas e a prática de outros atos de ofício pelo juiz, nada fazendo para coibir o evidente desequilíbrio entre órgão acusador e acusado e usando de mecanismos de consenso (justiça negocial) de forma arbitrária e sem respeitar a legalidade, não se poderá comparar o sistema penal brasileiro, sobretudo com sistemas acusatórios e democráticos.

Além disso, ainda existe uma gritante diferença – desconsiderada – no que tange ao sistema carcerário. De fato, iniciar uma execução antecipada de pena é prejudicial a liberdade em qualquer local, mas é evidente que no caótico sistema carcerário brasileiro, que segundo o último INFOPEN conta com 726.712 (setecentos e vinte e seis mil setecentos e doze) presos e uma taxa de ocupação de 197% (cento e noventa e sete por cento)⁴³², esse prejuízo é ainda maior do que em qualquer dos países utilizados a título de comparação. Há ainda outra diferença crucial: nosso sistema adotou a presunção de inocência até o trânsito em julgado e, portanto, a culpabilidade jurídica⁴³³, o que precisa ser respeitado. Enquanto isso, na maioria desses países (comparados), a Constituição não prevê o momento final como marco para presunção de inocência ou prevê a culpabilidade fática, o que os torna completamente

⁴³¹ Apenas para utilizar da comparação dos países citados no julgamento do HC 126.292/SP, valendo-se da mesma fonte utilizada no Acórdão, verifica-se que: “a) Inglaterra. Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança. (...) b) Estados Unidos. (...) as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (US Code). (...) c) Canadá. O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta. (...) d) Alemanha. Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. (...) e) França. Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. (...) f) Portugal. O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. (...) g) Espanha. vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. (...) Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior. (...) h) Argentina. (...) a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494”, com o que se percebe claramente a diferença entre os ordenamentos jurídicos citados para com o brasileiro. (FRISCHEISEN, FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca *et al.* Execução Provisória de Pena. Um contraponto à decisão do supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral**: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 507).

⁴³² Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 24 abr. 2018.

⁴³³ LOPES JR. Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2017, p. 143.

diferentes do Brasil, que tem previsão expressa na Constituição que o trânsito em julgado é o marco final da presunção de inocência.

É inegável o decisionismo do Supremo Tribunal Federal ao admitir a execução antecipada de pena e sua colisão frontal a uma ausência de estudo de impacto da decisão. É possível vislumbrar, de plano, ao menos dois impactos da execução antecipada de pena em nosso sistema penal. Primeiro, afetará o próprio Poder Judiciário, fundamentalmente, no âmbito do próprio STF e do STJ, pois as execuções antecipadas de pena já vêm ocasionando um aumento nos pedidos de atribuição de efeito suspensivo ao REsp e ao RE ou a impetração de *habeas corpus*, visando a evitar o cumprimento antecipado de pena. O segundo impacto é penitenciário, pois sequer foi contabilizado o número de acusados que encontravam-se aguardando o julgamento de RE e REsp em liberdade e que, com a permissão da execução antecipada, serão recolhidos à prisão.

Neste último ponto, a decisão do HC 126.292/SP é evidentemente contraditória àquilo que foi decidido no julgamento da ADPF 347 que reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro⁴³⁴. Notadamente, caminhamos ao encontro de um “estado de coisas (ainda mais) inconstitucional”, mesmo sabendo que inexistem graus de inconstitucionalidade, pois é certo que a execução antecipada de pena também é inconstitucional, eis que contribuirá com um sistema já declarado inconstitucional, e, ainda que pareça redundante – e de fato é –, aquilo que contribui com algo inconstitucional não pode ser considerado constitucional.

Por tudo isso, não se admitiu a execução antecipada de pena nem mesmo no fascismo italiano, em que Vincenzo Manzini dizia que “a execução provisória de sentenças condenatórias em matéria penal não são admitidas”⁴³⁵, nem no nazismo, afirmando Ernst Beling que, na Alemanha⁴³⁶, “no processo penal não existe execução provisória”⁴³⁷. Mesmo Ada Pellegrini Grinover adotando no Brasil o conceito de coisa julgada de Liebman e outras ideias autoritárias, afirmava que não poderia “ocorrer antecipação dos efeitos executórios em

⁴³⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 24 abr. 2018.

⁴³⁵ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954, p. 315. E para que não reste dúvida afirmava ainda que “as sentenças de apelação, não são nunca executadas provisoriamente” (MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954, p. 156).

⁴³⁶ Ressalta-se que a obra de Ernst Beling foi traduzida para a língua espanhola por Miguel Fenech e isso representa muito, pois suas obras foram disseminadas por Fenech na Espanha durante o período de ditadura de Franco (franquismo), sendo esta também uma doutrina responsável por dar suporte, ao menos no que tange ao processo penal, a um processo autoritário não somente na Alemanha, mas também na Espanha.

⁴³⁷ BELING, Ernst. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1943, p. 366.

face do princípio constitucional segundo o qual ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁴³⁸. Tudo isso para dizer que atualmente há um sobressalto de autoritarismo – por vezes superior ao de períodos ditatoriais –, de modo a reconhecer que os tempos atuais são de consolidação do estado de exceção como paradigma de um governo⁴³⁹, o que diante da crise de legitimidade de todas as agências estatais, faz do sistema de justiça o *locus* privilegiado da luta política⁴⁴⁰.

2.3 Titularidade dos recursos

Quando se fala em titularidade dos recursos, obviamente se está buscando o titular no sentido de destinação e pertencimento do direito de recorrer no processo penal.⁴⁴¹ Neste ponto, chegamos a um tema crucial para o presente trabalho, que propõe o direito ao recurso como um direito fundamental do imputado, abandonando a ideia de bilateralidade recursal.

De fato, a matéria de titularidade do direito ao recurso depende da análise do âmbito da legitimidade e interesse recursal⁴⁴², temas estes que, por vezes, foram tratados pela doutrina como condições de admissibilidade dos recursos⁴⁴³, mantendo-se a concepção de que os recursos provocam o prolongamento do direito de ação, que carrega consigo todos os elementos trazidos de uma Teoria Geral do Processo e dos Recursos, tal como já foi demonstrado.

Nesse ambiente é que se construiu a ideia de que a titularidade do direito de impugnação pertence às partes (Ministério Público e partes privadas), em um sentido comum e idêntico no processo civil e no processo penal, podendo, inclusive, ser estendida a outras

⁴³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.

⁴³⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Homo sacer, II, I. Trad. Iraci D. Poleti. 2ª ed. 4ª reimp. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 48.

⁴⁴⁰ CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático**. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 127.

⁴⁴¹ No mesmo sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 58 (no prelo).

⁴⁴² LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 152.

⁴⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 66. Seguidos por Zanoide que intitula de condições recursais em MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 46.

peessoas, tais como substitutos processuais – conceito completamente incabível ao processo penal – e representantes, de acordo com o que foi conferido pela lei⁴⁴⁴.

No entanto, quando se fala na titularidade a partir dos critérios de legitimidade e interesse recursal se está observando a titularidade do direito ao recurso no caso em concreto, para além de uma mera titularidade em abstrato, e é isso que nos interessa como ponto de confronto a evitar interpretações errôneas acerca desta titularidade. Isso porque, a observância das categorias interesse e legitimidade recursal possibilitam, por si só, compreender a titularidade do direito ao recurso no processo penal.

2.3.1 Voluntariedade recursal no sistema acusatório: as diferenças entre o recurso ex officio e a dupla conformidade em matéria penal

A voluntariedade é um significante contraditório à obrigatoriedade e, por isso, Nereu Giacomolli reconhece que a doutrina clássica acaba afirmando que “o direito ao recurso é uma faculdade e não obrigatoriedade, mesmo em se tratando de provimento condenatório”⁴⁴⁵ – por vezes, acreditando no acerto desta afirmação, sem pensar no que significa o conteúdo integral dos recursos no processo penal.

Tanto é assim que para o próprio Manzini a voluntariedade está implícita no conceito de impugnação, afirmando assim que todos os meios de impugnação seriam voluntários.⁴⁴⁶ Em um sistema acusatório, é fundante a separação das atividades de julgar e acusar, ficando o primeiro ao encargo do Estado-juiz (não parte) e o segundo estabelecido à parte acusadora pública ou privada. Mas, como se sabe, isso por si só não é suficiente como critério unificador, pois como ensina Ricardo Gloeckner isso “seria equivalente a afirmar que o sistema processual penal da Itália, na década de 30, era acusatório”⁴⁴⁷, bem como seria capaz de nos iludir com Manzini ao se posicionar em favor da voluntariedade recursal como fator

⁴⁴⁴ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954, p. 26.

⁴⁴⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 346.

⁴⁴⁶ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954, p. 5.

⁴⁴⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do Sistema Inquisitório. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 14. Aliás, por todos os outros é necessário ainda lembrar de Jacinto Coutinho ao dizer que: “o maior monumento inquisitório fora da Igreja tenha sido as Ordonnance Criminelle (1670), de Luis XIV, em França; mas mantinha um processo que comportava partes” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, p. 163-198, 1998, p. 167).

indispensável a natureza das impugnações, como se isso fosse suficiente para afirmar que se tem um sistema recursal acusatório.

Na concepção histórica dos recursos, como Julio B. Maier explica, em um processo inquisitório e com sistema judicial de jurisdição delegada, “não era sequer necessário a iniciativa de alguém sobre a injustiça da decisão, mas sim, o controle era obrigatório e procedia de ofício”⁴⁴⁸, mesmo nos casos de absolvição.

É por isso que a voluntariedade recursal se apresenta como nota característica de um processo penal acusatório, em que o magistrado se guia pelo princípio dispositivo⁴⁴⁹ evitando sua atuação, não apenas quanto à gestão da prova, mas em qualquer ato característico de parte e que extrapole sua atividade precípua de julgar em inércia, em uma rigidez estática que lhe afasta de um dever de impulso oficial, vedadas, portanto, atuações de ofício para além das funções judicantes (decisórias).

Nesse suposto ambiente acusatório é incoerente a manutenção do chamado recurso *ex officio*, ainda vigente (?) no ordenamento jurídico brasileiro, tal como previsto no artigo 574 do Código de Processo Penal, sobretudo considerando que seu objetivo é submeter ao duplo grau de jurisdição apenas decisões que beneficiam o acusado, o que somente se mostra adequado em um sistema penal que privilegia a repressão e diante de uma Constituição em que o interesse coletivo prevalece sobre o individual. Notadamente, esse modelo não se mostra coerente em um processo penal de natureza acusatória, em que se deve salvaguardar uma persecução penal intransigentemente respeitadora das garantias individuais⁴⁵⁰, primando pela voluntariedade recursal.

Por isso, Aury Lopes Jr. irá advertir que:

Interessante reparar, também, como funciona um Código de matriz nitidamente inquisitória e punitivista como o nosso: só existe recurso de ofício de decisões que beneficiam o réu. Impressiona a escancarada forma de controle por parte dos órgãos jurisdicionais superiores das decisões proferidas em primeiro grau que beneficiam o imputado (...). Estamos diante de um ranço autoritário incompatível com o processo penal democrático.⁴⁵¹

Neste ponto, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal é reveladora daquilo que era o projeto ideológico político, notadamente autoritário, de Francisco Campos

⁴⁴⁸ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 707. (tradução livre).

⁴⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, p. 163-198, 1998, p. 165.

⁴⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 77/78.

⁴⁵¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 980.

para o Direito Processual Penal brasileiro⁴⁵², a justificar a previsão do recurso *ex officio* contra decisão que concedesse *habeas corpus* como uma “cautela de administração da justiça penal” e que diante do possível conflito entre a legislação processual penal e a Constituição Federal vigente quanto à admissibilidade do recurso *ex officio*, por ele premeditado, terminou por dizer que: “Não se pode emprestar à Constituição a intenção de expor a semelhante desgarantia da defesa social”⁴⁵³.

Dispensável citar a época da codificação do CPP/1941, bem como as ligações e influências políticas do Estado Novo, assim como sua identidade com o *Código Rocco* e, por trás de todos, o *Code Napoléon*⁴⁵⁴, mas foi nesse ambiente, em que o ideário da defesa social se apresentou como princípio organizador que colocava o direito como o fim de repressão à criminalidade⁴⁵⁵.

Esse ideal de defesa social serviu em 1941 e ainda serve para justificar o (in)cabimento do recurso *ex officio* com o argumento de resguardar “determinados interesses de ordem pública e controlar a prestação jurisdicional, no sentido de evitar-se a extrema benevolência de determinados membros da Magistratura”, justificando as suas hipóteses de cabimento em situações que o “legislador considera de extrema importância para a manutenção da ordem social”⁴⁵⁶.

É nisso que Baratta identifica uma função legitimante da ideologia da defesa social em face do sistema penal presente na ciência e codificação penal⁴⁵⁷, e que no Brasil verificamos presente não somente no viés punitivista da codificação das normas materiais⁴⁵⁸, mas também

⁴⁵² MALAN, Diogo. A ideologia política de Francisco Campos: Influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: MELCHIOR, Antonio Pedro. Et al. **Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumens Iuris, 2015, p. 42/49.

⁴⁵³ CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941** (DOU 13/10/1941).

⁴⁵⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Nelson Miranda de Coutinho. Vol 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 124.

⁴⁵⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. No prelo.

⁴⁵⁶ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Do Recurso Ex Officio no Processo Penal**. Coleção Ciências Criminais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 120/121. No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci também defende uma famigerada “relevância da matéria” para as hipóteses de recurso *ex officio* previstas no CPP: NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 853.

⁴⁵⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica de Direito Penal**. Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 44.

⁴⁵⁸ PRANDO, Camila de Mello. **O saber dos Juristas e o Controle Penal**. O debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 159.

no processo penal inquisitório, fundamentalmente na codificação do Código de Processo Penal⁴⁵⁹, ambos enraizados nesse tronco ideário de defesa social.

E é por este imaginário processual penal brasileiro que Ricardo Gloeckner defenderá com total acerto que “a forma pela qual o processo penal se torna um receptáculo desta ideologia é o conceito de instrumentalidade do processo”, por isso “tal arquétipo normativo de instrumentalidade jamais poderia servir, simultaneamente, para defesa de direitos e garantias fundamentais”⁴⁶⁰. A partir de sua tese, que vê no processo penal uma garantia em si mesma⁴⁶¹, é que propomos um giro para a reinterpretação da voluntariedade recursal no processo penal.

No processo civil, a figura da remessa obrigatória é vista por sua doutrina como condição de eficácia da sentença e, portanto, não possui natureza jurídica de recurso, pela ausência de voluntariedade, legitimidade, interesse e outras características e pressupostos recursais, tal como afirma Nelson Nery Jr.⁴⁶².

É interessante, porém, que o autor citado apresenta a justificativa supracitada referenciando a professora Ada Pellegrini Grinover em obra de direito processual civil de sua autoria, em que esta manifesta seu posicionamento acerca dos recursos *ex officio* de forma idêntica ao que é feito em outra obra de sua autoria de direito processual penal, em que também nega a estes o conceito e a natureza jurídica de recurso para reconhecê-lo como condição de eficácia da sentença⁴⁶³.

Pelo que se percebe, a doutrina processual civil classifica a remessa obrigatória no mesmo sentido que boa parte da doutrina processual penal classifica o recurso *ex officio*, e mesmo aqueles que criticam a constitucionalidade deste aparato acabam tendo de classificá-lo, para fins didáticos e doutrinários, como condição de eficácia da sentença⁴⁶⁴.

Em verdade, a inconstitucionalidade dos recursos chamados de *ex officio* em nosso ordenamento jurídico reside muito mais no fato de que a titularidade da ação penal pública é do Ministério Público (artigo 129, I da CF/88)⁴⁶⁵ sopesado ao fato de que todas as hipóteses de cabimento são em desfavor de decisões que beneficiam o imputado, o que o torna

⁴⁵⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. No prelo.

⁴⁶⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. No prelo.

⁴⁶¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. No prelo.

⁴⁶² NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 92/93.

⁴⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

⁴⁶⁴ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 979.

⁴⁶⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 346. Em sentido contrário: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Do Recurso Ex Officio no Processo Penal**. Coleção Ciências Criminais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 120.

incompatível com o sistema acusatório⁴⁶⁶ – isso sim é um grande resquício do sistema inquisitivo⁴⁶⁷ –, do que pelo simples fato de se manifestarem como uma “atuação de ofício” do juiz.

A própria ideia de renúncia ao (direito de) recurso como fato impeditivo a ser observado no juízo de admissibilidade recursal também precisa ser reinterpretada no processo penal, pois, primeiramente, é necessário refutar a doutrina que alega que a vontade do defensor é a que deve prevalecer sobre o argumento de que se trata da defesa técnica⁴⁶⁸. Isso porque é possível verificar-se a situação em que o acusado deseja recorrer e seu defensor renuncia ao recurso, sendo inadmissível que esta última vontade prevaleça.

O contrário já resta superado pela Súmula 705 do Supremo Tribunal Federal, fazendo-se necessário compreender que a vontade prevalente deve ser a de primazia pelos direitos e garantias fundamentais, ou seja, prevalece a vontade daquele que deseja recorrer, independentemente de quem a emitiu⁴⁶⁹. Sobre o tema, Fabrício Pozzebon é certo em dizer que “não há como se afirmar que o não-recorrer de uma condenação penal à superior instâncias possa significar ampla defesa e recorrer não”⁴⁷⁰.

Isso porque, como o próprio autor mencionado ressalta, ao se exigir uma dupla conformidade em matéria penal, por óbvio, estaria proibida a *reformatio in pejus*⁴⁷¹, regra que acaba tendo a aplicação negada pela mesma doutrina que defende o recurso *ex officio* nos moldes inquisitórios e autoritários que está posto em nosso ordenamento jurídico, sob o fundamento de devolutividade total, dada a “extrema importância para a manutenção da

⁴⁶⁶ Há quem defenda que os recursos *ex officio* colocados como entrave a decisões favoráveis ao acusado também ofendem a paridade de armas, pois estabelecem nítida posição de desvantagem do acusado perante o acusador, sem justificativa constitucional. Esse é o entendimento de: VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Coleção Ada Pellegrini Grinover. Coordenadores: Gustavo Badaró e Petronio Calmon. Vol. 2. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 305/306.

⁴⁶⁷ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Breves considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (coord.). **Política Criminal Contemporânea**. p. 285-303. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 297.

⁴⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39. No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, P. 701.

⁴⁶⁹ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 149.

⁴⁷⁰ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Breves considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (coord.). **Política Criminal Contemporânea**. p. 285-303. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 287.

⁴⁷¹ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Breves considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (coord.). **Política Criminal Contemporânea**. p. 285-303. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 288.

ordem social”⁴⁷². Ou seja, é a repetição do erro e daquilo que Baratta intitula de função legitimante da ideologia da defesa social⁴⁷³ que aqui serve para legitimar a inaplicabilidade da regra da vedação da *reformatio in pejus* aos recursos *ex officio*.

Além disso, a partir da compreensão de que o duplo grau de jurisdição é garantia fundamental, não se pode admitir a renúncia pelo imputado ou por sua defesa, por se tratar de uma abdicação de um direito indisponível, haja vista que intimamente relacionado ao direito de liberdade e à presunção de inocência do imputado no processo penal.

Assim, a par do que foi dito sobre o recurso *ex officio*, a compreensão do duplo grau de jurisdição como uma garantia do imputado, cujo objetivo é o de atuar como uma dupla conformidade em matéria penal, acaba tornando obrigatória a reapreciação da decisão condenatória e conduz à compreensão não de uma exceção à voluntariedade recursal, mas sim daquilo que Julio B. Maier chama de uma *conditio sine qua non* para a aplicação de pena⁴⁷⁴.

E isso decorre do que afirmamos no início do debate sobre a voluntariedade, no sentido de que o processo penal compreendido como situação jurídica não impõe qualquer ônus processual à parte imputada, tal como reconheceu Aury Lopes Jr.: “o erro foi o de crer que no processo penal houvesse uma efetiva relação jurídica, com autêntico processo de partes”⁴⁷⁵. Pelo contrário, o processo penal serve exclusivamente para a proteção do imputado em desfavor do poder punitivo estatal, por isso não se fala em condição de eficácia da sentença, mas sim em *conditio sine qua non* para a aplicação de pena que somente se faz presente diante de sentenças condenatórias, sendo inadmissível qualquer recurso de ofício em desfavor de decisões favoráveis ao imputado.

Exigir a dupla conformidade não é admitir exceção à voluntariedade recursal⁴⁷⁶, mas apenas construir uma garantia contra o poder punitivo, uma condição para execução da pena. Também por isso propõe-se a evolução da categoria “interesse recursal” passando a tratar de um “direito ao duplo grau”, pois muito mais do que um interesse do imputado, é necessária

⁴⁷² SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Do Recurso Ex Officio no Processo Penal**. Coleção Ciências Criminais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 121.

⁴⁷³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica de Direito Penal**. Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 44.

⁴⁷⁴ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 709 e 713.

⁴⁷⁵ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 197.

⁴⁷⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. MENDES, Tiago Bunning. A inexistência de fundamentos para o recurso acusatório no processo penal: uma crítica ao paradigma da bilateralidade recursal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 26, vol. 150, dezembro 2018, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 280.

(leia-se: obrigatória) a dupla conformidade da condenação⁴⁷⁷ como condição de eficácia da decisão condenatória. Aliás, seria possível falar em condição para o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Isso tampouco significa transpor ao juiz a prática de um ato de parte, e sobre isso Piero Calamandrei explica muito bem ao tratar das linhas fundamentais do processo civil inquisitório, distinguindo a atuação de parte e a atuação de ofício do juiz. A partir do princípio dispositivo, o que não se permite jamais é que o juiz invada o “jogo de interesses opostos, que constitui, por assim dizer, a força propulsora”⁴⁷⁸ do processo em contraditório.

Uma violação à inércia da jurisdição incompatível com o sistema acusatório somente se verificaria com a iniciativa instrutória do juiz⁴⁷⁹, ou seja, a invasão na atividade instrutória, afetando o contraditório que é dominado pelas partes e representado pelos atos de produção probatória e debate. Por essa razão, acredita-se que é possível que não se considere como ato de parte a atuação do juiz que, simplesmente, submete a decisão condenatória à dupla conformidade.

Do mesmo modo, o princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*), que segundo Gustavo Badaró impede o juiz de iniciar o processo, sendo-lhe vedado o exercício da ação⁴⁸⁰, também não impede a aplicação da dupla conformidade, já que a natureza jurídica de garantia do recurso e do duplo grau de jurisdição os desvincula da concepção de prolongamento do direito de ação. Ou seja, o juiz não estará prolongando ação, já que os recursos não se vinculam a esta categoria, logo, não há violação ao *ne procedat iudex ex officio*, além do que, já afirmamos, no processo penal é mais adequado substituir a ação por acusação.

Por isso, Nereu Giacomolli defende que, em se tratando de restrição ao *status libertatis* decorrente de provimento criminal condenatório, nem mesmo a voluntariedade seria um limite aceitável ao recurso, de modo que a utilização do duplo pronunciamento é estratégia da defesa, mas não a vontade de recorrer, pois o silêncio do condenado e de seu

⁴⁷⁷ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 709.

⁴⁷⁸ CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Vol. I. Problemi Generali del Diritto e del Processo. Napoli: Morano Editore, 1965, p. 147.

⁴⁷⁹ Não concordamos com a tese de Marcos Zilli para quem a iniciativa instrutória do juiz não seria incompatível com o sistema acusatório. Para mais, ver: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 121/124.

⁴⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 43.

defensor obrigariam o magistrado a instar para que se manifeste acerca do recurso, sempre que houver restrição a direitos fundamentais⁴⁸¹.

Ainda que se trate de um meio de impugnação voluntário, o direito ao recurso em atendimento ao duplo grau de jurisdição não pode ser visto como ônus processual (ônus de recorrer), tal como proposto por alguns⁴⁸². Isso porque, tal como explica Aury Lopes Jr., após a evolução da ideia de processo como relação jurídica de Bülow e depois Wach e Chiovenda para a situação jurídica proposta por Goldschmidt, não há como reconhecer a existência de direitos e obrigações recíprocas no processo penal⁴⁸³.

Ao imputado, não há um ônus de recorrer. Existem cargas processuais, mas não há carga processual disposta sobre a defesa. Logo, o direito ao recurso para o imputado encontra-se alheio às categorias de ônus ou carga, representando uma das garantias que integram seu direito de defesa e que não pode ser prejudicado por sua inércia. Recorrer é um direito-garantia da perspectiva do imputado – e por isso não pode ser admitido pela parte acusadora, sob pena de renovação da acusação.

Por isso, Nereu Giacomolli com total acerto se manifesta contrário à aplicação deste conceito de voluntariedade recursal ao processo penal:

Contudo, em se tratando da restrição do *status libertatis* ou de um provimento criminal condenatório, a voluntariedade seria um limite aceitável convencionalmente? Penso que não. Por isso, há de ser adequada a legislação brasileira para dar efetividade ao duplo pronunciamento.⁴⁸⁴

Ressaltamos que, isso não significa dizer que o juiz estará realizando ato de parte, pois a vedação da prática de atos característicos das partes pelo juiz quer evitar uma iniciativa acusatória daquele que irá julgar, e essa mesma justificativa não pode ser usada para impedir o alcance da plenitude do conteúdo do direito ao recurso no aspecto do duplo grau de jurisdição.

⁴⁸¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 346.

⁴⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

⁴⁸³ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 193/199.

⁴⁸⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 346. Em sentido idêntico Alexandre Pozzebon, ao tratar do recurso de apelação – que para nós é o recurso que contempla o duplo grau de jurisdição por excelência – de forma prática, explica que “se o direito a um novo olhar sobre o feito se dará o exame da decisão monocrática condenatória ela superior instância, através do recurso de apelação cabível, o que ocorrerá quando, intimados o acusado e seu defensor ou apenas um deles (em razão da revelia, por exemplo), não houver interposição de recurso no prazo legal? Sim, porque da mesma forma como é possível o defensor não ter oferecido razões mesmo efetivada sua intimação para tanto, como tradicionalmente se discute, o próprio recurso pode não ter sido interposto” (POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Breves considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro. *In*: WUNDERLICH, Alexandre (coord.). **Política Criminal Contemporânea**. p. 285-303. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 286/287).

É certa a ilegitimidade manifesta e a falta de interesse do juiz em recorrer de uma decisão proferida por ele próprio⁴⁸⁵, mas o reexame obrigatório que decorre do duplo grau de jurisdição como dupla conformidade em matéria penal é uma obrigação convencional de viés protetivo e garantista que se amolda harmonicamente aos fins do processo penal como garantia em si mesmo.

Nesse sentido, não se trata de recurso *ex officio*, mas, sim, de uma dupla conformidade em matéria penal, que independe da vontade do juiz, pois trata-se de um simples ato de remeter a decisão prejudicial ao imputado a uma segunda análise por órgão hierarquicamente superior como condição necessária a aplicação de pena ou para imposição de qualquer gravame, e sem este duplo exame a decisão não alcançará sua eficácia.

Na prática, o que se propõe é uma alteração no sistema para que nos casos em que o juiz profira a decisão condenatória (ou prejudicial ao imputado), não havendo recurso no prazo legal, a serventia providenciará a remessa – não se fala em interposição, pois inexistente recorrente voluntário – dos autos para efetivação do duplo grau de jurisdição, independente de manifestação do magistrado, que não é parte e certamente não detém interesse e legitimidade recursal.

Neste caso, o Tribunal não realizará um reexame de todo caso penal, sob pena de tornar-se um novo juízo integral assim como a primeira instância. Considerando que a dupla conformidade visa a confirmar ou não a decisão prejudicial ao imputado, este juízo limita-se à apreciação dos fundamentos da decisão, ou seja, aquilo que foi valorado pelo magistrado em sua decisão. Obviamente, para atacar outros pontos que não foram valorados pela decisão se faz necessário que o imputado ou seu representante interponham recurso, impugnando os pontos que entendam pertinentes.

Por fim, a voluntariedade recursal é tema de atual relevância na discussão dos acordos de colaboração premiada. Neste ponto, a voluntariedade como nota característica de um sistema acusatório, vem sendo objeto de acordos de colaboração, pois tal como afirma Vinicius Vasconcellos “ao aderir à acusação, o imputado afasta-se de sua posição de resistência, inerente à estruturação acusatória do processo penal”⁴⁸⁶.

Sobre o tema, Figueiredo Dias já havia reconhecido a ineficácia da renúncia ao direito de recurso em qualquer acordo ou compromisso sobre a sentença e firmado anteriormente a esta, defendendo a ausência de validade na renúncia antecipada, valendo-se para tanto de dois

⁴⁸⁵ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 980.

⁴⁸⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 162.

argumentos: “A incontrabilidade de uma qualquer decisão judicial *a quo* ofende a dignidade do tribunal e acaba por afectar a mais das vezes a sua autoridade. (...) Além de que seria já em si uma indignidade pensar que um tribunal pudesse influenciar um acordo a troco da pretensa vantagem de que sua decisão se tornaria irrecorrível”⁴⁸⁷.

De modo correto, Vinicius Vasconcellos trata a disposição do direito à impugnação em acordos de colaboração premiada como uma verdadeira renúncia ao direito constitucional de acesso à justiça, pois a despeito de inexistir hierarquia material entre direitos fundamentais, por certo trata-se de uma ofensa ainda maior do que a própria renúncia ao direito ao recurso, já que “além de impor o aceite a eventual prejuízo desconhecido pelo imputado, inviabiliza por completo o controle dos acordos pelos tribunais, fomentando práticas ilegais e acordos informais”⁴⁸⁸.

É necessário permitir a revisão, não somente do acordo de delação, através de um meio de impugnação, mas, fundamentalmente, possibilitar o reexame de sua posterior aplicação na sentença, no que tange aos benefícios concedidos ao colaborador, bem como pelos delatados, os quais mesmo que impedidos de requerer a revisão do conteúdo do acordo – por não serem partes deste –, podem recorrer para impugnar o alcance das informações e a comprovação ou não das informações fornecidas pelo colaborador no curso do processo⁴⁸⁹.

Sabendo que os recursos e as ações autônomas de impugnação, no processo penal, decorrem diretamente da ampla defesa⁴⁹⁰, dispor sobre esses direitos fundamentais em acordos de colaboração premiada, seja para limitar os recursos e *habeas corpus* futuros, seja para impedir a revisão do próprio acordo, é mais do que violar o direito ao recurso, pois atinge diretamente o direito à ampla defesa.

Superada a análise acerca da voluntariedade, cabe agora demonstrar que pensar o direito ao recurso e o duplo grau de jurisdição no modelo acusatório de processo e a adoção de categorias próprias ao processo penal importam, como consequência inexorável, na necessária reflexão acerca da legitimidade e interesse do exercício deste direito⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 94/95.

⁴⁸⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 163

⁴⁸⁹ Nesse sentido: STF, QO na PET 7074, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017.

⁴⁹⁰ Afinal a Constituição Federal em seu Art. 5º, inciso LV assegura a toda pessoa, no âmbito do processo judicial ou administrativo, a “ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Nesse sentido: NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 921

⁴⁹¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 662/663.

2.3.2 Legitimidade recursal e Interesse de agir: o abandono da ideia de sucumbência e da categoria interesse recursal no processo penal

No plano processual traçado por uma unitária Teoria Geral dos Recursos (Teoria Geral da Impugnação), a *legitimidade recursal* é incorporada ao processo penal e terá sua previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 577 do Código de Processo Penal⁴⁹², cuja leitura demonstra a possibilidade de interposição de recursos por qualquer uma das partes do processo, seja pela parte ativa e acusadora, Ministério Público ou querelante, seja pela parte passiva e acusada, o réu – este, agindo por si só ou por intermédio de seu advogado ou defensor público.

Por sua vez, a interpretação do parágrafo único desse dispositivo, *a contrario sensu*, impõe a necessidade de *interesse de agir* para a interposição do recurso, dispondo que poderá recorrer aquele “que tiver interesse na reforma ou modificação da decisão”, o que exara a incorporação não somente da legitimidade, mas, também, da categoria interesse recursal, ambas pautadas no conceito de sucumbência também importado da unitária Teoria Geral dos Recursos.

Primeiramente, no que tange ao interesse recursal Del Pozzo adverte que: “a pátria do conceito de interesse é seguramente o direito processual civil e aplicações substanciais dele foram feitas, como é sabido, no campo do direito administrativo (...) No campo penal, a ideia de interesse não possui a amplitude do civil. Ela impregna essencialmente dois grandes campos: aquele das nulidades e aquele das impugnações”⁴⁹³.

No entanto, o interesse recursal que possibilita a impetração do recurso, diferentemente do processo civil, em que está relacionado à sucumbência⁴⁹⁴, que nada mais é do que a “desconformidade entre o que foi pedido e o que foi concedido”⁴⁹⁵, no processo penal, ele nasce, não do simples inconformismo com a decisão, mas a partir de uma situação

⁴⁹²Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor. Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

⁴⁹³ DEL POZZO, Carlo. **Le impugnazioni penali**: parte generale. Padova: CEDAM, 1951, p. 414.

⁴⁹⁴ Esta definição deriva do processo civil e, fora importada da Alemanha para a Itália por obra de Chiovenda que definia como sucumbente o vencido na luta judicial, em uma concepção definida pela diferença entre os pedidos feitos pelas partes e a sentença judicial (MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 113/115).

⁴⁹⁵ Essa ideia de sucumbência foi acriticamente absorvida, de forma simplista, pela doutrina processual penal, tal como se verifica em: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 4. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 246, e também em PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 963.

objetiva relacionada com a ocorrência de prejuízo a um direito, em decorrência da decisão judicial⁴⁹⁶.

Em uma primeira análise, é preciso reconhecer que a ideia de sucumbência, além de “estranha ao processo penal”⁴⁹⁷, não é suficiente para sustentar o direito ao recurso e, bem assim, a legitimidade e o interesse recursal no processo penal. Tal como já foi desenvolvido por Afrânio Silva Jardim, inexistente sucumbência ao assistente não habilitado no processo penal, assim como inexistente sucumbência ao Ministério Público na ação penal privada, pois ambos não são partes nos processos mencionados, não formularam qualquer pedido ou a ele se opuseram e, portanto, não sucumbem no respectivo processo penal⁴⁹⁸.

Por sua vez, Manzini defendia ser inadmissível que o Ministério Público recorresse em favor do imputado, reconhecendo apenas a possibilidade de que o *Parquet* com interesse na exata aplicação da lei (sic) poderia impugnar a decisão e, por consequência, acarretar um resultado favorável ao imputado⁴⁹⁹.

No entanto, esta não é principal razão para refutar a aplicação do conceito de sucumbência como justificante do interesse recursal no processo penal. Barbosa Moreira, pelas mesmas razões pontuadas por Afrânio Jardim, já havia afirmado a insuficiência da ideia de sucumbência como fundamento do interesse de recorrer no processo civil, considerando que o terceiro prejudicado poderia ter “interesse” em impugnar uma decisão – pois, restou atingido por esta –, sem que tenha ele sucumbido, haja vista que não é parte do processo em que a decisão foi proferida⁵⁰⁰.

É preciso demonstrar que, para além de ser insuficiente, a ideia de sucumbência, em verdade, não é cabível para justificar o interesse recursal no processo penal. Isso decorre da premissa inicial de que o interesse não nasce com a simples desconformidade entre a decisão de mérito e a pretensão inicial, ou ainda de um mero inconformismo com a decisão, mas sim

⁴⁹⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 187.

⁴⁹⁷ BARGI, Alfredo. GAITO, Alfredo. Il recorrente ritorno della consulta alla cultura processuale inquisitoria: L'eccentrica definizione della funzione di garanzia del p.m. nel sistema delle impugnazioni. In: GAROFOLI, Vincenzo. **La sentenza della corte costituzionale 6 febbraio 2007 n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione**. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 40.

⁴⁹⁸ JARDIM, Afrânio Silva. O Ministério Público e o interesse em recorrer no processo penal. **Justitia**, São Paulo, 47 (131), p. 405-412, setembro, 1985, p. 406.

⁴⁹⁹ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954, p. 29.

⁵⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juízo de Admissibilidade no sistema dos Recursos Cíveis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Volume 19, 1968. Rio de Janeiro, p. 94.

da existência de um gravame (prejuízo) a um direito, ocasionado pela decisão judicial impugnada⁵⁰¹.

Essa, aliás, é a contribuição trazida pela tese de Mauricio Zanoide de Moraes, que reconhece uma evolução da construção doutrinária da concepção formal de sucumbência observada a partir de três critérios – gravame (prejuízo), pedido (demanda) e ser parte no processo⁵⁰² –, para “aceitar que há um prejuízo jurídico apto a servir de causa do interesse em recorrer quando, por força dos efeitos de uma decisão judicial, houver lesão ou ameaça à esfera jurídica”⁵⁰³. Discordamos do autor apenas quanto ao conteúdo do prejuízo, que para ele pode ser observado em aspecto processual, ou seja, a partir das expectativas jurídicas do interessado⁵⁰⁴, o que provoca a instrumentalização do processo que refutamos nesse trabalho.

Reduzir o interesse de recorrer a um gravame (prejuízo) de ordem material ou processual é aquilo que permite Ernst Beling afirmar que está legitimado para recorrer todo aquele que sofre um gravame com a decisão e que, portanto, a pessoa absolvida careceria de um direito de recorrer.⁵⁰⁵ De fato, o conceito de “prejuízo jurídico” proposto por Zanoide alarga a base apta a determinar a causa do interesse recursal⁵⁰⁶, mas expande demasiadamente, permitindo a manutenção da bilateralidade recursal de forma similar ao que ocorre com a ideia de sucumbência, de modo que uma melhor compreensão demanda que esse prejuízo jurídico só possa ser considerado como prejuízo material a um direito.

Ainda que não conclua no mesmo sentido que se pretende neste trabalho, Claus Roxin reconhece que, para a admissibilidade dos recursos, junto à legitimidade recursal seria necessário o interesse decorrente de um gravame descrito por ele como um “pressuposto geral material”⁵⁰⁷. Portanto, sendo o recurso um direito fundamental e uma garantia no processo penal, a fonte correta para assunção (verificação) do interesse é a ocorrência de prejuízo material ocasionado à parte.

⁵⁰¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.005.

⁵⁰² MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 117.

⁵⁰³ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 145.

⁵⁰⁴ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 146.

⁵⁰⁵ BELING, Ernst. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1943, p. 250. Em sentido parecido também o faz Carnelutti ao reconhecer “limites ao interesse do imputado ou do defensor no sentido de que este pode desde logo impugnar a condenação, mas nem sempre a absolvição” (CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Vol. 4. 1 ed. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 143).

⁵⁰⁶ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 149.

⁵⁰⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediores del Puerto, 2000, p. 448.

Assim, no que se refere ao imputado, é facilmente verificável o interesse recursal ocasionado pelo prejuízo material que lhe acomete uma decisão condenatória, impondo gravame sobre seu direito à liberdade, sobre a presunção de inocência e sobre tantos outros direitos que poderão ser objetos de restrição em decorrência dos efeitos da condenação penal (artigos 91 e 92 do Código Penal).

No entanto, é impossível que se vislumbre a ocorrência deste binômio interesse-prejuízo à parte acusadora, pois inexiste um interesse recursal aflorado, naquilo que concerne ao acusador, seja ele público ou privado, diante de uma sentença absolutória, e isso se dá em razão da incoerência de prejuízo a direito do acusador. A sentença absolutória não causa prejuízo a qualquer direito pertencente à parte acusadora, e para compreender isso é preciso reconhecer o grande acerto de James Goldschmidt ao distinguir exigência em sentido material e a pretensão em sentido processual⁵⁰⁸.

Primeiramente, porque no processo criminal, como se sabe, não há propriamente uma demanda do acusador contra uma demanda do réu⁵⁰⁹; inexiste lide ou conflito de interesses⁵¹⁰, não havendo pretensão resistida, já que, em face ao princípio da obrigatoriedade/necessidade, a pena somente pode ser alcançada através do processo.

Afinal, a partir do conceito de pretensão acusatória, Agostino de Caro afirma que “o Ministério Público tem o dever de processar, pedindo ao juiz uma sentença. A escolha do juiz nunca é contra, pois parece sugerir a referência ao conflito processual civil ligado a sucumbência que, no entanto, evoca o conceito adicional de disputa judicial”⁵¹¹ inexistente no processo penal.

Também não se pode coadunar com o argumento retórico de que o Ministério Público – atuando como órgão imparcial (?) – seria detentor de um “interesse impessoal na correta aplicação do direito”⁵¹², ou mesmo um discurso infundado para manifestar a presença de um prejuízo à sociedade⁵¹³ que, representada pelo acusador, faria *jus* ao interesse de recorrer da decisão absolutória.

⁵⁰⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. Vol. II. Buenos Aires: E.J.E.A., 1961, p. 57

⁵⁰⁹ LEONE, Giovanni. **Diritto processuale penale**. 7 ed. Nápoles: Jovene, 1968, p. 74.

⁵¹⁰ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 236.

⁵¹¹ DE CARO, Agostino. L'illegittimità costituzionale de divieto di apelo del pubblico ministero tra partià dele parti e dirro al controlo di mérito della decisione. **Diritto Penale e Processo**, n. 5/2007, p. 621.

⁵¹² Tal como já foi criticado por Ricardo Gloeckner em: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 189.

⁵¹³ É possível encontrar na doutrina aqueles que defendam uma “sucumbência da sociedade” (sic) no caso de absolvição do acusado, mesmo em casos nos quais a própria acusação pleiteou a absolvição, tal como defende Rogério Schietti (CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed.

Isso porque Carnelutti já nos explicou ser impossível a “quadratura do círculo”⁵¹⁴, eis que o acusador é parte e, como tal, é parcial, além do que, o acusador público não representa a sociedade, mas tão somente exerce um dever-poder⁵¹⁵ de acusar, em face da obrigatoriedade do processo penal para aplicação da pena, e a impugnação não se fundamenta na obrigatoriedade do exercício da ação, que se exaure com o oferecimento da denúncia⁵¹⁶.

É demasiadamente superficial afirmar que o acusador público pode(ria) recorrer em prol da sociedade, assim como, v.g. defender o “princípio” do *in dubio pro societate*, pois está impregnado das mesmas inadequações políticas e constitucionais, quais sejam: é incompatível com o Estado Democrático de Direito, desamparado de fundamentos principiológicos e incongruente com a lógica do sistema processual penal brasileiro, no qual o Ministério Público, ainda que adstrito à ordem jurídica e respeitador dos direitos individuais e sociais indisponíveis, atua como titular da ação penal pública e, portanto, é parte e como tal é parcial, não atuando em favor da sociedade no processo penal⁵¹⁷.

Por isso, Franco Cordero esclarece de maneira certa que o interesse como “requisito parece configurável apenas relativamente às partes privadas: o ator público não tem interesses próprios”⁵¹⁸. E contribuindo para tal pensamento, Giovanni Leone, ao analisar o interesse de impugnar, afasta qualquer interesse recursal em prol da legalidade “não se podendo admitir um mero interesse à correta aplicação da lei”⁵¹⁹.

Por sua vez, no que diz respeito ao acusador privado, o simples fato de se alterar a titularidade do polo ativo não provoca uma alteração na natureza jurídica da ação penal, que permanece sempre, no âmbito penal, sendo uma ação penal pública⁵²⁰. Apenas sua iniciativa é transferida à parte ofendida e, portanto, privada, por opção legislativa em razão dos interesses envolvidos. Dessa forma, também é demasiadamente errôneo afirmar que o querelante

São Paulo: Atlas, 2013, p. 38). No entanto, reconhecer isso seria, no mínimo, permitir que qualquer um do povo pudesse recorrer, mesmo não sendo legitimado a ingressar nos autos como assistente de acusação, além de subverter a própria finalidade do processo penal.

⁵¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Mettere il pubblico ministero al suo posto*. **Rivista di diritto processuale**. Volume VIII, Parte 1, 257-264, Padova: Cedam, 1953, p. 257.

⁵¹⁵ Por isso sugere-se a o abandono do conceito de ação no processo penal, haja vista que o Estado-acusação não exerceu um direito, mas sim um poder limitado e regulado (tal como demonstrado em GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Sistema penal e violência**. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 47-61, jan./jun. 2011, p. 56).

⁵¹⁶ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 214.

⁵¹⁷ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 807.

⁵¹⁸ CORDERO, Franco. **Guida Allá procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 394.

⁵¹⁹ LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**. Tomo III. Napoli: Jeovene, 1961, p. 97.

⁵²⁰ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 118.

(ofendido) recorre da sentença absolutória na defesa de algum direito do qual é titular e que foi afetado pela decisão judicial.

Em segundo lugar, o acusador, seja ele privado ou público, não é detentor de um direito material a ser pleiteado em juízo – não há pretensão punitiva⁵²¹ –, pois possui, tão somente, uma pretensão acusatória⁵²² exercida em desfavor do acusado e, em caso de decisão absolutória, ainda que exista uma desconformidade entre o ato decisório e a imputação pleiteada pela acusação, o que existirá será um mero dissabor (frustração) pela insatisfação na pretensão, mas não a violação ou prejuízo a um direito. Isso se deve ao fato de que o direito-dever de punir é do Estado-Juiz (jugador), e não de quem acusa. Piero Calamandrei foi o primeiro a alertar para uma distinção entre o interesse recursal da parte pública, o Estado-acusação, e o interesse recursal da parte privada acusada no processo penal, reconhecendo que somente este possui um direito subjetivo tutelado no processo⁵²³.

Isso porque a *pretensão* acusatória deriva de um dever-poder, o que a faz nitidamente diferente de um *direito*. Nesse contexto, o processo penal que ao final conceber uma decisão absolutória provoca frente ao acusador a mera frustração de uma pretensão, enquanto a decisão condenatória provoca violações a direitos do acusado, e somente neste último caso pode se falar em prejuízo capaz de fundamentar o interesse recursal necessário para impugnar a decisão.

Portanto, ao acusado condenado, vislumbra-se a *violação de direitos*, sobretudo, direitos fundamentais, tais como a liberdade e a presunção de inocência, dentre outros. No que tange ao acusador, em face de uma sentença absolutória, inexistente direito violado, mas somente a *frustração da pretensão acusatória*, eis que, desde o início, inexistia em seu favor qualquer direito, mas apenas a pretensão de acusar (um poder, de iniciativa pública ou privada, de proceder contra alguém em juízo⁵²⁴). Resumidamente, o *prejuízo a direito* que demonstra o interesse recursal do imputado não encontra correspondência no acusador que detém apenas *pretensão*, e a eventual *frustração* desta é insuficiente para fundamentar o interesse recursal contra uma decisão absolutória.

Importante lembrar, ainda, que a ideia do recurso como prolongamento da ação e que permitiria atribuir ao titular do direito de ação a titularidade e o interesse recursal também já

⁵²¹ A inexistência de pretensão punitiva já foi objeto de análise no tópico 1.3.2

⁵²² LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 130/133.

⁵²³ CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 154.

⁵²⁴ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 132/133.

foi rebatida neste trabalho⁵²⁵. Trata-se de conceito civilista, não cabível no âmbito do processo penal, seja porque desconsidera a distinção entre os conceitos próprios de processo e ação, já que os recursos não se tratam de um desdobramento da ação, mas sim de uma continuidade do processo; seja porque esse prolongamento da acusação é injustificável e provoca um duplo risco após a sentença absolutória; ou, ainda, porque o acusado não detém direito de ação para recorrer, e seu recurso não se trata de um desdobramento do direito de defesa, mas sim uma garantia que protege seus direitos; seja porque a aceitação do processo como situação jurídica nos leva a reconhecer o recurso como a criação de uma nova situação jurídica, dentro do mesmo processo, com novos riscos, expectativas e oportunidades.

Em conclusão ao que foi dito acima, Rubens Casara resume de forma direta a inexistência de direito ao recurso do acusador, em consequência da inexistência de direito de ação no processo penal:

No processo penal, em regra, não se pode falar em direito de ação, posto que na verdade o que existe é o dever estatal de dar início à persecução penal em juízo (princípio da obrigatoriedade/legalidade da ação penal de iniciativa pública). (...) Percebe-se, pois, que, no processo penal, o direito ao recurso não pode ser prolongamento de algo que originariamente não existe. Se não existe o direito de ação do acusador, não há que se falar em direito ao recurso.⁵²⁶

Nessa esteira, tomando a *legitimidade recursal* como pressuposto do interesse⁵²⁷, ainda que o Ministério Público detenha a legitimidade nas ações penais públicas e o ofendido ou seus representantes detenham a legitimidade nas ações penais privadas, tal como ensina Carnelutti, a legitimidade por si só não é suficiente se carente de interesse⁵²⁸. E, nestes casos, é preciso admitir que inexistente interesse de impugnar aos acusadores, sopesando o abandono da ideia de prejuízo geral (processual ou material) que leva ao mesmo caminho da já superada sucumbência. Da mesma forma, é necessária a evolução para a aceitação de um direito ao recurso – e não mais interesse – disponível apenas ao imputado, demonstrando que a titularidade do direito de acusação não é suficiente para legitimar a interposição de recursos acusatórios.

⁵²⁵ Ver tópico 1.3.3.

⁵²⁶ CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 507.

⁵²⁷ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 400.

⁵²⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Vol. 4. 1 ed. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 143.

Para além disso, é preciso reconhecer que a própria categoria “interesse recursal” criada para o processo civil não é aplicável ao processo penal, pois, enquanto categoria importada de um ramo do direito no qual, via de regra, prevalecem interesses privados, não se adapta a todas as partes do processo penal, considerando que inexistente, tal como exposto, interesse para a acusação.

Assim, partindo-se da compreensão de que o referido paradigma da bilateralidade é insuficiente para lidar com todos os problemas que exsurtem do processo penal, seria mais correto afirmar que, em vez de um interesse recursal, existe, sim, um direito fundamental ao recurso e ao duplo grau de jurisdição. Portanto, há um *direito* ao recurso que pertence ao imputado, e não um interesse. Logo, não há um direito ao recurso para a acusação.

Essa evolução da categoria *interesse recursal* para aderir à categoria *direito ao recurso* trará, ainda, outras consequências no que concerne à disponibilidade, tal como demonstrado no tópico antecedente.

Um último argumento possível para concretizar o abandono do interesse recursal para a parte acusadora é trazido por Fauzi Hassan Choukr, que se apega ao fato de que “o direito de ação, quando reconhecido como existente por um provimento definitivo de mérito, tem como efeito a alteração do mundo da vida. Essa alteração, em uma sentença condenatória, significa a imposição de uma sanção pelo Estado. A sentença absolutória traduz que não há alteração do mundo dos fatos a ser produzida, confirmando-se a presunção de inocência, não se falando no caso do exercício do direito de ação, mas sim de direito à administração da justiça”⁵²⁹.

No entanto, concordando em parte com a hipótese acima exposta, a total aceitação desse pensamento pode ocasionar a conclusão da inexistência do direito de ação nos casos de sentença absolutória, afinal inexistiria alteração fática em decorrência da decisão que confirma o estado de inocência. Isso ocorre, pois a aceitação de que o direito ao recurso é nada mais que uma extensão do direito de ação⁵³⁰ conduz à ideia de uma continuidade da “relação processual”, de modo que os legitimados e interessados, em regra, corresponderiam àqueles legitimados para exercer a acusação.

⁵²⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 671.

⁵³⁰ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

Nessa concepção, tal como adverte Geraldo Prado, a partir do recurso, a ação se prolonga, a defesa se prolonga e assim permanece a concepção bilateral dos recursos⁵³¹. No entanto, com o esgotamento da sentença de mérito, e não obtida decisão favorável à acusação, inexistem fundamentos para que se reconheça a possibilidade de se “prolongar” o direito de acusar – renovando a acusação até então frustrada –, desautorizando-se a continuidade da persecução penal⁵³².

Isso ocorre não apenas pelo não cabimento da ideia de sucumbência no processo penal, ou ainda, pela proposta de abandono da categoria interesse recursal, mas, fundamentalmente, porque a ação, reconhecida como o direito meramente formal de acusar⁵³³ (teoria da acusação), uma vez exercida, dá lugar à jurisdição e ao processo. Ou seja, a ação se exaure com o oferecimento da denúncia ou queixa, não sendo correto falar em seu prolongamento, especialmente após ter sido proferida sentença absolutória.

Ademais, o direito de ação – que no processo penal deve(ria) ser substituído pelo conceito de acusação – na ação penal pública ou privada somente é exercido pela acusação; o réu não exerce direito de ação⁵³⁴ enquanto acusado. Desta forma, o recurso de defesa não é o prolongamento do direito de ação, pois o acusado sequer é o titular de tal direito; logo, se não é o acusado quem exerce tal direito, não poderia ele prolongar o exercício daquilo de que não é titular. Por isso o recurso deve ser visto como um direito, uma garantia do imputado.

Portanto, além de abandonar a ideia de sucumbência e a categoria interesse recursal, é preciso concluir que o recurso não é uma extensão do direito de ação. Logo, inexistente, ao menos obrigatoriamente, uma correspondência entre legitimados para o exercício da ação e legitimados para o exercício do direito ao recurso.

2.4 A bilateralidade recursal em confronto com o processo penal acusatório e a paridade de armas

Desde uma concepção dos recursos construída nas bases da já criticada Teoria Geral da Impugnação, a Doutrina e a Jurisprudência consolidaram o paradigma da bilateralidade

⁵³¹ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. *In*: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 114.

⁵³² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 64.

⁵³³ GOMES ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones S. A., 1981, p. 89.

⁵³⁴ “No processo penal é manifestamente contraproducente se afirmar que o réu teria a possibilidade de exercer “ação” no mesmo patamar do Ministério Público” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Sistema penal e violência**. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 47-61, jan./jun. 2011, p. 57).

recursal⁵³⁵ como característica dos meios de impugnação. A bilateralidade, para Pedro Aragonés Alonso, é a forma de resolução dos conflitos que demanda distribuição da atuação para ambas as partes interessadas⁵³⁶ e, que no ambiente do sistema recursal, é o que permite admitir que qualquer das partes do processo recorram.

Ricardo Gloeckner identifica que o paradigma da bilateralidade recursal se apoia em dois elementos: primeiro, nas ideias de interesse e legitimidade recursal e, segundo, na natureza jurídica dos recursos e meios de impugnação.⁵³⁷ Inobstante, é preciso lembrar que ambos os elementos já foram por nós revisitados no presente trabalho, de forma que a bilateralidade recursal não encontra fundamento à sua manutenção na ideia de interesse recursal, que somente se verifica diante do prejuízo material – inexistente para acusação –, tampouco na natureza jurídica dos recursos, não mais interpretada como prolongamento de um direito⁵³⁸.

Nesse ambiente, o paradigma da bilateralidade ainda pode socorrer-se em busca da fundamentação em outros elementos do processo penal. Isso porque a ideia de bilateralidade no processo penal está diretamente ligada ao contraditório⁵³⁹, pois, como adverte Jacinto Coutinho, o “contraditório é sinônimo de bilateralidade dos atos processuais, mormente os probatórios, e subsiste independentemente de conflito, embora como princípio, seja retórico”⁵⁴⁰.

Contudo, os recursos não possuem vinculação com o contraditório processual⁵⁴¹, e isso não acarreta prejuízo à ampla defesa e ao devido processo legal, isso porque o contraditório é técnica de colheita probatória⁵⁴², ou seja, é no ambiente probatório que o contraditório aparece como fundante, e não nos recursos.

⁵³⁵GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Direito fundamental ao recurso no processo penal**: uma crítica concepção bilateral da impugnação. Revista Justiça e Sistema Criminal. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 186.

⁵³⁶ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal**. Introduccion. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 90.

⁵³⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Direito fundamental ao recurso no processo penal**: uma crítica concepção bilateral da impugnação. Revista Justiça e Sistema Criminal. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 187/188.

⁵³⁸ Tal como visto no tópico 1.3.3 deste trabalho, é necessário abandonar a ideia de que os recursos são mero prolongamento ou o desdobramento do direito de ação ou de defesa. Sua interposição apenas evita o trânsito em julgado e com isso mantém intacta a mesma relação processual, criando apenas uma nova situação jurídica.

⁵³⁹ Afinal, segundo Ricardo Gloeckner “o exercício do contraditório tem como função contrair a unilateralidade de determinados atos processuais, igualmente investido da tarefa de modelação da imputação” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 2, n. 1, 2016. p. 207.)

⁵⁴⁰ COUTINHO, Jacinto N. Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 1998, p. 135.

⁵⁴¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. MENDES, Tiago Bunning. A inexistência de fundamentos para o recurso acusatório no processo penal: uma crítica ao paradigma da bilateralidade recursal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 26, vol. 150, dezembro 2018, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 260/26.

⁵⁴² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 310.

Notadamente, isso não significa abandonar o contraditório no juízo recursal, sobretudo quando se tem (re)produção probatória no julgamento do recurso, pois é nesse momento em que se faz necessária a presença do contraditório, da oralidade e da imediação. Portanto, a bilateralidade que se vê no contraditório permanece relacionada à colheita e produção de prova no juízo recursal, mas não é característica ou fundamento dos recursos.

Segundo Julio Maier, muitos relacionam a bilateralidade e o contraditório, inclusive como sinônimos, mas não se pode esquecer que no processo civil se pretende uma equiparação total e, por isso, a este processo é cabível a bilateralidade. Contudo, no processo penal a bilateralidade sugere mais um aspecto externo de um problema relacionado ao contraditório: “a necessidade de conceder ao imputado faculdades equivalentes ao acusador, ou ao menos faculdades que lhe permitam resistir com eficiência a persecução penal de que é o objeto”⁵⁴³.

Portanto, além da ausência de fundamentos à bilateralidade recursal – nas categorias de interesse/legitimidade, natureza jurídica e contraditório –, a pretensa igualdade processual também é importante elemento para a ruptura com a bilateralidade dos recursos no processo penal.

Primeiramente, pensar em paridade de armas como igualdade processual⁵⁴⁴ não se satisfaz com mera igualdade formal, sendo necessário promover uma igualdade material⁵⁴⁵ que mais se aproxima do conceito de isonomia, na qual se faz necessária uma desigualdade em prol do imputado, visando, de fato, equilibrar as condições no processo penal⁵⁴⁶.

Por isso, Vinicius Vasconcellos aponta a diferença entre o processo penal e o processo civil esclarecendo que:

Diferentemente da esfera cível, o processo penal apresenta situação de desigualdade inerente, pois a persecução criminal movimenta o incomparável poder estatal contra um indivíduo singular, que somente tem seus direitos fundamentais como escudo de proteção, de modo que o processo penal precisa ter mecanismos para buscar um equilíbrio substancial, o que consagra o princípio do *favor rei*.⁵⁴⁷

⁵⁴³ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 552.

⁵⁴⁴ VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Coleção Ada Pellegrini Grinover. Coordenadores: Gustavo Badaró e Petronio Calmon. Vol. 2. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 236.

⁵⁴⁵ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 7ª Edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 136.

⁵⁴⁶ “De certo modo, não se cuida de uma autêntica ‘igualdade de armas’, e sim, precisamente, de um equilíbrio de situações recíprocas” (CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 106.) Do mesmo modo André Nicolitt: NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 921

⁵⁴⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal**: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença

Em realidade, no processo penal a paridade de armas é falácia, pois tal como adverte Gabriel Divan a equivalência axiológica entre condenação e absolvição nos termos do exercício da jurisdição deliberadamente não promove equilíbrio valorativo entre acusador e réu.⁵⁴⁸ A igualdade processual é sempre utópica no processo penal, talvez seja inalcançável, mas nem por isso deixa de ser a meta a ser um dia alcançada em busca de uma disparidade cada vez menos latente e prejudicial ao imputado.

Isso porque é impossível pensar em paridade de armas em um ambiente desigual⁵⁴⁹, já que uma das partes é pública – pois em regra, a acusação é promovida pelo Ministério Público (artigo 129, I da CF) –, e a outra particular (o acusado), o que por si só torna a relação desigual. Por sua vez, ainda que a iniciativa seja privada, a desigualdade permanece, pois somente uma das partes corre o risco de sofrer o cerceamento de sua liberdade e outros direitos ao final do processo.

O retrato desse ambiente desigual no processo penal pode ser verificado no próprio sistema de impugnações, em diversas situações, tais como: a) quando se permite ao Ministério Público emitir Parecer em recursos em que o órgão já se manifestou, desconsiderando seu lugar como parte (parcial) no processo penal; b) quando se permite que o Ministério Público emita Parecer em *habeas corpus*, ignorando o fato de que o órgão acusatório sequer é parte nesta ação autônoma de impugnação, o que também não justifica sua atuação como *custos legis* já que o órgão acusador jamais será desinteressado e imparcial em ações penais de iniciativa pública, pois ainda que o *habeas corpus* seja autônomo em face do processo-crime, sua função é discutir questões oriundas deste⁵⁵⁰; c) quando se permite que o Ministério Público recorra das decisões que concedam *habeas corpus* em face da reiterada afirmação de que o órgão não é parte nesta ação e, portanto, não detém legitimidade, somado ao fato de que

condenatória. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 74 (no prelo).

⁵⁴⁸ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal**. Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 119.

⁵⁴⁹ Quanto ao tema, Geraldo Prado responde: “Por que somente a Defesa pode recorrer da decisão de mérito? Porque realmente devemos nos acautelar dos julgamentos injustos que causem prejuízo ao acusado impondo-lhe sanção penal que às vezes ele não deveria receber. À acusação, por seu turno, é dado o direito de no espaço do processo penal provar os fundamentos de sua pretensão, de demonstra os fatos sobre os quais sustenta seu pedido de condenação. Se não o consegue, se o acusador não convence o juiz, não há porque supor que o tribunal que normalmente não terá contato com as mesmas provas e com os mesmos argumentos e que se limitará a uma atividade de interpretação de textos, fará justiça modificando a sentença absolutória” (PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 115).

⁵⁵⁰ Sobre o tema: VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Coleção Ada Pellegrini Grinover. Coordenadores: Gustavo Badaró e Petronio Calmon. Vol. 2. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 306/323.

é escolha do legislador constitucional que somente as decisões denegatórias de *habeas corpus* sejam recorríveis (artigo 102, II “a” e Artigo 105, II “a” da CF).

Pensando nisso, Mirjan Damaska defende que, para equilibrar as vantagens existentes entre os sujeitos processuais públicos que se encontram em posição superior aos litigantes ordinários (privados), se faz necessário negar à parte pública ao menos alguns direitos processuais que se concedem aos particulares⁵⁵¹, para assim chegar o mais próximo possível de uma pretensa igualdade processual e, nas palavras de Scarance Fernandes, suprimir-se “o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas”⁵⁵². A busca pela igualdade precisa e, primordialmente, exige a disparidade⁵⁵³.

André Nicolitt reconhece que “por vezes presenciamos no processo penal algumas diferenciações fruto da desigualdade de posições. (...) Desta forma o processo é destinado a desigualar as partes”⁵⁵⁴, citando como exemplo a revisão criminal disponível apenas ao imputado, em razão de ser a parte mais fraca.

Em resumo, a essência originariamente desigual entre as partes faz com que a disposição das mesmas armas tanto para a defesa quanto para a acusação, jamais permita uma relação de igualdade entre elas.

É preciso, sim, reconhecer que o processo penal merece categorias próprias e, portanto, é necessária uma releitura sobre o fundamento dos recursos para sua otimização em favor do indivíduo, pensando-o como autêntico direito fundamental⁵⁵⁵, como uma garantia exclusiva da pessoa acusada, que justamente lhe diferencia das demais modalidades processuais⁵⁵⁶, um desequilíbrio na balança que se justifica como propulsor de um necessário equilíbrio que precisa ser alcançado.

É nesse mesmo sentido que Ricardo Gloeckner reconhece o recurso unicamente em favor do acusado como uma das necessárias desigualdades no processo penal democrático:

Essa estética agonista diz respeito ao tratamento bilateral (como verdadeiros sujeitos privados) entre acusação e acusado, que resulta, invariavelmente em

⁵⁵¹ DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del proceso legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 180.

⁵⁵² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 56

⁵⁵³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 74 (no prelo).

⁵⁵⁴ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 7ª Edição. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 136.

⁵⁵⁵ WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnação no processo penal constitucional brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.) **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 40/41.

⁵⁵⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 189.

incompreensões epistêmicas da própria natureza do processo penal: essa posição idealmente agonista (embora a estrutura seja inquisitória), faz, por exemplo, que se coloque em discussão postulados como a presunção de inocência, recursos em favor unicamente do acusado e outras garantias do polo mais fraco, como se se tratassem de verdadeiros benefícios (injustamente não concedidos à parte acusadora). Entretanto, tais críticas sofrem de uma espécie de bulimia semântica, por desconsiderarem justamente as premissas mais elementares do processo penal democrático. O processo penal requer uma desigualdade que justamente lhe diferencia das demais modalidades processuais.⁵⁵⁷

Diogo Malan adverte que: “Não deve causar surpresa a existência de direito fundamental de titularidade exclusiva do acusado, à semelhança da ampla defesa, do direito ao silêncio, da presunção de inocência e etc.”, além do próprio direito ao confronto citado pelo autor como direito fundamental de titularidade exclusiva do acusado.⁵⁵⁸

É com esses fundamentos – ou pela inaplicabilidade daqueles que boa parte da doutrina utiliza para sustentar a bilateralidade –, que compreendemos ser necessário o abandono do paradigma da bilateralidade recursal, em busca de um processo penal acusatório e que demanda, necessariamente, a igualdade de partes⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Direito fundamental ao recurso no processo penal**: uma crítica concepção bilateral da impugnação. Revista Justiça e Sistema Criminal. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 189.

⁵⁵⁸ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 101, nota 128.

⁵⁵⁹ Nesse sentido, ainda que se referindo ao modelo adversarial de processo: VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Coleção Ada Pellegrini Grinover. Coordenadores: Gustavo Badaró e Petronio Calmon. Vol. 2. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 160/162.

3 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO SUPERANDO A BILATERALIDADE RECURSAL

Qual o fundamento, qual a atribuição e a função sistêmica do duplo grau de jurisdição são as perguntas a serem respondidas neste capítulo, a partir de alguns conceitos oriundos de uma Teoria Geral dos Recursos do Processo Penal proposta anteriormente, os quais, ainda que não exaurientes, possibilitam uma (re)interpretação do duplo grau de jurisdição para além do que está posto e pensado a partir do paradigma de bilateralidade recursal.

3.1 O necessário controle de convencionalidade: o duplo grau de jurisdição existe!

O ponto de partida para o estudo do duplo grau de jurisdição é a análise da colocação desse postulado normativo em nosso ordenamento jurídico atual, para não dizer simplesmente qual a sua previsão normativa, considerando que sua origem dogmática está enraizada junto à origem dos recursos já retratada no item 1.2 deste trabalho.

Fala-se em postulado normativo certamente para evitar uma maior discussão acerca da ordem das coisas necessária para a colocação do duplo grau de jurisdição em um local de regra ou princípio. Contudo, evitando maiores delongas, pois não é esse o objetivo central deste capítulo, é preciso reconhecer o duplo grau de jurisdição como *regra* – e não princípio⁵⁶⁰ – considerando que é norma imediatamente descritiva, com pretensão de decidibilidade e abrangência⁵⁶¹.

Com isso, pretende-se evitar, desde logo, qualquer tentativa de eliminação ou afastamento⁵⁶² de sua observância a partir de incabíveis ponderações, pontuando-se que toda e qualquer decisão penal de mérito – proferida em desfavor do imputado – precisa, necessariamente, ser submetida ao duplo grau de jurisdição.

Parte da doutrina processual penal brasileira já advertiu que, dentre nós, muito “discute-se sobre a existência ao direito ao recurso”⁵⁶³, vez que a cultura jurídica fundada no

⁵⁶⁰ Para o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, o duplo grau de jurisdição representa um “princípio” e por isso não seria absoluto devendo ser compatibilizado com algumas exceções (STF, AI 601.832 AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. 17/03/2009).

⁵⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 102.

⁵⁶² “As regras por outro lado se afastadas de um caso, devem, necessariamente, ser afastadas de todos os outros futuros (...)” (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Coleção o que é isto. Vol. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 94).

⁵⁶³ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 489.

tecnicismo jurídico que se deleita em um positivismo inarredável contesta a admissão ou não do duplo grau de jurisdição em nosso ordenamento⁵⁶⁴, sobretudo para quem se limita a pensar que o ponto nodal é socorrer-se de uma previsão expressa do duplo grau na Constituição Federal.

Quem assim o faz acaba sucumbindo em repetir o erro que vem sendo cometido pelo Supremo Tribunal Federal, ao dizer que a Constituição Federal Brasileira não possui previsão expressa do duplo grau de jurisdição⁵⁶⁵, e que a previsão do duplo grau em Tratados Internacionais deve se compatibilizar com as exceções previstas na própria Constituição⁵⁶⁶.

O Ministro Gilmar Mendes em sua obra descreve que “o modelo jurisdicional positivado na Constituição afasta a possibilidade de aplicação geral do princípio do duplo grau de jurisdição”⁵⁶⁷. Foi nesse sentido que, após o julgamento do RHC n. 79.785/RJ⁵⁶⁸ no STF, essa posição se tornou dominante em nossa jurisprudência e assim permanece, ganhando adeptos também na composição atual do STF, como é o caso do Min. Luiz Fux, que chega a afirmar que “o duplo grau de jurisdição não é garantido pelo ordenamento pátrio, devendo-se sempre observar a legislação vigente”⁵⁶⁹.

Notadamente, é impossível sucumbir a essa comezinha compreensão. Contudo, certa parte da doutrina brasileira admitirá a ausência de previsão expressa do duplo grau de jurisdição⁵⁷⁰. Outra parcela da doutrina reconhecerá que o duplo grau de jurisdição, ainda que

⁵⁶⁴ Para uma completa análise do tema consultar: PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 110/146.

⁵⁶⁵ Tal como alertado por: STRANO, Rafael Folador. **Defesa Criminal e Direitos Humanos: uma necessária releitura do direito ao duplo grau de jurisdição**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 276-290, jan-fev. 2015, p. 282.

⁵⁶⁶ O STF possui remansosa jurisprudência em que elucida que o duplo grau de jurisdição não constitui, no sistema brasileiro, garantia constitucional. Nesse sentido: STF, HC 71.124-3/RJ, Min. Sepúlveda Pertence, j. 28/06/1994; STF, RHC 80.919, Rel. Min. Nelson Jobim, p. 14/09/2001; STF, AgRg no AgIn 513.044/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 22/02/2005; STF, AI 601.832 AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17/03/2009; STF, AP 470 EI-décimos quintos-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, p. 03/11/2014.

⁵⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 405.

⁵⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do HC 79.785**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado em 22/11/2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000015832&base=baseAcordaos>. Acesso em: 30 set. 2018.

⁵⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no AgRg no HC 140.213/SP**. Rel. Min. Luiz Fux, j. 02/06/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13044439>. Acesso em: 02 jun. 2018.

⁵⁷⁰ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 43; PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 114; e CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35.

não expressamente previsto, decorre da previsão da organização judiciária e existência de Tribunais previstos na Constituição e do devido processo legal⁵⁷¹.

Outros, ainda, afirmam que o duplo grau de jurisdição decorre de outras garantias fundamentais, como por exemplo o devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF/88), de modo que não se pode admitir seu abandono em hipótese alguma, sob pena de, em reflexo, abandonar a própria garantia do *due process of law*, eliminando-se o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV, CF/88) que o integram, prevendo a garantia os meios, instrumentos e recursos que são inerentes a defesa do acusado no processo penal⁵⁷². Dentre esses, há quem diga que “o duplo grau de jurisdição integra o exercício da ampla defesa, como uma das suas manifestações”⁵⁷³.

Indo além, existem aqueles que creem que o duplo grau de jurisdição integra a própria tutela jurisdicional efetiva (artigo 5º, XXXV, CF/88). Isso porque nenhuma lesão ou ameaça a direito, mormente aquelas cometidas pelo Poder Judiciário em face do indivíduo, poderão ser excluídas da tutela jurisdicional, o que de fato ocorrerá ao se inviabilizar uma revisão eficaz do julgamento em favor do condenado⁵⁷⁴.

Se fosse necessário um posicionamento dentre essas correntes, preferiríamos apontar que o duplo grau de jurisdição decorre da ampla defesa e, portanto, do artigo 5º, inciso LV da CF/88, que declara ser garantido aos acusados em geral a ampla defesa⁵⁷⁵ com os meios e recursos⁵⁷⁶ a ela inerentes. Afinal, quando a referida previsão menciona o prenome feminino no singular “ela” fica claro que se está referindo a ampla defesa e não ao contraditório ou a

⁵⁷¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 489. Nesse sentido também: PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 111.

⁵⁷² CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 501.

⁵⁷³ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 939.

⁵⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais**. Revista Jurídica, Porto Alegre/RS, n. 66, p. 85/129.

⁵⁷⁵ CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 501.

⁵⁷⁶ Nesse sentido Alexis de Brito registra que: “não há por que não se interpretar a palavra recurso como sendo o instituto processual que permite aos acusados em geral questionar a decisão anterior e provocar um novo curso, o que por si só já fundamenta o duplo grau de jurisdição” (BRITO, Alexis Couto de; et al. **Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 366).

ambos, o que exigiria um pronome masculino ou ao menos no plural, respectivamente⁵⁷⁷. Mas, como visto, toda essa análise decorre de um rígido positivismo exacerbado sem razão.

Para nós, isso não passa de um fetichismo constitucional – parafraseando o termo de Alberto Binder⁵⁷⁸ –, pois, ao discutir se o duplo grau de jurisdição está previsto ou não na Constituição Federal de 1988, se sua previsão é expressa ou implícita, corre-se o risco de possibilitar a abertura para interpretações que acabam afastando a aceitação do duplo grau de jurisdição ou que ao menos propõem sua restrição em determinadas situações, tal como faz a jurisprudência brasileira supramencionada, alegando a existência de exceções no próprio texto constitucional.

Por isso, retiramos dos possíveis fundamentos do duplo grau de jurisdição – que serão tratados no tópico seguinte –, dentre aqueles normalmente apontados pela doutrina, aquilo que costumam chamar de fundamentos jurídicos⁵⁷⁹, na busca da origem positiva do duplo grau de jurisdição, o que é dispensável em um Estado Democrático de Direito no estado civilizatório que se vive, em que qualquer decisão de autoridade não pode ser imutável e inquestionável.

Aliado a isso, acreditamos que nossa Constituição Federal vigente, por vezes tão enaltecida dentre os processualistas penais, fundamentalmente por ter ela previsto um suposto sistema acusatório (artigo 129, I da CF/88) – que não existe na prática ou menos na teoria, afinal não depende ele de uma mera separação dos poderes de acusar e julgar⁵⁸⁰ –, não seja merecedora de toda essa reverência.

É nesse sentido que se afirma que somos afetados por um fetichismo constitucional, a ponto de esquecermos que foi essa mesma Constituição Federal de 1988 que: escolheu presumir a não culpabilidade – termo arditosamente pensado por Manzini – em vez de presumir a inocência; não contemplou expressamente a vedação da *reformatio in pejus* e o *ne bis in idem*; omitiu-se quanto à definição da prova ilícita, deixando a cargo das agências racionalizar a definição mais conveniente; e, como visto, também não garantiu expressamente o duplo grau de jurisdição.

⁵⁷⁷ PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa**: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, p. 60 e 175/176.

⁵⁷⁸ BINDER, Alberto M. **La reforma de la justicia penal**: entre el corto y el largo plazo. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5254/binder-ref-justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 jun. 2018.

⁵⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 42.

⁵⁸⁰ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 164.

Com isso percebe-se que a Constituição (aclamada) cidadã talvez não seja tão cidadã como se pensa, na medida em que adota alguns posicionamentos autoritários e, por vezes, se omite quanto a algumas garantias fundamentais indispensáveis – o que nos remete à importante passagem de James Goldschmidt quando sinaliza que “a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição”⁵⁸¹, acrescida da posição de Claus Roxin ao dizer que “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição”⁵⁸².

Se analisarmos na história das Constituições que lhe antecederam, verifica-se que a Constituição Federal de 1824, marcada como Constituição do Império e como a primeira Constituição brasileira, previa expressamente o duplo grau de jurisdição em seu artigo 158, ao prescrever que: “Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos”. O que aconteceu de 1824 até 1988 para que o duplo grau de jurisdição não mais encontrasse previsão expressa em nossas Constituições certamente está relacionado aos antecedentes autoritários, inquisitórios e antidemocráticos que nosso direito processual possui.⁵⁸³

Contudo, atualmente, a previsão do duplo grau de jurisdição – ou seja, o fundamento jurídico, para aqueles que assim o querem – pode ser encontrado nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário sem reservas, quais sejam, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 8, n. 2, alínea h, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14, n. 5, os quais são suficientes para que se reconheça a expressa previsão legal do duplo grau de jurisdição em nosso ordenamento.

E, para evitar a incidência do erro daqueles que acreditam que tais instrumentos normativos internacionais deveriam se adequar ao ordenamento jurídico interno, é preciso reconhecer que esses tratados internacionais de direitos humanos integram nosso ordenamento a partir da cláusula de abertura (artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição) que lhes concede estatura constitucional⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. Vol. II. Buenos Aires: E.J.E.A., 1961, p. 110.

⁵⁸² ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediores del Puerto, 2000, p. 10.

⁵⁸³ Nesse sentido: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Nelson Miranda de Coutinho. Vol 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 124. E, por todos, a obra de GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

⁵⁸⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 474.

Afinal, mesmo após a Emenda Constitucional n. 45, que introduziu o artigo 5º, parágrafo 3º, os tratados supracitados precisam ser lidos a partir de uma visão humanista que lhes é inerente e que importa prevalência dos direitos humanos – objeto final e enfoque central desses tratados – e que lhe concede status materialmente constitucional⁵⁸⁵, sendo essa a compreensão da doutrina humanista e constitucional que pensa nos direitos fundamentais a partir de um bloco constitucional⁵⁸⁶, para além da simples literalidade da Constituição Federal.

Não é outro o posicionamento da doutrina processual penal que nos referenda nesse trabalho, o que se comprova a partir de Fauzi Hassan Choukr, que reivindica uma aderência concreta do processo penal às normas protetoras de direitos humanos⁵⁸⁷, em busca de um devido processo penal que, nas palavras de Nereu Giacomolli, “é o constitucional e convencional, o justo processo muito além da normatividade ordinária”⁵⁸⁸. Por todos, Aury Lopes Jr. esclarece que “o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não o contrário”⁵⁸⁹, afastando-se assim, qualquer insurgência contra o duplo grau de jurisdição em face da previsão na CADH e no PIDCP, que obriga a adequação do nosso processo penal à leitura convencional.

Inobstante essa compreensão, em certa medida é preciso reconhecer, tal como já foi dito, que no estado civilizatório em que se vive atualmente e considerando estarmos em um Estado Democrático de Direito que se diz portador de um processo penal acusatório, o duplo grau de jurisdição sequer precisa estar expressamente previsto em alguma norma⁵⁹⁰, seja na Constituição, seja em Tratados Internacionais ou mesmo nas leis infraconstitucionais. Isso porque não é necessário que se tenha um dispositivo legal contemplando ou descrevendo o duplo grau de jurisdição, pois sua admissão decorre do próprio estado democrático (artigo 1º, CF/88)⁵⁹¹, no qual decisões judiciais, mormente na seara criminal quando se impõem

⁵⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77. (livro digital)

⁵⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Humanos**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 80. Nesse sentido também: MARMELSTEIN, Goerge. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 216.

⁵⁸⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 23/24.

⁵⁸⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 99.

⁵⁸⁹ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 35.

⁵⁹⁰ De fato, como reconhece Zaffaroni no âmbito penal, no processo penal a insuficiência legitimadora da legalidade formal também é bastante clara. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1989, p. 20).

⁵⁹¹ Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos a garantia a 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. **Caso Castillo Páez Vs. Perú**.

gravames sobre os direitos individuais, sobretudo em face da liberdade, não podem surtir irrecuráveis⁵⁹².

Por fim, não se pode ignorar a existência de alguma crítica à nomenclatura “duplo grau de jurisdição” cujos argumentos são bem sintetizados por Vinicius Vasconcellos ao explicar que: “A terminologia comumente adotada é questionada por parte da doutrina, que afirma a sua imprecisão. Considerando-se a premissa de que a jurisdição é una, inviabiliza-se a sua duplicação em diversos graus, de modo que tal expressão seria tecnicamente incorreta”⁵⁹³.

Contudo, ainda que se possa defender o uso de outras terminologias julgadas mais adequadas, não há falha terminológica, na medida em que ao se referir ao duplo grau de jurisdição não se está reconhecendo a possibilidade de cindir a jurisdição, mas apenas, afirmando que haverá duas análises jurisdicionais e, notadamente, quando se fala em “grau”, está-se referindo a instâncias funcionalmente distintas. Portanto, não é incorreto falar em duplo grau de jurisdição, na medida que são necessárias duas análises por órgãos jurisdicionais distintos, sendo a segunda realizada por um órgão distinto com poder jurisdicional hierarquicamente superior ao primeiro.

Por derradeiro, é preciso reconhecer aquilo que Ricardo Gloeckner pontua como insuficiência do conceito de duplo grau de jurisdição para atender ao direito fundamental ao recurso no processo penal, considerando a generalidade e superficialidade dessa categoria veiculada no cerne da teoria geral do processo⁵⁹⁴. Este será o objetivo do capítulo, a partir das bases de uma pretensa teoria geral dos recursos do processo penal: propor a análise do direito fundamental ao recurso para além do duplo grau de jurisdição e do clássico paradigma da bilateralidade dos meios de impugnação.

Sentencia de 3 de noviembre de 1997, p. 22. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf Acesso em: 15 ago. 2018).

⁵⁹² Nesse sentido: CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 42.

⁵⁹³VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 22/23 (no prelo). No mesmo sentido: SANTOS, Mariana França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 83/83.

⁵⁹⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação**. Revista Justiça e Sistema Criminal. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 197.

3.2 Fundamentos do duplo grau de jurisdição

Os fundamentos do duplo grau de jurisdição que iremos apresentar inicialmente neste tópico – mais precisamente: falibilidade humana, certeza, verdade, segurança jurídica e justiça – são aqueles citados majoritariamente pela doutrina e, também, apontados por alguns como fundamentos dos recursos em geral⁵⁹⁵.

Também é recorrente a subdivisão em: *fundamentos jurídicos*, como sendo aqueles que garantem a reapreciação da decisão por órgão jurisdicional diferente, em grau hierárquico superior, possibilitando reduzir as chances de erro (ou ao menos minimizando tal probabilidade)⁵⁹⁶; *fundamentos políticos*, que garantem que nenhum ato estatal pode escapar do controle⁵⁹⁷, em decorrência do próprio regime democrático no qual decisões judiciais, mormente na seara criminal quando se impõem gravames sobre os direitos individuais, não podem surtir irreversíveis⁵⁹⁸; e, ainda, *fundamentos psicológicos*, pautados em um inconformismo inato do ser humano, que não se contenta com um julgamento que lhe seja desfavorável⁵⁹⁹.

Contudo, acredita-se em uma necessária revisão desses fundamentos, motivo pelo qual, antes de propor novos fundamentos que busquem justificar o duplo grau de jurisdição, se faz necessário o enfrentamento desses que estão postos.

3.2.1 (Im)pensados fundamentos do duplo grau de jurisdição: Falibilidade humana? Certeza (do que) e Verdade (real)? Segurança Jurídica e Justiça (para quem)?

A tentativa de tornar didático e metodologicamente coerente o presente tópico resulta de certa forma, inalcançável, considerando a imensidão de fundamentos jogados ao léu por parte da doutrina quando tenta fundamentar o duplo grau de jurisdição em critérios subjetivos de falibilidade, certeza, verdade, segurança jurídica e justiça. Por essa razão, melhor do que

⁵⁹⁵ A título de exemplo ver: CRUZ, Rogério Machado Schietti. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1 e seguintes.

⁵⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 39/40.

⁵⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22.

⁵⁹⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 35/40.

simplesmente definir qualquer desses fundamentos é mostrar a inexatidão desses critérios, demonstrando a motivação pela qual refutamos a sua aplicação.

É possível enxergar em Vincenzo Manzini – ao descrever a necessidade dos meios de impugnação “pelo interesse público, que coincide com o dos sujeitos privados, nos quais a justiça é administrada da maneira mais perfeita e segura possível”⁶⁰⁰ – as raízes da ideia de que, diante da falibilidade humana, o duplo grau de jurisdição agiria como “controle de qualidade”⁶⁰¹ dos erros que certamente podem ser praticados no julgamento de primeira instância, mas que não estão livres de cometerem os juízes no julgamento de um recurso em segunda instância – ou em qualquer instância –, pois nada garante a “possibilidade de reduzir as chances de erro”⁶⁰², até porque o conceito de erro é demasiadamente subjetivo e pode servir para racionalizar e legitimar qualquer um dos posicionamentos em discussão no caso penal.

De fato, existe uma possibilidade de se alterar a decisão a partir do julgamento do recurso, e esse é o objetivo do imputado quando recorre. Contudo, isso não permite falar em uma possibilidade de decisão “melhor” ou em possibilidade de reparar o “erro”.

Não há garantia de que os magistrados de segunda instância ou de qualquer tribunal que apreciará o recurso “possuem maiores experiência de vida e tirocínio jurídico”⁶⁰³, tampouco que “são magistrados de maior experiência e cultura”⁶⁰⁴, não somente porque “um jovem magistrado estudioso e dedicado poderá decidir melhor do que um experiente magistrado enfastiado com a atividade jurisdicional”⁶⁰⁵, mas, principalmente, como afirma Rubens Casara, porque “não existem razões para se concordar com o argumento de que o julgador de segundo grau (aquele que, em regra, não trava contato direto nem com as partes, nem com as provas), pela simples probabilidade de ser mais antigo na carreira, é quem possui melhores condições para decidir sobre determinado caso concreto”⁶⁰⁶.

⁶⁰⁰ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954, p. 4.

⁶⁰¹ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22.

⁶⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 44.

⁶⁰³ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

⁶⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

⁶⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 46.

⁶⁰⁶ CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 498.

Do mesmo modo, acredita-se que nem sempre a colegialidade do órgão que apreciará o recurso tem lugar como fundamento do duplo grau de jurisdição, sobretudo da forma como alguns acreditam, como é o caso de Rogério Schietti, ao dizer que “pela troca de opiniões, reúnem melhores condições de encontrar a verdade real e aplicar o direito com maior certeza e justiça”⁶⁰⁷.

Tampouco se acredita que a decisão colegiada seria capaz de garantir uma diminuição na probabilidade de erro ou acerto⁶⁰⁸, pelo subjetivismo que se repete no conceito de “erro” ou “acerto”, demasiadamente abstratos, além de ser possível “errar” sozinho e “errar” em conjunto com outros magistrados (leia-se: em decisão colegiada). Ademais, a tal “colegialidade” pode ser usada como argumento de fuga no procedimento decisório levando o julgador a decidir de forma distinta do que faria individualmente em juízo singular (monocrático)⁶⁰⁹.

Considerando o processo como situação jurídica a partir da lição de James Goldschmidt, admitindo que o recurso cria uma nova situação jurídica, tal como já nos manifestamos neste trabalho⁶¹⁰, é imperioso reconhecer que o duplo grau de jurisdição propicia apenas novas expectativas e perspectivas⁶¹¹ de uma sentença favorável ao imputado – o que, por si só, não garante o afastamento da falibilidade humana, tampouco do cometimento de erros no segundo grau de jurisdição. Com isso, nos colocamos ao lado de Ricardo Gloeckner para defender que “uma superação do paradigma da bilateralidade necessita e requer um abandono da justificativa da revisão da decisão baseada nos frágeis argumentos da falibilidade humana e da necessidade de se evitarem erros”⁶¹².

⁶⁰⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 24. Em sentido contrário, W. Hassemer adverte que: “a apelação não estabelece a possibilidade de uma maior veracidade” (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. da 2ª ed. Alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 230).

⁶⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 45. Do mesmo modo, Letelier Loyola afirma que: “nada garante que a decisão do Tribunal Superior seja melhor” (tradução livre) (LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 159).

⁶⁰⁹ Tal como fez, recentemente, a Min. Rosa Weber no julgamento do HC 152.752/PR para acolher a tese da execução antecipada de pena, mesmo reconhecendo possuir posição pessoal desfavorável a esta. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 14 jun. 2018.

⁶¹⁰ Para isso, retomar ao tópico 1.3.3 do trabalho.

⁶¹¹ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. Vol. II. Buenos Aires: E.J.E.A., 1961, p. 76/77.

⁶¹² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação**. Revista Justiça e Sistema Criminal. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 193/194.

Também possui força na doutrina brasileira a ideia (ilusória) de conciliação entre justiça e certeza⁶¹³, na busca de fazer valer a justiça sobre a segurança jurídica⁶¹⁴. Assim como “erro” e “acerto”, apontar a “certeza” como fundamento ao duplo grau de jurisdição é demasiadamente impreciso, pois também se trata de um conceito sujeito a uma imensa margem de subjetivismo.

Tal como explica Michele Taruffo, “a certeza corresponde ao grau de persuasão que um sujeito tem a respeito da veracidade de um enunciado”⁶¹⁵. Neste ambiente, a certeza é um reduto que legitima qualquer decisão (certeza do que?) de modo que a única certeza alcançável é de que se pode manipular esse axioma.⁶¹⁶

Por isso, no âmbito da consciência humana, a certeza foi substituída há muito tempo pela probabilidade, e a teoria da verdade substituiu certeza por esperança⁶¹⁷. Também por isso, no processo penal considerado como situação jurídica (Goldschmidt) a incerteza – e não mais certeza – é constitutiva.⁶¹⁸

Notadamente é atrelada à ideia de certeza que surge a verdade⁶¹⁹, e a substituição de uma por outra não passa de uma maquiagem da famigerada “busca pela verdade” passando a ideia de certeza como fonte apta a legitimar a atuação inquisitória do magistrado. Contudo, Carnelutti há muito advertia que “a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem”, pois “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”⁶²⁰. Ou, como explica Jacinto Coutinho, jamais chegaremos à totalidade, em razão da inconsciência natural do ser humano.⁶²¹

Com essa compreensão, a ideia de busca da verdade real no processo penal também é inalcançável, por isso Salah Khaled adverte que a verdade absoluta não tem como ser atingida, pois não se tem meios para isso. É preciso assumir essa insuficiência e construir um

⁶¹³GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.21.

⁶¹⁴BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 27.

⁶¹⁵ TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 109.

⁶¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francisco Carnelutti, para os operados do direito**. Revista de Estudos Criminais (77-94) ano 4, 2004, n. 14, p. 90.

⁶¹⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no processo penal como bricolagem de significantes**. 2004, Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, p. 72 e 177.

⁶¹⁸ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 207.

⁶¹⁹ TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 109.

⁶²⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Verdade, dúvida e certeza**. Trad. Eduardo Cambi. Folha Acadêmica, n. 116, a. LIX, p. 05, 1997.

⁶²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francisco Carnelutti, para os operados do direito**. Revista de Estudos Criminais (77-94) ano 4, 2004, n. 14, p. 90.

modelo voltado para a redução de danos, uma vez que jamais poderemos ter a certeza de que qualquer decisão condiz com o que realmente aconteceu.⁶²²

Nereu Giacomolli chama de “mito do encontro da verdade no duplo pronunciamento” a crença daqueles que se iludem que o fundamento do recurso se encontra na verdade, tal “como cavar no jardim pela segunda vez, à cata do pote de ouro enterrado pelos antepassados”⁶²³.

É preciso superar na jurisdição penal a dicotomia valorativa de verdade e liberdade, sobretudo no processo penal, em que a garantia do duplo grau encontra-se relacionada apenas ao valor da liberdade, pois nada assegura que a decisão de segundo grau será necessariamente mais próxima da verdade, quiçá mais qualificada ou ainda mais justa. Neste cenário, não é possível admitir que o órgão revisor seria mais capacitado para declarar a verdade processual, de modo a perceber que o duplo grau somente se justifica em razão do valor da liberdade, como verdadeira garantia individual daquele se resta perseguido em juízo⁶²⁴.

Por fim, admitir recursos acusatórios, ainda que por fundamentos nomofiláticos, como propõe Luigi Ferrajoli⁶²⁵, nos leva à utilização de categorias refutadas no presente trabalho, tal como é o caso da dicotomia entre matéria de fato e matéria de direito, pois a única solução encontrada pela doutrina que também vislumbra o recurso como garantia do acusado é a limitação dos recursos acusatórios à categoria de recursos de natureza extraordinária e que sirvam unicamente à correta interpretação da norma e unificação da jurisprudência⁶²⁶.

No que tange à segurança jurídica, sabemos que a incorporação da incerteza ao processo penal como situação jurídica demonstra aquilo que Aury Lopes Jr. chamou de “falácia da noção tradicional de ‘segurança jurídica’”, pois a única segurança que se possibilita no processo é a forma como garantia pela estrita observância da legalidade (regras do jogo).⁶²⁷

⁶²² KHALED, Salah H. Jr. **A busca da verdade no processo penal**. Para além da ambição inquisitorial. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2016, p. 358/360.

⁶²³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 345.

⁶²⁴ CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 505/506.

⁶²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia. **Nueva Doctrina Penal**. 1996/B (p. 445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto.

⁶²⁶ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 78/79, e VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 77. (no prelo)

⁶²⁷ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 211.

Em segundo plano, seria necessário indagar, tal como faz Vera de Andrade, quem é o destinatário dessa segurança jurídica (segurança jurídica para quem?), afinal estamos diante de um signo dogmatizado no seu interior; uma ideia-força em nome da qual se fala, de modo que o único destinatário da segurança no direito penal é o imputado, e a segurança que se pretende é a de não ser punido de forma arbitrária e desigualmente. Em outras palavras, a segurança deve significar a maximização das garantias do imputado e a minimização do arbítrio punitivo⁶²⁸, que pretendemos nos aproximar através da ruptura com a bilateralidade recursal.

3.2.2 *Em busca de fundamentos do duplo grau de jurisdição*

Se os fundamentos do duplo grau de jurisdição não são aqueles corriqueiramente mencionados pela doutrina, é preciso, nesse ambiente de superação, apontar outros fundamentos que possuam carga axiológica suficiente e adequada para tanto, partindo da premissa de que no processo penal o duplo grau de jurisdição é garantia de toda pessoa contra quem o Estado impõe uma consequência jurídico-penal, seja uma sanção, uma medida cautelar ou outras decisões que lhe prejudiquem no curso do processo.

O primeiro fundamento ao duplo grau que se apresenta coerente é a dupla conformidade em matéria penal. Esta, em sua origem, no direito estatutário romano, era pensada pela ideia de tripla conformidade e funcionava como uma instituição eclesiástica de controle que proibia o recurso pelas partes após a concessão de três sentenças em conformidade. Mas, tal como explica Piero Calamandrei, a tripla conformidade representava um direito de vigilância que o soberano, como juiz supremo, detinha sobre toda a administração da justiça⁶²⁹, confirmando mais uma vez a estreita relação entre os recursos e o sistema inquisitório⁶³⁰ - a qual, contudo, “não obsta sua moderna função garantística, ainda que sua natureza tenha sido herdada”⁶³¹.

Ainda de acordo com Piero Calamandrei, é somente em um momento posterior que o *double conforme* passa a integrar a lei dos Estados italianos, como dupla conformidade da

⁶²⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 143/144.

⁶²⁹ CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo I. Volume I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 253/255.

⁶³⁰ Já retratado no item 1.2 do trabalho.

⁶³¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introducción à Criminología**. Uma aproximação desde o poder de julgar. Trad. Augusto Jobim do Amaral et al. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 51.

sentença, criando a regra de que qualquer ônus que afetasse as partes no processo não produziria efeitos até que fosse obtido em dois diferentes graus de jurisdição, em duas sentenças em conformidade.⁶³²

Atualmente, segundo Julio B. Maier, essa garantia processual exige que a imposição de qualquer prejuízo ao imputado seja submetida à dupla conformidade judicial como condição processual para aplicação da pena estatal.⁶³³ Na visão de Marcelo Ferrante, a ideia de dupla conformidade da sentença condenatória deve ser verificada como uma operação aritmética realizada duas vezes sobre o mesmo resultado, a fim de demonstrar maior possibilidade de sua exatidão.⁶³⁴

Importante esclarecer que o duplo grau de jurisdição e a dupla conformidade, apesar de transparecerem semelhantes, não possuem o mesmo significado. Existe entre eles relação de causa e efeito⁶³⁵, pois, tal como explica Gustavo Badaró, é o duplo grau de jurisdição que propicia a dupla conformidade – que, no processo penal, é *conditio sine qua non* para aplicação da pena.

Portanto, a dupla conformidade é a condição necessária à execução de uma pena estatal, como prova da exatidão de uma operação matemática, pois o resultado condenatório, dada a sua gravidade, merece ser revisado, e somente em caso de coincidirem (duas condenações), existirá fundamento à punição do indivíduo⁶³⁶ – ainda que permaneça a discussão acerca dos objetivos de legitimação do *ius puniendi*⁶³⁷, matéria de enorme relevância, mas que não é objeto do presente trabalho.

Além disso, a dupla conformidade no processo penal precisa ser formulada como *dupla conformidade da condenação* – ou dupla conformidade do prejuízo causado ao imputado. Dessa forma, torna-se claro que, em todo caso, o recurso por seu próprio

⁶³² CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo I. Volume I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p. 264.

⁶³³ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 712/713.

⁶³⁴ FERRANTE, Marcelo. La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria. In: SANCINETTI, Marcelo A; FERRANTE, Marcelo. **Limites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995, p. 17.

⁶³⁵ Em sentido diverso, Ricardo Favarotto entende que a relação entre o duplo grau de jurisdição e a dupla conformidade é de gênero e espécie. (FAVAROTTO, Ricardo S. El derecho al doble conforme. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Navarra, n. 28, p. 155-181, mai./ago. 2012. p. 158) (tradução livre).

⁶³⁶ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 709 e 713.

⁶³⁷ Isso porque, conforme adverte Massimo Pavarini, “os escopos de legitimação do *ius puniendi* não incluem as funções reais do sistema punitivo, no sentido de que nenhuma função, material ou simbólica do sistema punitivo, pode ser assumida como um fim de legitimação da pena, assim como qualquer fim de legitimação da pena não pode ser cientificamente verificado pelo conhecimento das funções do sistema punitivo” (PAVARINI, Massimo. Por que Punir? Posfácio: PAVARINI, Massimo; Giamberdino, André. **Curso de Penologia e Execução Penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 374).

fundamento destina-se à proteção do imputado, atributo que não possui correspondência proporcional ao acusador, afinal é a condenação que precisa de uma confirmação, e não a absolvição ou outras decisões favoráveis ao imputado que apenas confirmam seu *status quo* de inocência.

É em razão disso, que Ricardo Favarotto reconhece “o específico direito do imputado em recorrer da sentença condenatória, como atributo legitimante da pena estatal, somente se verificada a dupla conformidade”⁶³⁸, o que nos remete à lição de Juarez Tavares ao advertir que “o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado”⁶³⁹, ou seja, é a intervenção estatal que precisa ser justificada, e não a liberdade individual⁶⁴⁰. Portanto, é nesse sentido, visando a aferir a legitimidade dos gravames penais, que a dupla conformidade em material penal se situa como fundamento do duplo grau de jurisdição.

A necessidade do duplo grau de jurisdição, propiciando a dupla conformidade em matéria penal, também possui como fundamento a *presunção de inocência*. Afinal, é ela o pressuposto que exige obrigatoriamente a dupla conformidade como *conditio sine qua non* para aplicação da pena, pois a carga axiológica que possui o estado de inocência não permite um simples afastamento, agindo o duplo grau de jurisdição como um “direito do acusado condenado, sendo um reforço e uma chance a mais de manutenção do estado de inocência” uma verdadeira “garantia constitucional da presunção de inocência, que assegura que a condenação não seja eficaz antes do trânsito em julgado da condenação penal”⁶⁴¹.

É nesse sentido que, quando manifestam os tratados internacionais de direitos humanos que o duplo grau de jurisdição é uma garantia de “toda pessoa declarada culpada por um delito”, tal como faz o artigo 14.5 do PIDCP, fica claro que a intenção é a proteção da presunção de inocência em face da declaração de culpabilidade. Desse modo, fica evidente que a presunção de inocência é fundamento, pois legitima a existência do duplo grau de jurisdição.

Esse fundamento é reconhecido por Daniel R. Pastor, ao atribuir ao duplo grau de jurisdição a função de controle da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, no sentido de que o recurso “se trata de poder reprová-la uma declaração de culpabilidade”⁶⁴². É também

⁶³⁸ FAVAROTTO, Ricardo S. El derecho al doble conforme. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Navarra, n. 28, p. 155-181, mai./ago. 2012. p. 163 (tradução livre).

⁶³⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 200.

⁶⁴⁰ LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 33.

⁶⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 77 e 80.

⁶⁴² PASTOR, Daniel R. **La nueva imagen de la casación penal**. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 62.

nesse sentido que Vinicius Vasconcellos reconhece que o duplo grau de jurisdição permite a “refutação da decisão judicial que intenta fragilizar a presunção de inocência”⁶⁴³, agindo como um “prolongamento da presunção de inocência”⁶⁴⁴.

Por sua vez, Giulio Illuminati defende que “o reconhecimento da presunção de inocência a ser garantido também ao condenado que interpôs recurso seria equivalente a presumir injustiça da sentença de primeira instância”⁶⁴⁵ e que por isso precisa ser submetida ao duplo grau de jurisdição.

Portanto, os recursos serviriam, nas palavras de Daniel R. Pastor como “controle da presunção de inocência” e, conseqüentemente do *in dubio pro reo*, neutralizando as arbitrariedades e decisões judiciais⁶⁴⁶ que prejudiquem a liberdade e inocência do imputado. Já de acordo com Jordi Nieva Fenoll, são recorríveis as decisões em que o juiz, na dúvida, incompreensivelmente, acaba condenando, vulnerando o direito à presunção de inocência, o que não possui correspondência frente às sentenças absolutórias, ainda que a absolvição se funde em falta de provas⁶⁴⁷.

Do mesmo modo, W. Hassemer explica que “o direito de produzir o caso novamente perante uma instância superior, dentro da organização hierárquica da justiça, não se baseia na suposição de um grau mais elevado da verdade (forense), mas – ao contrário – na dúvida em relação ao êxito de qualquer compreensão cênica. Este direito proporciona uma segunda chance para percorrer outra vez o processo ou suas fases isoladas na esperança de um resultado mais favorável”⁶⁴⁸.

Na medida em que, em nosso ordenamento⁶⁴⁹, garantimos a presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória – e não poderia ser diferente –, o duplo grau de jurisdição exigido às decisões que imponham qualquer gravame ao imputado é garantia

⁶⁴³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 38 e 184. (no prelo)

⁶⁴⁴ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Breves considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (coord.). **Política Criminal Contemporânea**. p. 285-303. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 289.

⁶⁴⁵ ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. 6 ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1984, p. 157. (tradução livre)

⁶⁴⁶ PASTOR, Daniel R. **La nueva imagen de la casación penal**. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación em el derecho procesal penal. Buenos Aires: AdHoc, 2001, p. 62/64.

⁶⁴⁷ FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 128.

⁶⁴⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. da 2ª ed. Alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 229.

⁶⁴⁹ Sabemos que não é esse o entendimento de nossos tribunais, mas tal como demonstrado no item 2.2.2.2 do trabalho acreditamos que está seja a única interpretação que se adequa a um Estado Democrático de Direito.

que acaba mantendo sua presunção de inocência e liberdade⁶⁵⁰ (ainda) inabaladas e submetendo seu abandono ou não a uma nova apreciação judicial.

Em um sentido oposto, também é possível chegar à mesma interpretação considerando que somos presumidos inocentes, e a decisão condenatória que declara a culpabilidade – invertendo a regra de não culpabilidade – exigirá confirmação a partir do duplo grau, diferentemente da decisão absolutória que reforça (confirma) a inocência do imputado para além de uma dúvida razoável, impedindo o recurso acusatório⁶⁵¹.

Nesse ambiente, o que se busca é um sistema recursal redutor de danos, que se fundamente não na probabilidade de eliminação da falibilidade humana, em um juízo de certeza ou justiça, na busca da verdade ou, quiçá, em uma melhora da decisão. Sequer se pode garantir o anseio de revisão da decisão recorrida. Garante-se, apenas, a possibilidade de ampliar as chances do sujeito que foi condenado em fazer prevalecer seus direitos fundamentais de liberdade e *presunção de inocência*, além de respeitar a *dupla conformidade em matéria penal*.

3.3 O conteúdo do duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado: uma análise a partir da vedação à persecução penal múltipla e outros fundamentos

Após compreender que a dupla conformidade em matéria penal e a presunção de inocência constituem os dois fundamentos do duplo grau de jurisdição, faz-se necessário analisar o conteúdo atribuído ao duplo grau de jurisdição neste trabalho, reconhecendo seu lugar como garantia exclusiva do imputado e que, portanto, se limita à revisão de decisões que lhe causam prejuízo material.

Primeiramente, é preciso esclarecer a opção pelo termo “imputado” – em vez de acusado – que segundo Del Pozzo é a “pessoa contra a qual o Estado pronuncia um provimento decisório no juízo penal”⁶⁵². Isso porque, em nosso sistema jurídico, existem recursos que serão cabíveis em situações diversas da condenação, em alguns casos mesmo antes da existência de um processo penal em sentido estrito e sem que tenha sido formulada a

⁶⁵⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. MENDES, Tiago Bunning. A inexistência de fundamentos para o recurso acusatório no processo penal: uma crítica ao paradigma da bilateralidade recursal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 26, vol. 150, dezembro 2018, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 285.

⁶⁵¹ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 207.

⁶⁵² DEL POZZO, Carlo. **Le Impugnazioni Penali**: parte generale. Padova: CEDAM, 1951. p. 264. (tradução livre).

acusação⁶⁵³, como é o caso do recurso em sentido estrito contra decisão que nega liberdade provisória (artigo 581, V, CPP) e do recurso ordinário constitucional contra decisão que não concede *habeas corpus* ou mandado de segurança criminal (artigos 102, II, “a” e 105, II, “a” ambos da CF/88), ainda que se admita a impetração de *habeas corpus* em ambos os casos⁶⁵⁴, justificando, assim, a adoção da terminologia “imputado” – que concede, desde logo, maior amplitude e abrangência ao duplo grau de jurisdição.

Nessa linha, percebe-se que a nossa posição é de que o duplo grau de jurisdição existe não somente nas decisões de mérito (sentenças condenatórias), mas em qualquer decisão, inclusive as interlocutórias⁶⁵⁵ que causem prejuízo material, direto ou indireto, ao imputado. Isso porque a ideia de não se permitir a preclusão da matéria, possibilitando que decisões que causem gravame ao imputado no curso do processo sejam impugnadas futuramente em caso de sentença desfavorável, não garante a eficácia da impugnação, pois, a despeito da inocorrência de preclusão – o que nem sempre pode ser garantido, por exemplo, no caso de uma nulidade que pode ser atingida pela convalidação⁶⁵⁶ –, os efeitos ocasionados pelo ato podem ter se tornado irreversíveis ou de difícil reparação.

Uma primeira análise acerca da titularidade da garantia do duplo grau de jurisdição – a simples observância literal dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário sem reservas⁶⁵⁷ (Decretos n. 678/92 e 592/92) – demonstra ser direito de *toda pessoa* recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior (artigo 8º, 2, “h” do Pacto de San José

⁶⁵³ Nesse mesmo sentido, Vinicius Vasconcellos explica que: “Essencial aqui atentar-se para a terminologia utilizada, visto que os conceitos de imputado, acusado e condenado possuem significados próprios no vocabulário processual penal em termos científicos. Optou-se por afirmar que o titular do direito ao recurso é o imputado em razão da existência de hipóteses em que se reconhece o direito ao recurso sobre decisões que imponham uma prisão cautelar, o que pode ocorrer em momento inicial da persecução penal, ainda sem denúncia” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 60 (no prelo).

⁶⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 280.

⁶⁵⁵ Em sentido contrário, Gustavo Badaró tem o seguinte posicionamento: “Não violará o duplo grau de jurisdição, portanto, um sistema que trabalhe com a irrecorribilidade de decisões interlocutórias. Neste caso, obviamente, se não há recurso contra uma decisão proferida no curso do processo que causou gravame à parte, se ao final do julgamento de mérito lhe for desfavorável, deverá apelar e, no recurso contra a sentença, também trazer como matéria recursal a impugnação da decisão anterior” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 46).

⁶⁵⁶ Inobstante, não defendemos o princípio da convalidação que decorre da ideia de nulidade como um defeito do negócio jurídico, sendo oriundo da teoria do quase contrato na França, e, por isso, “incompatível não apenas com a natureza jurídica das nulidades, mas também se torna irreconciliável com uma perspectiva constitucional de processo penal” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 241).

⁶⁵⁷ Sobre o tema Valério Mazzuoli ressalta que: “o Brasil, ao ratificar (em 1992) a Convenção Americana, não fez qualquer *reserva* ao tratado, especialmente com a finalidade de bloquear o comando do art. 8.o, 2, *h*, da Convenção” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O direito ao duplo grau de jurisdição como elemento de proteção dos direitos humanos. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XIX, n. 431, 01/01/2015, p. 66).

da Costa Rica⁶⁵⁸), bem como que *toda pessoa declarada culpada* por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória para uma instância superior (artigo 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁶⁵⁹).

Notadamente, a *pessoa* ou a *pessoa declarada culpada* a que se referem os Tratados Internacionais representam o indivíduo acusado, e não o acusador. Isso decorre da simples interpretação de que o Ministério Público sequer é pessoa, e o acusador privado não é pessoa declarada culpada. Nesse sentido, Geraldo Prado confirma que: “Esta pessoa referida é exatamente o acusado e tanto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos como no de São José da Costa Rica, a previsão de recursos para assegurar o duplo grau de jurisdição é exclusiva de defesa”⁶⁶⁰.

Em face da previsão dos tratados internacionais de direitos humanos, Leonardo de Paula defende que a “limitação necessária, portanto, do acesso ao segundo grau de jurisdição para o Ministério Público é pautada no estabelecimento do princípio da legalidade”⁶⁶¹, afinal, se a literalidade dos tratados não comporta o recurso acusatório, o respeito à legalidade nos obriga a esta interpretação.

Além disso, as previsões do duplo grau de jurisdição nos tratados estão dispostas junto às garantias judiciais – que são garantias do acusado, e não do acusador⁶⁶². Pensar de forma diferente seria coadunar com a inaceitável proposição autoritária de que existem garantias que são exercidas contra o indivíduo, quando o correto é admitir que o acusador não possui garantias, pois quem possui garantias é o acusado, e estas serão exercidas em desfavor do

⁶⁵⁸ Art. 8º. Garantias Judiciais. (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 23 dez. 2017.

⁶⁵⁹ Art. 14. (...) 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 23 dez. 2017.

⁶⁶⁰ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 114

⁶⁶¹ PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa**: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, p. 184.

⁶⁶² Sobre o tema Gustavo Badaró explica que: “as garantias dos tratados de direitos humanos não são declarações de direitos em favor do Estado, no caso representado pelo órgão acusador oficial, mas para o indivíduo, isto é, o acusado, que por ocupar a posição mais fraca no processo, necessita de garantias mínimas” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 50). Do mesmo modo: FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006, p. 37 e HERRENDORF, Daniel E.; CAMPOS, German Bidart. **Principios de Derechos Humanos y Garantías**. Buenos Aires: EDIAR, 1991, p. 269.

poder punitivo. Essa é a razão pela qual Luigi Ferrajoli afirma que o duplo grau é garantia de liberdade contra arbitrariedades⁶⁶³.

Esse é o entendimento defendido por Daniel Pastor ao esclarecer que “as garantias judiciais e os direitos fundamentais são previstos para proteção da pessoa submetida ao poder de punir do Estado (...) e no elenco dos direitos fundamentais a prerrogativa do recurso contra a sentença está outorgada unicamente a ‘toda pessoa declarada culpada’ de um delito de modo expresso”⁶⁶⁴.

Mesmo aqueles que ousam discordar do contexto expresso da norma convencional, como é o caso de Juan Montero Aroca e Teresa Armenta Deu, acabam admitindo que sua interpretação literal e isolada conduz à conclusão de que o duplo grau de jurisdição seria um direito exclusivo do acusado em desfavor das sentenças condenatórias, não sendo atribuído esse direito ao acusador⁶⁶⁵. No entanto, os mesmos que discordam da orientação literal dos tratados utilizam, como seu único argumento, a famigerada manutenção de uma igualdade de partes⁶⁶⁶.

O argumento da paridade de armas também foi invocado para declarar a inconstitucionalidade da Lei Pecorella (Legge 46/2006) na Itália – que impunha limites aos recursos de apelação em desfavor de sentença absolutórias – apenas um ano após a sua entrada em vigor, sob a alegação de ser necessário disponibilizar os mesmos meios e recursos aos opositores no processo, na busca de uma simetria dos instrumentos disponíveis às partes.⁶⁶⁷

Inobstante, a interpretação convencional não deixa dúvidas e permite claramente identificar o duplo grau de jurisdição como direito exclusivamente destinado à proteção do indivíduo imputado, como modalidade de inequívoca limitação ao poder punitivo estatal⁶⁶⁸. Contudo, apesar desta normativa, acredita-se que ela é ainda insuficiente para justificar a ruptura com o paradigma da bilateralidade do sistema recursal.

⁶⁶³ FERRAJOLI, Luigi. Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia. **Nueva Doctrina Penal**. 1996/B (p. 445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 456.

⁶⁶⁴ PASTOR, Daniel R. **La nueva imagen de la casación penal**. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 131.

⁶⁶⁵ MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 167. ARMENTA DEU, Tereza. La reforma del recurso de apelación y la generalización de la segunda instancia. **Justicia**, año 2016, n. 1, 43-95, p. 90.

⁶⁶⁶ MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 170.

⁶⁶⁷ A completa análise desta lei e da sentença que declarou sua inconstitucionalidade será objeto do tópico 3.5.2 deste trabalho.

⁶⁶⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de jurisdição na justiça criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. *In*: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. Estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, pg. 227.

Para além da orientação teleológica-normativa e da discussão de hierarquia de tais normas convencionais⁶⁶⁹, existem alguns outros elementos que conduzem a uma melhor apreciação do tema e que possibilitaram, posteriormente, concluir-se acerca da finalidade precípua do duplo grau de jurisdição como garantia fundamental e exclusiva do imputado.

Os fundamentos do duplo grau de jurisdição que foram revisados no tópico anterior – quais sejam a dupla conformidade em matéria penal e a presunção de inocência –, por serem direitos fundamentais de proteção exclusivamente voltada ao indivíduo, ao mesmo tempo em que fundamentam a existência do duplo grau de jurisdição como a razão e o porquê de sua necessidade no processo penal, conseqüentemente, demonstram que o conteúdo do duplo grau de jurisdição é o de garantia exclusiva do imputado.

Além disso, legitimidade e interesse como categorias da titularidade recursal, tal como o posicionamento já manifestado nesse trabalho⁶⁷⁰, também demonstram que a verificação do prejuízo a um direito (prejuízo material) ocasionado por uma decisão judicial como razão propulsora do interesse recursal coloca apenas o imputado como titular da impugnação, já que o acusador (público ou privado) detém apenas pretensão acusatória, e a eventual frustração desta é insuficiente para fundamentar o interesse recursal.

Por fim, a vedação da persecução penal múltipla, que também é uma garantia individual própria de um direito penal liberal em um Estado de Direito⁶⁷¹, representa a interpretação estrita do *ne bis in idem*, vedando não somente que se acuse o indivíduo pelo mesmo fato-crime, mas também que se submeta o imputado a um risco múltiplo de sofrer uma consequência jurídico-penal desfavorável⁶⁷².

A proibição do recurso de acusação e a concepção do direito ao recurso como garantia fundamental exclusiva do imputado visam a evitar o *bis in idem*, proibindo a persecução múltipla, que, nas palavras de Julio B. Maier, representa “a proibição de submeter o imputado a um risco múltiplo de sofrer uma consequência jurídico-penal (*double jeopardy*)⁶⁷³”.

Letelier Loyola defende que “se o Estado foi ineficiente para conseguir uma condenação, não pode, através de seus órgãos que exercitam a ação penal, colocar os cidadãos

⁶⁶⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 192/193.

⁶⁷⁰ Estas categorias são objeto de análise no tópico 2.3 do trabalho.

⁶⁷¹ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 595/596.

⁶⁷² MAIER, Julio B. J. La impugnación del acusador: ¿un caso de ne bis in idem? **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, Costa Rica, n. 12, ano 8, 1996, p. 10/15.

⁶⁷³ MAIER, Julio B. J. Recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio y múltiple persecución penal: ¿un caso de ne bis in idem? **Revista Uruguaya de Derecho Procesal**, Montevideo, n. 2, p. 217, 1999.

novamente sob um risco de sofrer uma consequência penal diversa”⁶⁷⁴. Do mesmo modo, Geraldo Prado critica dizendo: “Se ela (a acusação) não chegar a ter sucesso em sua pretensão não lhe resta mais nada, e efetivamente se consolida a absolvição nesse plano. Caso seja vencedora, ao condenado se assegurará o direito à revisão da decisão, pois este é o princípio do duplo grau de jurisdição em sua dimensão substancial”⁶⁷⁵.

Para isso, é necessário adotar uma concepção ampla da vedação ao *bis in idem* como direito fundamental do imputado em contenção ao poder punitivo⁶⁷⁶, tal como propõe a tese de Inês Ferreira Leite, reconhecendo-o não somente em suas dimensões de racionalidade da proibição de dupla punição e dupla valoração, mas também a proibição de um duplo julgamento⁶⁷⁷, considerando este julgamento no sentido material ou substancial, correspondente ao juízo sobre a responsabilidade jurídico-penal⁶⁷⁸, algo próximo àquilo que Goldschmidt descreve como proibição radical de realização de dois juízos sobre o mesmo fato⁶⁷⁹.

Inês Leite explica que essa compreensão do “caráter final da decisão que permite a consolidação do *ne bis in idem* deve resultar de um sentido, distinto do conceito de trânsito em julgado” e, com isso, “a revisão ou alteração de uma sentença não transitada em julgado, deixando incólume o valor do caso julgado, pode configurar uma violação do *ne bis in idem*. Admitir o contrário seria esgotar o sentido do *ne bis in idem* aos efeitos do caso julgado”⁶⁸⁰.

Mesmo para aqueles que defendem outro modo de interpretação, a continuação do julgamento, ainda que no mesmo processo, também contraria o *ne bis in idem*, pois reflete uma inadmissível renovação do poder punitivo⁶⁸¹. Essa interpretação do *ne bis in idem* que proíbe a persecução penal múltipla, segundo Julio B. Maier, “impede absolutamente toda

⁶⁷⁴ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 157.

⁶⁷⁵ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 115/116.

⁶⁷⁶ Para Ricardo S. Favarotto, o duplo grau de jurisdição é “garantia judicial instituída em favor do imputado e, portanto, limitadora do exercício do poder punitivo estatal” (FAVAROTTO, Ricardo S. El derecho al doble conforme. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Navarra, n. 28, p. 155-181, mai./ago. 2012. p. 161 (tradução livre).

⁶⁷⁷ LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem**. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016, p. 467.

⁶⁷⁸ LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem**. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016, p. 297.

⁶⁷⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos Del proceso penal**. Conferencias dadas em la Universidad de Madrid em los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1935, p. 39.

⁶⁸⁰ LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem**. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016, p. 623 e 626.

⁶⁸¹ LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem**. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016, p. 636.

possibilidade de estabelecer um recurso de revisão contra o imputado absolvido ou condenado por um delito mais leve”⁶⁸².

A forma de interpretar o *ne bis in idem*, tal como se propõe, tem firme tradição no sistema *common law* do Direito anglo-saxão⁶⁸³, sobretudo no ordenamento norte-americano, em que o direito ao recurso é exclusivo da defesa, eis que a regra do *ne bis in idem* impossibilita um novo julgamento em face do juízo absolutório, sob pena de violação ao *double jeopardy*⁶⁸⁴, evitando que se submeta o imputado a um risco múltiplo de sofrer uma consequência jurídico-penal.⁶⁸⁵

De outra forma, nos sistemas de raiz romano-germânica, pertencentes, sobretudo, à *civil law*, as decisões em processos criminais acabam sendo passíveis de recursos em um prisma bilateral, por um famigerado e já rebatido pretexto de igualdade de condições⁶⁸⁶, o que gera a falibilidade do sistema de garantias e a crise instaurada no sistema recursal de cunho inquisitório. Afinal, segundo Gabriel Anitua, “permitir a revisão de sentenças absolutórias constituiu um claro vestígio inquisitivo e absolutista”⁶⁸⁷.

Está-se diante de uma interpretação do *ne bis in idem* como garantia do imputado que impede a múltipla persecução penal para além do seu alcance material, que se faz presente no sentido da vedação à dupla punição e impede o duplo processo pelo mesmo fato após sentença transitada em julgado. Por meio dessa interpretação, o *ne bis in idem* passa a ter alcance processual, que impossibilita o recurso da acusação contra decisões absolutórias evitando que o mesmo imputado seja perseguido novamente por uma imputação idêntica diante de um tribunal diferente⁶⁸⁸.

Obviamente, em razão da própria concepção histórica do recurso, que não possuía uma feição protetiva⁶⁸⁹, somente será possível aderir a essa virada conceitual a partir de uma

⁶⁸² MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 599.

⁶⁸³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Duplo Grau de jurisdição na justiça criminal**: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. Estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, pg. 240.

⁶⁸⁴ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 633.

⁶⁸⁵ Esse sistema recursal afetado pela vedação do *double jeopardy* será analisado no tópico 3.5.1 do trabalho.

⁶⁸⁶ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32.

⁶⁸⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à Criminologia**. Uma aproximação desde o poder de julgar. Trad. Augusto Jobim do Amaral et al. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 52.

⁶⁸⁸ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 600 e 627.

⁶⁸⁹ Por isso, Gabriela Jugo diz que o conceito tradicional de recurso responde a finalidade perseguida pelo processo penal (JUGO, Gabriela. **Los Derechos Humanos em el Proceso Penal**. Coordinación realizada por Luis M. García. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 285).

perspectiva democrática, primando pela prevalência da liberdade em face do poder punitivo, o que acarreta, inarredavelmente, a necessidade de uma única limitação: a do *ius puniendi* estatal.

Estabelecendo-se um processo penal acusatório – em que o processo se reproduz como uma garantia em si mesmo⁶⁹⁰ e, portanto, um dispositivo de controle do poder punitivo, que impõe limite ao poder estatal, visando à redução da irracionalidade do poder punitivo –, e orientando-se em direção à produção que visa racionalizar as respostas estatais aos desvios criminalizados, a revisão do paradigma da bilateralidade recursal só pode servir à consolidação desses limites⁶⁹¹.

Nesse sentido, no julgamento do caso *Mohamed vs. Argentina*, a Corte IDH, cuja jurisdição afeta países que aderem à tradição *civil law* e, sobretudo, possuem sua raiz processual no sistema romano-germânico, esclareceu que a previsão do duplo grau de jurisdição no artigo 8º, 2, “h” da Convenção não se trata de um direito a “duas instâncias”, mas sim um direito do acusado de submeter sua condenação a uma nova análise por um tribunal superior⁶⁹², deixando claro tratar-se de uma garantia à dupla conformidade⁶⁹³ – o que, em nosso entendimento, atribui sua titularidade ao acusado-condenado por todos os motivos demonstrados.

Conclui-se, assim, que o duplo grau de jurisdição tem conteúdo protetivo como garantia fundamental destinada exclusivamente ao imputado, tudo isso com fundamento em um somatório de fatores demonstrados que incluem: sua própria natureza jurídica de garantia fundamental; a inexistência de fundamentos para que se reconheça um direito ao recurso ao acusador; a literalidade dos tratados internacionais de direitos humanos; os fundamentos do duplo grau de jurisdição (dupla conformidade em matéria penal e presunção de inocência); a proibição da múltipla persecução penal (ampla interpretação do *ne bis in idem*); e a ausência de interesse recursal (direito ao recurso) por parte do acusador.

⁶⁹⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 166.

⁶⁹¹ MELCHIOR, Antonio Pedro. **A teoria crítica do processo penal**. Rio de Janeiro, 2016, p. 28/29. Disponível em <http://www.antoniopedromelchior.adv.br/wp-content/uploads/2015/05/a-teoria-critica-do-processo-penal.pdf>, acesso em 02 dez. 2017.

⁶⁹² STRANO, Rafael Folador. Defesa Criminal e Direitos Humanos: uma necessária releitura do direito ao duplo grau de jurisdição. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 276-290, jan-fev. 2015, p. 285.

⁶⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Mohamed vs. Argentina*: Sentencia. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf. Acesso em: 04 jul. 2017, p. 28.

3.3.1 Duplo grau de jurisdição integral sobre o juízo condenatório

Concretizada a ideia de que o duplo grau de jurisdição é uma garantia exclusiva do imputado, é preciso demonstrar em que momento essa garantia se fará presente à disposição do imputado para que, através do recurso adequado, submeta a decisão a uma nova análise por tribunal superior.

Sob o plano da bilateralidade recursal – refutada no presente trabalho –, responsável por permitir a impetração de recurso por qualquer das partes insatisfeita com a decisão, o duplo grau de jurisdição se faz presente quando proferida em 1ª instância uma decisão de mérito, independentemente de seu conteúdo, sendo permitido às partes submeter o caso a uma segunda análise por um órgão jurisdicional de hierarquia superior.

Por razões que inicialmente são de cunho processual, acompanhando a correta observação feita por Rogério Schietti, defendemos que o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado somente se aflora diante de uma condenação, pois é neste momento que nasce a legitimidade e o interesse recursal do imputado⁶⁹⁴, pela ocorrência de prejuízo material a um direito que lhe é permitido submeter a decisão a uma segunda análise (dupla conformidade em matéria penal).

Afinal, se o conteúdo do duplo grau de jurisdição, tal como visto no tópico antecedente, é a submissão da decisão condenatória a uma dupla conformidade em matéria penal, necessária como *conditio sine qua non* para aplicação da pena, notadamente é preciso afirmar que o duplo grau se faz necessário sobre o juízo condenatório, independente da instância em que a decisão condenatória seja proferida.

Simplificadamente, a garantia do duplo grau de jurisdição somente existe para ser exercida em desfavor da decisão condenatória, pois é a condenação a pena ou a imposição de qualquer prejuízo material ao imputado que exigem dupla conformidade.

Além disso, os fundamentos do duplo grau de jurisdição, tais como a presunção de inocência e a própria dupla conformidade, que em verdade são a razão que legitima a própria existência desta garantia, também conduzem à interpretação de que somente se verificará a necessidade de submeter ao duplo grau de jurisdição aquela decisão que afetar o imputado em seus direitos de presunção de inocência e/ou liberdade.

A interpretação dos tratados internacionais – sobretudo do artigo 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que prevê o duplo grau de jurisdição como

⁶⁹⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30.

garantia da pessoa “declarada culpada” – também nos permitem afirmar que o duplo grau de jurisdição só existe e é necessário diante da ocorrência de uma decisão condenatória.

A partir dessa análise do PIDCP, Luigi Ferrajoli afirma que o duplo grau de jurisdição é “o direito do imputado a ter, não apenas um julgamento duplo concordante em caso condenação: em hipótese, isso também deve significar um terceiro julgamento, quando o primeiro foi absolutório e o segundo foi condenatório”⁶⁹⁵.

No mesmo sentido, mesmo sem concordar com essa posição, Juan Montero Aroca acaba reconhecendo que a interpretação literal dos tratados internacionais conduz à ideia de que o duplo grau de jurisdição se dá sobre a primeira condenação do acusado, ainda que esta condenação seja proferida pela primeira vez no julgamento de um recurso da acusação por um Tribunal⁶⁹⁶.

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso *Mohamed vs. Argentina* esclareceu que o duplo grau de jurisdição é um direito de revisão da condenação criminal independentemente da instância em que esta condenação criminal é proferida⁶⁹⁷, vejamos:

a Corte interpreta que o direito de recorrer da condenação não poderia ser efetivo se não fosse garantido a todo aquele que é condenado, já que a condenação é a manifestação do exercício do poder punitivo do Estado. Resulta contrário ao propósito desse direito específico que não seja garantido frente a quem é condenado mediante uma sentença que revoga uma decisão absolutória. Interpretar o contrário implicaria em deixar o condenado desprovido de um recurso contra a condenação. Trata-se de uma garantia do indivíduo frente ao Estado e não somente um guia que orienta o desenho dos sistemas de impugnação nos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes da Convenção.⁶⁹⁸

Essa interpretação é mais um dos argumentos que nos conduz à conclusão de que é necessário negar – ou ao menos limitar – os recursos acusatórios contra decisões absolutórias, pois, tal como explica Julio Maier, “transformar absolvição originária em uma condenação, como pretende o acusador, será, sem dúvida, uma condenação de ‘primeira instância’, é dizer,

⁶⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia. **Nueva Doctrina Penal**. 1996/B (p. 445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 448.

⁶⁹⁶ MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 172.

⁶⁹⁷ STRANO, Rafael Folador. **Defesa Criminal e Direitos Humanos**: uma necessária releitura do direito ao duplo grau de jurisdição. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 276-290, jan-fev. 2015, p. 285.

⁶⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Mohamed vs. Argentina*: Sentencia. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf. Acesso em: 04 jul. 2017, p. 30.

a primeira condenação do procedimento suportada pelo imputado”⁶⁹⁹, o que necessariamente exigirá a submissão da decisão condenatória ao duplo grau de jurisdição.

Assim, a ocorrência de uma primeira condenação em segunda instância ou mesmo em instâncias superiores, demandaria sempre a observância do duplo grau de jurisdição – o que poderia acarretar um duplo grau de jurisdição infinito⁷⁰⁰, pois, sempre que houvesse recurso da acusação sobre a decisão absolutória, julgando-se este precedente para condenar o acusado, seria necessário que se franqueasse o duplo grau de jurisdição, independentemente da instância em que foi proferida a decisão condenatória.

O duplo grau de jurisdição também não resta satisfeito apenas com recursos de cassação ou extraordinários⁷⁰¹. Isso porque o segundo exame exigido para aplicação de condenação sobre o acusado deve ser amplo e ilimitado (sem restrições), capaz de aferir integralmente toda a matéria discutida no caso penal, seja ela matéria fático-probatória ou de direito, e não meramente formal⁷⁰².

Assim também restou decidido pela Corte IDH na análise do caso supracitado (Mohamed vs. Argentina), em que após a absolvição do acusado em primeira instância foi interposta apelação pela acusação diante do órgão de segundo grau, que resultou na condenação pelo crime de homicídio culposo, restando ao condenado apenas a possibilidade da mera impetração de recurso extraordinário federal, um recurso de cassação cujo efeito devolutivo limitava-se ao reexame da matéria de direito⁷⁰³.

Apreciando o caso, a Corte decidiu que a garantia prevista no artigo 8º, 2, “h” do Pacto de San José da Costa Rica exige que se oportunize ao condenado um recurso amplo e eficaz, que possibilite o exame integral da decisão recorrida, assegurando a possibilidade do reexame de questões fáticas, probatórias e jurídicas⁷⁰⁴, leia-se: o duplo grau só se satisfaz através de um recurso que permita a reapreciação de matéria de fato e de direito.

Nesse ambiente, surge uma evidente e necessária distinção entre o direito ao recurso e a garantia do duplo grau de jurisdição. Isso porque acreditamos que a garantia do duplo grau

⁶⁹⁹ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 714.

⁷⁰⁰ Nesse sentido advertem: MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 714, e CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 24.

⁷⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 34.

⁷⁰² FERRETI, Carlos del Río. Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal. **Estudios Constitucionales**, ano 10, n. 01, p. 245-288, 2012, p. 269.

⁷⁰³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 357/359.

⁷⁰⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso Mohamed vs. Argentina: Sentencia. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf. Acesso em: 04 jul. 2017, p. 31/35.

de jurisdição não se confunde com o direito ao recurso, não havendo uma relação vinculativa obrigatória entre ambos.⁷⁰⁵

A despeito de reconhecermos que, no processo penal, ambos sejam de titularidade exclusiva do imputado, o direito ao recurso lhe permite submeter a uma nova análise a parte impugnada de qualquer decisão que foi proferida em seu desfavor, independentemente de seu conteúdo ou do órgão prolator, enquanto a garantia do duplo grau de jurisdição possui menor incidência, pois se faz necessária apenas diante das decisões condenatórias – decisão de mérito –, mas possui maior amplitude em seu conteúdo, pois exige o reexame integral da decisão satisfazendo a obrigatória dupla conformidade em matéria penal.

Em sentido parecido, na doutrina processual civil, Dierle Nunes defende que “não há necessidade de um duplo exame de todas as questões suscitadas e debatidas. Ao contrário, o instituto do recurso apresenta-se como corolário das garantias ao contraditório e da ampla defesa, permitindo sua implementação sucessiva ao proferimento das decisões judiciais”⁷⁰⁶.

Essa compreensão do duplo grau de jurisdição nos leva ao entendimento de que, em nosso ordenamento, possuímos apenas duas instâncias jurisdicionais. A primeira instância consiste, em regra, nos Juízes Estaduais e Federais de 1ª instância – ressalvados os casos de competência originária dos Tribunais –, enquanto a segunda instância é representada pelos Tribunais de Justiça Estaduais e pelos Tribunais Regionais Federais.

Em regra, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não podem ser considerados como terceira e quarta instância, respectivamente e, portanto, os recursos interpostos a estes tribunais são manifestações do direito ao recurso, mas não da garantia do duplo grau de jurisdição, ressalvadas as hipóteses de competência originária dos tribunais em que a condenação ocorre em um tribunal e o duplo grau de jurisdição será exercido diante de um dos tribunais superiores.

3.3.2 Quem é o órgão hierarquicamente superior?

Após compreender que o duplo grau de jurisdição é a garantia exclusiva do imputado de submeter a decisão condenatória a um reexame integral por órgão superior hierárquico, faz-se necessário analisar qual o conteúdo desta posição hierárquica de superioridade do juízo

⁷⁰⁵ GODINHO, Robson Renault. Direito Constitucional ao Recurso. **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 25, n. 2, 269-310, jul./dez., 2009, p. 278 e 283.

⁷⁰⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 168.

que julgará o recurso no plano do duplo grau. Ou seja, deve-se responder: quem é o órgão hierarquicamente superior?

A ideia de que o duplo grau de jurisdição submete o reexame da decisão a um órgão hierarquicamente superior está atrelada à garantia de controle pelos Tribunais das decisões proferidas pelos juízos inferiores. Esta, por sua vez, decorre da concepção histórica dos recursos, que representavam exclusivamente um meio de controle do monarca absoluto ou da Igreja sobre a decisão proferida pelos súditos ou inquisidores, com o fim de permitir a manutenção do poder centralizado e a “segurança jurídica” dos cânones da igreja, respectivamente⁷⁰⁷.

Contudo, toda essa ideia de controle está conectada com aqueles impensados fundamentos atribuídos ao duplo grau de jurisdição e que somente encontram lugar em um sistema de impugnação bilateral, inaplicável ao presente trabalho, em que se propõe o duplo grau como garantia exclusiva do imputado.

No ambiente em que a superioridade hierárquica importa apenas para o controle, o que se privilegia é a mera possibilidade formal – ou seja, a competência – de que o órgão que apreciará o recurso possa reformar a decisão. Isso, por si só, é suficiente para considerá-lo órgão dotado de superioridade funcional. Esse é o entendimento de Alberto Binder para quem a exigência de um juiz ou tribunal superior se faz necessária, “nem tanto por uma questão de hierarquia do tribunal, mas de poder. É solicitado um tribunal ou juiz com poder real de revisar o veredicto”⁷⁰⁸.

No Brasil, com o julgamento da Ação Penal 470/MG (caso “Mensalão”) pelo Supremo Tribunal Federal, a existência de 03 (três) réus com prerrogativa de foro por função, em razão do cargo de deputado federal, possibilitou que outras 35 pessoas fossem julgadas todas pelo STF⁷⁰⁹, em face da conexão, limitando-se o direito de todas a recorrerem a um tribunal superior, violando assim a garantia do duplo grau de jurisdição.

Ocorre que, ao analisar o caso Barreto Leiva vs. Venezuela, em que o réu foi condenado em única instância pela Corte Suprema de Justiça daquele país, não sendo permitido a ele apelar a um tribunal superior, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu estar violado o duplo grau de jurisdição, na medida em que não se oportunizou o direito de impugnar a sentença condenatória perante um tribunal superior.

⁷⁰⁷ Tal como já foi tratado com maiores detalhes no tópico 1.2 deste trabalho.

⁷⁰⁸ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 223.

⁷⁰⁹ OLIVEIRA, Bruno Queiroz. O duplo grau de jurisdição na Ação Penal 470/MG: considerações à luz do controle da convencionalidade. **Direito em Debate**. Ano XXVI. N. 47, p. 267-288, jan./jun., 2017, p. 269.

Para a Corte, o duplo grau consiste na revisão integral da decisão condenatória (dupla conformidade) por um órgão superior, mesmo nos casos de competência originária dos tribunais, pois não se pode estabelecer restrições que infrinjam a própria essência do duplo grau de jurisdição⁷¹⁰.

Analisando o referido caso, Fauzi Choukr esclarece que “a compreensão de duplo grau de jurisdição não haveria de envolver o julgamento do recurso do caso pelo mesmo órgão jurisdicional que prolatou o provimento questionado”⁷¹¹.

Retomando o caso da Ação Penal 470/MG, depois de longo debate, o STF admitiu o cabimento de embargos infringentes como tentativa de satisfazer o duplo grau de jurisdição. Posteriormente ao julgamento deste processo, foi modificado o Regimento Interno do STF através da Emenda n. 49/2014 (artigo 333, I c/c artigo 6º, IV RISTF)⁷¹², que passou a determinar a competência para o julgamento nas ações penais originárias às Turmas do STF, havendo atualmente a possibilidade de interposição de embargos infringentes ao Plenário do STF, que representaria um “outro órgão hierarquicamente superior”.

Nesse mesmo sentido, a doutrina brasileira tradicional acredita que “pode até ocorrer que os órgãos competentes para conhecer e julgar os recursos não se enquadrem na denominada jurisdição superior” e isso não viola(ria) o duplo grau de jurisdição, que se encontra “satisfeito com a revisão da decisão por órgão diverso do que julgou a decisão de primeiro grau”⁷¹³.

Do mesmo modo, Vinicius Vasconcellos defende que: “a diferenciação entre o órgão julgador e o revisor, não necessariamente superior, mas funcionalmente capaz de revisar e suplantar a decisão primitiva. Assim, considera-se ‘superior’ aquela que tem poder de corrigir e alterar a sentença impugnada, sendo fundamental a distinção em relação ao seu emissor”. A partir desse conceito, o autor reconhece ser aceitável que se aprecie um recurso em outro órgão dentro de um mesmo tribunal, quando não exista um tribunal de hierarquia superior.⁷¹⁴

⁷¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela: Sentencia. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf. Acesso em: 04 jul. 2017, p. 16/19.

⁷¹¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 210.

⁷¹² Art. 6º Também compete ao Plenário:

IV – julgar, em grau de embargos, os processos decididos pelo Plenário ou pelas Turmas, nos casos previstos neste regimento;

Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma:

I – que julgar procedente a ação penal

⁷¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

⁷¹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de jurisdição na justiça criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. *In*: GIACOMOLLI, Nereu José;

Discordamos, acreditando que o simples fato de a revisão ser realizada por órgão ou julgadores diversos não satisfaz o duplo grau de jurisdição. Este exige uma reanálise da imputação por órgão diferente e hierarquicamente superior daquele que proferiu a decisão. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a característica do duplo grau de jurisdição seria “a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior da ordem jurídica”⁷¹⁵.

Portanto, o que está em discussão é o conteúdo ou, mais precisamente, o que significa a hierarquia superior, que a nosso ver deve ser verificada sob um prisma não apenas vertical, mas, sobretudo, funcional, tal como alerta o próprio Alberto Binder, no qual o julgador revisor tenha poderes reais de reformar de maneira substancial o veredicto anterior⁷¹⁶, sem qualquer vinculação que lhe prenda ou o acovarde diante do julgamento antecedente – o que nem sempre se faz possível com a mera alteração do órgão julgador dentro de um mesmo tribunal. E são duas as principais razões que justificam uma alteração não somente de julgadores, mas, fundamentalmente, a alteração de Tribunal.

Em primeiro lugar, ainda que existam órgãos julgadores distintos e que possuam hierarquia diferente dentro de um mesmo Tribunal (Turmas ou Câmaras, Seções e Pleno), os julgadores que integram a mesma Corte em algum momento possuem a mesma hierarquia e mesmos poderes funcionais. Por isso, Del Pozzo adverte que mais importante do que a distinção entre os juízos *a quo* e *ad quem* e do que a superioridade hierárquica do segundo é o “deferimento de competência funcional em razão da impugnação ao segundo juízo”⁷¹⁷.

A nosso ver, mais do que uma superioridade funcional que atribua a competência para outros sujeitos investidos de poder jurisdicional reformarem a decisão, é também necessária e de maior importância uma superioridade hierárquica material (real), já que o objetivo da garantia é maximizar a possibilidade de proteção aos direitos de liberdade e presunção de inocência do imputado.

Além disso, são inevitáveis as vinculações de ordem subjetiva criadas pela convivência rotineira, bem como a existência de ideais de consonância e unificação inerente

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. Estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, pg. 222.

⁷¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do HC 79.785**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado em 22/11/2002. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000015832&base=baseAcordaos>. Acesso em: 30 set. 2018.

⁷¹⁶BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 223.

⁷¹⁷ DEL POZZO, Carlo. **Le Impugnazioni Penali**: parte generale. Padova: CEDAM, 1951. p. 445.

entre os pares, pois entre os sujeitos (juízes) de posição semelhantes se desenvolve um senso de identidade, nas palavras de Mirjan Damaska⁷¹⁸.

Nesse aspecto, a Teoria da Dissonância Cognitiva, desenvolvida pela psicologia social e bem explicada por Leon Festinger, comprova que o indivíduo busca agir em um estado de coerência, sobretudo, em situações de grupo⁷¹⁹, situação nas quais Bernd Schünemann adverte que o sujeito tem um anseio de eliminar contradições⁷²⁰.

Obviamente, é alta probabilidade de que isso ocorra entre juízes do mesmo Tribunal, que por vezes afastam seu posicionamento pessoal, divergente e discordante dos demais, para aderir à posição majoritária em face da colegialidade (socorrendo-se ao argumento do “entendimento consolidado neste tribunal ou nesta turma”)⁷²¹ que nada mais é do que uma forma de “racionalização a que recorrem para eliminar suas incoerências internas”⁷²².

Esse estado de coerência que se almeja é chamado por Leon Festinger de consonância e reproduz a busca em eliminar o dissonante, ou seja, aquilo que é diferente, pois “a existência de dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância”⁷²³. Isso alerta a grande dificuldade de revisão da decisão recorrida submetida a um reexame horizontal por juízes integrantes de um mesmo Tribunal, pela busca incessante de uma redução na dissonância cognitiva juridicamente chamada de “colegialidade”.

Esta colegialidade almejada pelos julgadores que integram um mesmo tribunal representa a incidência do “efeito aliança” que, segundo Bernd Schünemann, faz com que o juiz diante de uma situação obscura – tal como é a revisão de uma decisão proferida por um de seus pares –, busque se orientar segundo uma prévia avaliação oriunda de uma pessoa por

⁷¹⁸ DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del proceso legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 37.

⁷¹⁹ FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 11/12.

⁷²⁰ SHÜNEMANN, Bernd. Trad. Luis Greco. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 207.

⁷²¹ A título de exemplo, lembramos do voto da Min. Rosa Weber que, no julgamento do HC 152.752/PR no STF, desconsiderou seu posicionamento contrário à execução antecipada de pena que havia manifestado nos julgamentos do HC 126.292/SP e das ADC's 43 e 44, esclarecendo que pessoalmente ainda seria contrária ao instituto, mas em respeito à colegialidade votou por denegar a ordem, possibilitando a execução antecipada. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2018.

⁷²² FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 12.

⁷²³ FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 12.

ele aceita como competente⁷²⁴, ou seja, mantendo e não reformando a decisão proferida por outro órgão ou juiz que pertence ao mesmo tribunal.

Aury Lopes Jr. reconhece que os recursos horizontais, “aqueles que se resolvem pelo mesmo órgão jurisdicional que proferiu a decisão recorrida”, acabam sendo “pouco eficazes por razões psicológicas facilmente compreensíveis”⁷²⁵. Por isso acreditamos que a superioridade hierárquica material ou superioridade real depende de uma superioridade formada por dois fatores: a superioridade funcional, que atribui competência superior, e uma superioridade no plano vertical, que atribui uma real investidura superior ao juiz ou tribunal que julgará o recurso.

Notadamente, a incidência da dissonância cognitiva e do efeito aliança não nos permitem afirmar a total impossibilidade de reforma de decisões a partir de recursos horizontais, mas demonstram a redução da probabilidade de revisão – o que é suficiente para configurar um limite indevido à garantia do duplo grau de jurisdição, que pretende não apenas reduzir os danos de uma decisão em desfavor do imputado, mas também a maximização dos direitos a liberdade e presunção de inocência.

Em segundo, possibilitar que magistrados que já tenham apreciado a matéria e se pronunciado sobre o objeto do processo participem de um novo julgamento reapreciando o mesmo caso – tal como ocorre no STF mesmo após a alteração de seu regimento interno – viola a imparcialidade objetiva, tal como explica Gustavo Badaró⁷²⁶, o que inclusive é proibido e deveria ocasionar o impedimento do magistrado em nosso ordenamento (artigo 252, III CPP). Por isso, Julio Maier afirma que juízes de um “tribunal superior” não estão no mesmo plano horizontal e não presenciaram o debate sobre o caso submetido ao recurso.⁷²⁷

Também por esta razão, Nereu Giacomolli defende que “a viabilização do duplo pronunciamento há de ser garantida por magistrados diversos dos que apreciaram a decisão impugnada”⁷²⁸. Neste ponto, a alteração do órgão julgador e a superioridade hierárquica exigida pelo duplo grau de jurisdição buscam, nas palavras de Fábio Comparato, “um reforço da impessoalidade de julgamento”⁷²⁹.

⁷²⁴ SHÜNEMANN, Bernd. Trad. Luis Greco. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 213.

⁷²⁵ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 979.

⁷²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 277.

⁷²⁷ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 720.

⁷²⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 349.

⁷²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Juízes independentes ou funcionários subordinados. **Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros**. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 1º semestre de 1998, p. 92.

Notadamente, isso não significa que todos os recursos precisam ser julgados por um órgão superior, o que seria inviável em qualquer estrutura jurisdicional, mas aqueles recursos que atendem ao duplo grau de jurisdição exigem a alteração dos julgadores e o julgamento por um órgão jurisdicional diverso e superior no plano funcional e material (real), o que para nós exige um recurso vertical pelas razões que foram expostas.

Isso, por si só, não é suficiente para garantir que o julgamento do recurso ocasionará a revisão da decisão, mas o risco de que uma decisão prejudicial ao imputado seja mantida na apreciação de um recurso dentro de um mesmo Tribunal pela coerência entre magistrados ou por ausência de imparcialidade objetiva é suficiente para adoção de medidas que minimizem os riscos e os danos.

3.3.3 A nova concepção da vedação da *reformatio in pejus*

A vedação da *reformatio in pejus*, tal como é tradicionalmente concebida⁷³⁰ e foi aderida em nosso ordenamento jurídico pelo Artigo 617 do Código de Processo Penal⁷³¹, segundo explica Aury Lopes Jr., significa que “diante de um exclusivo recurso da defesa, o tribunal pode dar provimento no todo ou em parte, ou manter intacta a decisão de primeiro grau. Em nenhuma hipótese pode piorar a situação do réu (exceto, é óbvio, se houver recurso do acusador)”⁷³².

Tal como está posta, a vedação da *reformatio in pejus* não possui caráter de garantia, representando apenas o mero atendimento ao princípio dispositivo em respeito ao sistema acusatório⁷³³ – também relacionada ao princípio da correlação entre a imputação e a sentença⁷³⁴ –, o que acaba impossibilitando o agravamento na situação do imputado por ato exclusivo do juízo *ad quem* diante da inação da acusação que não recorreu e, portanto,

⁷³⁰ Franco Cordero explica que a proibição da *reformatio in pejus* se faz presente “quando seja apelante somente o imputado (ou o ministério público em favor do réu) neste caso, não corre nenhum risco o apelante (...) está proibida toda reforma nociva sobre a pena, sobre a medida de segurança, a revogação de benefícios e sobre as espécies de absolvição” (CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2010, p. 379).

⁷³¹ Neste sentido também é a Súmula 160 do STF, que impede o reconhecimento de nulidade contra o réu que não tenha sido arguida no recurso de acusação.

⁷³² LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 988.

⁷³³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 109. No mesmo sentido: MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 594.

⁷³⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal** (185-212), vol. 2, n. 1, 2016, p. 205. No mesmo sentido: MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 593.

mostrou-se satisfeita com o resultado obtido no julgamento, sob pena de violar a indispensável separação das funções de acusar e julgar⁷³⁵.

Ocorre, no entanto, que tudo que foi proposto até então acerca da garantia do duplo grau de jurisdição exige um reinterpretação da vedação da *reformatio in pejus*, pois reconhecer que o duplo grau de jurisdição é “garantia judicial instituída em favor do imputado e, portanto, limitadora do exercício do poder punitivo estatal”⁷³⁶, tal como afirmado por Ricardo Favarotto, nos leva a admitir que a persecução penal estatal se encerra com a sentença de mérito⁷³⁷. Sendo ela condenatória, admite-se o duplo grau de jurisdição como direito do imputado que restou condenado; sendo a sentença absolutória, encerra-se para o Estado-acusação a pretensão de buscar uma punição ao indivíduo.

Portanto, a vedação da *reformatio in pejus* não tem o condão de impedir a majoração da condenação do imputado somente em casos de recursos interpostos exclusivamente pela defesa, pois, a partir de uma ruptura total com a bilateralidade recursal, se faz necessário reconhecer que a primeira sentença imposta ao caso penal serve como teto máximo ao gravame que se pode impor ao indivíduo, vedando-se a partir de então qualquer reforma que prejudique o imputado em sentido amplo (por exemplo, aumentando a pena, impondo regime prisional mais gravoso, restringindo a aplicação de qualquer instituto despenalizante ou mesmo afetando de forma prejudicial a execução da pena).

Resumidamente, se o direito ao recurso que submete a decisão ao duplo grau de jurisdição constitui uma garantia exclusiva do imputado, sempre se estará diante de recurso apresentado exclusivamente pela defesa e, desta forma, a primeira sentença (condenatória) torna-se o limite de prejuízo que se pode causar ao imputado, ficando desde logo proibida a *reformatio in pejus*.

Essa é a posição de Julio B. Maier ao explicar que “se deve compreender também que presumida a ausência do recurso acusatório, a segunda instância, na via recursal, não pode infligir ao condenado uma consequência jurídica mais grave do que a primeira; o seu limite

⁷³⁵ Tratam-se dos mesmos fundamentos pelos quais não se deve permitir a condenação quando a acusação requer a absolvição, tal como defendido por: LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 258/261, e no mesmo sentido por VILLA, Della Giovani. **A decisão penal condenatória face ao pedido de absolvição pelo Ministério Público**: desconformidade com a constituição. 2017, Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR.

⁷³⁶ FAVAROTTO, Ricardo S. El derecho al doble conforme. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Navarra, n. 28, p. 155-181, mai./ago. 2012. p. 161 (tradução livre).

⁷³⁷ D'ALBORA, Nicolás F. Límites recursivos de la parte acusadora en el proceso penal. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, v. 6, n. 10, p. 79-116, 2000, p. 94.

máximo está constituído pela conformidade com a sentença de condenação originária (proibição da *reformatio in pejus*)⁷³⁸.

A vedação da *reformatio in pejus* assume, portanto, caráter de garantia constitucional, tal como explica De La Rúa, considerando sua íntima relação com o direito de defesa, pois é consequência do objetivo defensivo e garantista que possuem os recursos de proibir o agravamento da situação do imputado, já que o contrário privaria o duplo grau de jurisdição de sua finalidade específica, ou seja, obter uma vantagem ou um resultado mais favorável ao imputado no processo.⁷³⁹

Segundo Carnelutti, a proibição da *reformatio in pejus* está vinculada ao princípio *favor rei* que, por sua vez, deriva da concepção pessimista da pena⁷⁴⁰; ou seja, trata-se de uma regra processual que garante o atendimento de um princípio penal que provoca a limitação e racionalização do poder punitivo do estado.

Se a pretensão acusatória se exaure com a acusação, pois tal como explica Ricardo Gloeckner “o conceito de ação se extingue tão prontamente a denúncia seja recebida”⁷⁴¹, admitir o recurso da acusação após uma sentença absolutória é permitir um novo exercício do poder-dever de acusar, ficando evidente a ocorrência da (vedada) múltipla persecução em matéria penal.

Novamente, vale defender que o “direito de ação” não se prolonga, sobretudo no processo penal, no qual se traduz apenas como um poder-dever de ação – adstrito ao princípio da necessidade – público, autônomo e abstrato⁷⁴². Além do mais, o direito de ação se exaure após o exercício da acusação, de modo que ao ser proferida a sentença “termina a possibilidade do acusador de obter uma condenação e ela, caso resulte em condenação, constitui o limite máximo da reação penal estatal”⁷⁴³.

⁷³⁸ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 713/714. No mesmo sentido: D'ALBORA, Nicolás F. Límites recursivos de la parte acusadora en el proceso penal. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, v. 6, n. 10, p. 79-116, 2000, p. 94. E também: LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem**. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016, p. 631.

⁷³⁹ DE LA RÚA, Fernando. **Teoria Geral del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991, p. 214. De modo semelhante, para Aury Lopes Jr. estamos “diante de um princípio constitucional implícito, decorrente do princípio da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LV, da CB)” (LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 991).

⁷⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Vol. 4. 1 ed. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 161.

⁷⁴¹ GLOECKNER, Ricardo. Direito Fundamental ao Recurso no Processo Penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 6, n. 11. Curitiba, 2014 (183-204), p. 199.

⁷⁴² LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 109/115.

⁷⁴³ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 733.

É preciso admitir que faz parte do sistema penal de matriz acusatória e democrática impossibilitar o prolongamento da persecução penal promovido pela acusação, tratando-se de um freio necessário diante dos inúmeros poderes estatais⁷⁴⁴. Dessa forma, acreditamos que os efeitos da vedação da *reformatio in pejus* se fazem presentes para impedir qualquer majoração desde a primeira decisão de mérito proferida no caso penal.

Notadamente isso, também afetará a interpretação da vedação da *reformatio in pejus* indireta, que consiste na proibição do agravamento da situação do imputado causada não pela atuação do tribunal no julgamento do recurso ao proferir uma nova decisão (juízo rescisório), mas no caso em que após, uma anulação da decisão recorrida pelo tribunal (juízo rescidente), a nova decisão proferida pelo juízo *a quo* também não poderá agravar a pena do imputado.

Mesmo sabendo que os Tribunais Superiores⁷⁴⁵ e a doutrina⁷⁴⁶, em respeito à vedação da *reformatio in pejus* indireta, defendem a impossibilidade da majoração no *quantum* da pena, ainda que ocorra, por exemplo, o reconhecimento de uma qualificadora – sobretudo, nos casos de julgamento pelo Tribunal do Júri –, o caráter de garantia da vedação da *reformatio in pejus* exige maior cautela neste ambiente.

Isso porque seu caráter protetivo exige que se considere a expressão “agravada a pena” em sentido amplo⁷⁴⁷. Portanto, valendo-se do mesmo exemplo, é preciso verificar que, mesmo diante da impossibilidade de majoração do *quantum* de pena, o reconhecimento de uma qualificadora pode ocasionar prejuízos ao imputado que por vezes são ignorados. Este é o caso do homicídio, por exemplo, em que o reconhecimento da qualificadora torna o crime hediondo, e isso importará em inadmissíveis prejuízos no curso da execução penal, aumentando o lapso temporal necessário para progressão de regime e para concessão do livramento condicional. Isso por si só já violaria a vedação da *reformatio in pejus* indireta.

Conclui-se, assim, que em um processo penal acusatório e democrático em que o duplo grau de jurisdição é garantia exclusiva do imputado, os recursos só podem servir para a proteção da liberdade e da presunção de inocência – o que conseqüentemente implica a

⁷⁴⁴ Em crítica ao risco múltiplo, Geraldo Prado elucida: “se a acusação pretende a condenação do réu pela prática da infração penal, que se organize e se prepare para estar em juízo em condições de convencer o juiz, para estar em juízo em condições de demonstrar a existência de fato a responsabilidade do acusado, e o juiz então proferirá sentença condenatória. Se ela não chegar a ter sucesso em sua pretensão não lhe resta mais nada, e efetivamente se consolida a absolvição nesse plano. Caso seja vencedora, ao condenado se assegurará o direito à revisão da decisão, pois este é o princípio do duplo grau de jurisdição em sua dimensão substancial” (PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 115/116.)

⁷⁴⁵ Vide STF, HC 89.544-1, j. 14/04/2009 e STJ, HC 205.616/SP, j. 12/06/2012.

⁷⁴⁶ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 989/992.

⁷⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 110.

impossibilidade de qualquer prejuízo ao imputado pela via recursal. Ou seja, a vedação da *reformatio in pejus* impede a ocorrência de majoração de qualquer ordem ao imputado após a primeira sentença de mérito, seja ela reformada ou mesmo anulada posteriormente.

3.4 (Existem) Limites (?) ao duplo grau de jurisdição

Os fundamentos e todo o conteúdo protetivo que atribuímos ao duplo grau de jurisdição, bem como o repetido reconhecimento do caráter de garantia fundamental exclusiva do imputado, importam na impossibilidade da imposição de limites a esta garantia, pois as restrições a ela impostas são restrições à própria dignidade da pessoa humana⁷⁴⁸, considerando que atingem os direitos a liberdade, presunção de inocência e a ampla defesa do imputado.

Carnelutti aponta que na história jurídica italiana a proibição aos recursos foi uma das características de importância notável durante o ordenamento fascista. Por isso, ao tratar do direito ao recurso, aponta como um “caráter da evolução jurídica que esta regra sofra cada vez menos exceções”⁷⁴⁹.

Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos não prevê qualquer ressalva ou relativização ao duplo grau de jurisdição⁷⁵⁰, ou seja, não devem existir situações que permitam seu afastamento ou a limitação pelo direito interno, sobretudo considerando que o Brasil não impôs reservas a este tratado⁷⁵¹.

Mas, contrariando aquilo que se espera de um processo penal acusatório e democrático, que necessariamente deve caminhar cada vez mais próximo à ampliação dos direitos e garantias do imputado, em nosso ordenamento é crescente a imposição de limites ao duplo grau de jurisdição⁷⁵², motivo pelo qual se faz necessário o estudo de ao menos 03 (três) dessas limitações: a competência originária dos tribunais nos casos de prerrogativa de foro por função; os casos de competência do Tribunal do Júri em face da soberania dos veredictos;

⁷⁴⁸ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 142.

⁷⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal**. Trad. Francisco José Galvão Bruno. ed.1 v. 4. Campinas: Bookseller, 2004. p. 110.

⁷⁵⁰ STRANO, Rafael Folador. Defesa Criminal e Direitos Humanos: uma necessária releitura do direito ao duplo grau de jurisdição. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 276-290, jan-fev. 2015, p. 285.

⁷⁵¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O direito ao duplo grau de jurisdição como elemento de proteção dos direitos humanos. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XIX, n. 431, 01/01/2015, p. 66

⁷⁵² Muitos desses limites buscam legitimar-se por argumentos de eficiência e celeridade que na verdade mascaram o véu de uma urgência punitiva. Para melhor compreensão de como essa dinâmica se implementa e porque ela se traduz em um mito, retomar o tópico 1.4 do trabalho.

e a reforma da decisão absolutória em decorrência da condenação em julgamento de recurso acusatório.

3.4.1 A competência originária dos tribunais nos casos de foro por prerrogativa de função

De certa forma, o tema que será abordado neste tópico já foi objeto de análise preliminar quando tratamos do duplo grau de jurisdição sobre o juízo condenatório⁷⁵³, oportunidade em que comprovou-se a posição de que a garantia do duplo grau de jurisdição é voltada para a revisão da decisão condenatória e, portanto, se manifesta no momento em que for proferida decisão condenatória.

Entretanto, não é essa a realidade que se tem em nosso ordenamento jurídico atualmente, em que um sistema recursal inquisitório e bilateral descreve o duplo grau de jurisdição como “garantia outorgada ao vencido de obter uma nova decisão, por órgão jurisdicional superior e dentro do mesmo processo, que substitui a primitiva resolução recorrida”⁷⁵⁴.

Mesmo diante da recente decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento de questão de ordem na AP 937⁷⁵⁵ que restringiu o âmbito de aplicação do foro por prerrogativa de função, nos casos em que o acusado possuir prerrogativa de foro, o processo criminal movido em seu desfavor tramitará originariamente em um dos tribunais pátrios. Nesse ambiente, o duplo grau de jurisdição vem sendo passível de limitações. Afinal, acredita-se que o duplo grau é uma garantia de ambas as partes do processo e, havendo outra garantia aplicada também ao acusado – a prerrogativa de foro –, advoga-se que seria crível o afastamento da primeira.

Nestes casos, quando o processo criminal tramita originariamente em um tribunal superior (como é o caso do STJ) ou mesmo em tribunais de apelação (tais como os TJs ou TRFs), sendo condenado o imputado não haverá recurso que possibilite a revisão da decisão

⁷⁵³ Vide o tópico 3.3.1 deste trabalho.

⁷⁵⁴ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 41.

⁷⁵⁵ Atualmente, entende o STF que: “i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na AP 937/RJ**. Relator Min. Roberto Barroso, acórdão publicado em 10/05/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 out. 2018).

condenatória em seu inteiro teor, e isso não vem sendo considerado pela doutrina e jurisprudência como violação ao duplo grau.

A esse respeito, Eugênio Pacelli defende que “a exigência do duplo grau não alcança a instância extraordinária (...) em uma ação penal da competência originária dos tribunais de segunda instância, por exemplo, não se poderá alegar violação ao duplo grau de jurisdição, pela inexistência de recurso ordinário cabível”⁷⁵⁶.

Um primeiro argumento que irá surgir para (tentar) justificar a limitação ao duplo grau de jurisdição é o de que o duplo grau de jurisdição, como as demais garantias constitucionais, não é ilimitado e possui exceções previstas no próprio texto constitucional⁷⁵⁷.

Além da flexibilidade deste argumento de existência de “limitações implícitas no próprio texto constitucional”, que pode ser utilizado tanto para conceder quanto para negar uma garantia fundamental, acreditamos que não há falta de coerência sistemática ou deontológica entre o duplo grau e a prerrogativa de foro aplicados a um mesmo caso. Isso porque existem casos de competência originária dos tribunais em que há previsão do cabimento de recurso ordinário amplo a um tribunal superior, como é o caso do recurso ordinário constitucional cabível contra decisão denegatória de *habeas corpus* proferida por tribunal ou pelo STJ (artigo 105, II, “a” e artigo 102, II, “a”, ambos da CF/88)⁷⁵⁸.

Um segundo argumento figura no sentido de que os julgamentos de competência originária dos Tribunais são realizados, desde o início, diante de órgão formado por um colegiado de juízes. Portanto, a decisão não seria proferida monocraticamente, e isso justificaria a limitação ao duplo grau⁷⁵⁹.

Como já foi visto, a razão de existência do duplo grau de jurisdição, ou seja, seus fundamentos, são o prolongamento (proteção) da presunção de inocência e a dupla conformidade em matéria penal, o que exige uma revisão da decisão condenatória por um órgão (colegiado) hierarquicamente superior e, portanto, essa garantia não se satisfaz – leia-

⁷⁵⁶ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 940/941.

⁷⁵⁷ A título de exemplo, Guilherme Nucci elucida que: “como qualquer outro princípio ou garantia constitucional, pode comportar exceções. É exatamente o que acontece com os processos julgados em competência originária dos Tribunais Superiores. Assim, por exemplo, se um deputado federal for condenado criminalmente pelo Supremo Tribunal Federal, não há como recorrer dessa decisão, não se aplicando, assim, o duplo grau” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 850). No mesmo sentido: TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, v. 30, p. 177-186, jan./mar. 2000. p. 180.

⁷⁵⁸ OLIVEIRA, Bruno Queiroz. O duplo grau de jurisdição na Ação Penal 470/MG: considerações à luz do controle da convencionalidade. **Direito em Debate**. Ano XXVI. N. 47, p. 267-288, jan./jun., 2017, p. 272.

⁷⁵⁹ CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 29.

se: não pode ser substituída – pelo simples fato de ser a decisão condenatória proferida por um órgão colegiado.⁷⁶⁰

Ressalta-se, ainda, que não há garantia de que a decisão colegiada seja mais coerente ou não passível de erros a serem revisados e, se necessário, corrigidos em um segundo julgamento⁷⁶¹.

A construção desse argumento é verificada claramente no julgamento da Ação Penal 470/MG (“Mensalão”) – que originou a redação da fatídica Súmula 704 do STF⁷⁶² – que pacificou a desnecessidade do duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias no âmbito do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que o então Ministro Joaquim Barbosa defendeu que “não há que se falar na ausência, no caso, de duplo grau de jurisdição (...) uma vez que se cuida de ação penal originária da competência mais alta Corte de Justiça do país. (...) lhes asseguraram a privilegiadíssima prerrogativa de responder às acusações que lhes foram feitas perante esta Corte”⁷⁶³.

Esse argumento se consolidou no âmbito do Supremo Tribunal Federal e atualmente o cenário tende a se agravar após a admissão da famigerada execução antecipada de pena. Isso porque o entendimento atual permitirá o cumprimento antecipado de pena logo após a primeira condenação nos casos de competência originária dos tribunais, inobstante a ausência de observância ao duplo grau de jurisdição⁷⁶⁴. Em resumo, viola-se concomitantemente as garantias da presunção de inocência e do duplo grau.

Nos casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, mesmo após a já comentada modificação do Regimento Interno⁷⁶⁵, inexistente a possibilidade de que a garantia do

⁷⁶⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 91 (no prelo).

⁷⁶¹ Nossa posição sobre o tema da colegialidade já foi apresentada no tópico 3.2.1 deste trabalho.

⁷⁶² Súmula 704 STF: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do coréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

⁷⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão referente as petições 17.695, 18.249 e 20.981 no julgamento da AP 470/MG**. Relator Min. Joaquim Barbosa, acórdão publicado em 15/05/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000194450&base=basePresidencia>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁷⁶⁴ De acordo com a posição atual: “A execução provisória é juridicamente possível quando a condenação, em virtude de competência especial por prerrogativa de foro, decorrer de decisão única exarada pelo órgão colegiado competente, uma vez que o duplo grau de jurisdição, inobstante sua previsão como princípio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n. 678/92, art. 8º, § 2º, "h"), não se aplica aos casos de jurisdição superior originária” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgReg no HC 140.213/sp. Relator Min. Luiz Fux, acórdão publicado em 16/06/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13044439>. Acesso em: 24 set. 2018).

⁷⁶⁵ Ressaltamos que a emenda regimental 49/2014 modificou o Regimento Interno do STF, de modo que hoje existem duas Turmas responsáveis pelo julgamento das ações penais de competência originária da Corte (Art. 9º,

duplo grau de jurisdição fosse viabilizada tal como se espera, ou seja, diante de um tribunal hierarquicamente superior e por julgadores diferentes. Isso porque, tal como adverte Vinicius Vasconcellos, o recurso de embargos infringentes “é limitado aos pontos em que haja divergência, o que o torna incompatível à caracterização do exercício do direito ao recurso no processo penal”⁷⁶⁶. Isso sem considerar que, sendo unânime a decisão, esta restará irrecurável.

Registra-se ainda que o STF vem restringindo cada vez mais o cabimento dos embargos infringentes, pois no recente julgamento da AP 863 (Caso Maluf) o Plenário firmou entendimento de que somente será admissível o referido recurso contra decisão não unânime da Turma proferida em ação penal originária quando existirem dois votos vencidos em favor do réu e desde que ambos sejam absolutórios (decisão de mérito).⁷⁶⁷

Também não se pode esquecer que a prerrogativa de foro será objeto de crítica sob o argumento de violar a isonomia⁷⁶⁸. Contudo, essa mesma “isonomia” será argumento para fundamentar a restrição da garantia do duplo grau de jurisdição, demonstrando a nítida incoerência de que um idêntico fundamento (a isonomia) sirva para criticar a essência de um instituto que é uma garantia (a prerrogativa de foro)⁷⁶⁹ e, ao mesmo tempo, seja utilizada para limitar outra garantia (o duplo grau de jurisdição). É como se dizer que a prerrogativa de foro não deva existir, mas, se existe, ao menos o duplo grau de jurisdição deve ser afastado por uma ideia de “ou um, ou outro”.

Por isso, preferimos nos posicionar ao lado de Jaques Penteadó, quando reconhece que “o arguido nos casos de competência originária dos tribunais, conserva a garantia de acesso a uma jurisdição superior para ver reexaminada a decisão que lhe for desfavorável”⁷⁷⁰. E, juntamente com Gustavo Badaró, advertimos que “inegavelmente o foro por prerrogativa de função, no desenho do sistema brasileiro, impede em ação de competência originária o direito

I, “j”), havendo, portanto, a possibilidade da apresentação do recurso de embargos infringentes ao Plenário do Supremo Tribunal Federal (Art. 333, I c.c Art. 6º, IV).

⁷⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 96 (no prelo). No mesmo sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 348.

⁷⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EI na AP 863**. Relator Min. Edson Fachin, acórdão publicado em 15/05/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4504330> Acesso em: 24/04/2018.

⁷⁶⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 209.

⁷⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 72.

⁷⁷⁰ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 192.

ao recurso contra decisão condenatória”⁷⁷¹. Aury Lopes Jr. também reconhece que: “Há, nesses casos, um completo esvaziamento da garantia do duplo grau de jurisdição em benefício da prerrogativa funcional e do julgamento originário por um órgão constitucional”⁷⁷².

Sobre o tema, no julgamento do já citado caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela, em que o réu foi originariamente julgado e condenado pela Corte Suprema de Justiça daquele país, não sendo permitida a apresentação de recurso contra a sentença condenatória à um tribunal superior, a Corte IDH entendeu estar violado o duplo grau de jurisdição.

Para a Corte, o duplo grau consiste na revisão integral da decisão condenatória (dupla conformidade), mesmo nos casos de competência originária dos tribunais, pois não se pode estabelecer restrições que infrinjam a própria essência do direito de recorrer da decisão⁷⁷³.

Posteriormente, essa posição foi consolidada pela Corte IDH no julgamento do caso Liakat Ali Alibux *vs.* Suriname em 2014⁷⁷⁴ – após o julgamento da AP 470 no STF –, oportunidade em que foi decidido que “embora tenha sido a Alta Corte de Justiça que julgou e condenou o senhor Alibux, o nível do tribunal que julga não pode garantir que a decisão em instância única será proferida sem erros ou vícios. Em razão disso, mesmo quando o processo penal em instância única estiver a cargo de uma jurisdição diferente da ordinária, o Estado deveria ter garantido que o senhor Alibux pudesse contar com a possibilidade de recurso em sentença adversa, com base na natureza da garantia mínima do devido processo que tal direito ostenta. A ausência de um recurso significou que a condenação proferida em seu desfavor fosse definitiva e, por conseguinte, o senhor Alibux cumpriu uma pena privativa de liberdade”⁷⁷⁵.

Por tudo isso, tal como já foi advertido por Gustavo Badaró⁷⁷⁶, Nereu Giacomolli⁷⁷⁷, Fauzi Hassan⁷⁷⁸ e Vinicius Vasconcellos⁷⁷⁹, é preciso reconhecer que se faz necessária uma

⁷⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 74. No mesmo sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 348/349.

⁷⁷² LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 975.

⁷⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela: Sentencia. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf. Acesso em: 04 jul. 2017, p. 16/18.

⁷⁷⁴ Sobre o tema: CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 210; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 93 (no prelo); GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 359/360.

⁷⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Liakat Ali Alibux *vs.* Suriname: Sentença. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/76dc0db310925e305df1def0e12c9ee7.pdf>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁷⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 81.

modificação na estrutura jurisdicional de nossos tribunais para adequação de suas competências originárias ao duplo grau de jurisdição.

Para solucionar este cenário, Letelier Loyola sugere que a limitação do duplo grau de jurisdição nos casos de julgamento originário em tribunais “somente seria aceitável na perspectiva constitucional, se o imputado com prerrogativa de foro pudesse renunciar ao foro e, por essa via, submeter-se a jurisdição penal do juiz que naturalmente corresponda aos que não detenham prerrogativa de foro, mantendo incólume seu direito ao recurso”⁷⁸⁰.

Certamente essa solução visa a contemplar a inafastabilidade da garantia do duplo grau de jurisdição, mas acaba agindo a partir da já criticada ideia de “ou um, ou outro”, desta vez afastando a garantia da prerrogativa de foro para que se permita o duplo grau de jurisdição, o que não entendemos ser a melhor medida, pois o juiz natural no caso do acusado detentor de prerrogativa de foro é o tribunal competente no qual os julgadores são dotados de hierarquia superior a daquele sujeito que será julgado.

Não concordamos que a prerrogativa de foro seja uma garantia do julgador e tampouco garantia de justiça⁷⁸¹, pois a razão da existência da prerrogativa de foro é a imparcialidade do julgador, primando-se pela independência jurisdicional perante as pressões dos demais poderes e poderosos⁷⁸² e garantindo a imparcialidade do julgador. Nessa concepção, a prerrogativa de foro se afigura apenas como garantia da pessoa imputada.

Assim, a prerrogativa de foro e o duplo grau de jurisdição afiguram-se como duas garantias fundamentais e o reconhecimento de uma delas não exige o afastamento da outra. Afinal, direitos fundamentais devem ser compatibilizados e essa harmonização deve sempre ser realizada em favor do detentor da garantia – neste caso, o imputado detentor de prerrogativa de foro e sempre assistido pelo duplo grau de jurisdição diante do primeiro juízo condenatório.

Outra possibilidade indicada pela doutrina para o saneamento desta violação ao duplo grau de jurisdição nos casos de julgamento por tribunais de 2ª instância (TJs e TRFs) ou pelo

⁷⁷⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 349.

⁷⁷⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 210

⁷⁷⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 94/95 (no prelo)

⁷⁸⁰ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 201.

⁷⁸¹ Essa é a posição de Badaró ao defender que a prerrogativa “trata-se, pois, a um só tempo, de garantia para o acusado e de garantia para a justiça” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 72).

⁷⁸² MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**. Da prevenção da competência ao juiz das garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 37/38.

STJ seria a criação de um recurso de natureza ordinária que permitiria a análise integral da decisão recorrida, tal como o recurso de apelação, a ser apreciado pelo órgão hierarquicamente superior, respectivamente o STJ e o STF⁷⁸³.

Já nos casos de julgamento originário pelo STF, a solução aparente seria eliminar tal competência, rebaixando para o STJ todos os casos de prerrogativa de foro que competem atualmente ao Supremo Tribunal Federal, possibilitando a interposição de um recurso de natureza ordinária perante a Suprema Corte⁷⁸⁴.

Em um primeiro olhar, essa solução parece adequada e suficiente para satisfazer o duplo grau de jurisdição, até porque o Superior Tribunal de Justiça trata-se de tribunal que julga recursos de natureza extraordinária, tal como o STF, e ainda possui representação muito mais democrática do que o Supremo, que tem seus membros escolhidos de forma política exclusivamente pelo Presidente da República.

Contudo, acreditamos que a simples modificação na estrutura jurisdicional de nossos tribunais tal como proposta acima é medida paliativa. Isso porque é fácil verificar a hipótese em que o acusado absolvido no âmbito de um dos Tribunais de segunda instância e submetido a novo julgamento pelo STJ em razão de recurso da acusação, caso seja condenado, também se encontre impossibilitado de socorrer-se ao duplo grau de jurisdição do juízo condenatório, face à inexistência de um recurso amplo ao STF.⁷⁸⁵

Novamente, a tentativa de solucionar a hipótese aventada poderia ser facilmente respondida a partir da criação de um recurso de natureza ordinária, sempre que a primeira condenação ocorresse no STJ, em razão do provimento de recurso interposto pela acusação em desfavor de uma decisão proferida em ação penal de competência originária de um Tribunal, respeitando assim a ideia de que o duplo grau de jurisdição aflora diante do juízo condenatório, independentemente da instância em que ocorreu a primeira condenação.

No entanto, situação diferente e insanável ocorreria se houvesse absolvição na primeira decisão proferida por um Tribunal nas ações penais de competência originária deste, sendo mantida esta absolvição após eventual recurso acusatório ao STJ, mas posteriormente

⁷⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 81.

⁷⁸⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 94/95 (no prelo). No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 82.

⁷⁸⁵ Parte da doutrina já alertou para essa aporia: ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 490; NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 921; GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 348.

em um segundo recurso da acusação, desta vez interposto ao STF, fosse reformada a decisão para condenar o imputado.

Isso também pode ocorrer nas ações penais de competência originária do STJ, em que após a absolvição no primeiro julgamento, o imputado restasse condenado em razão de recurso da acusação interposto diante do STF.

Em ambos os casos a primeira condenação do acusado ocorrendo no Supremo Tribunal Federal não possibilitaria a interposição de um recurso amplo, além de sequer possibilitar a segunda análise diante de um tribunal hierarquicamente superior. Quedaríamos na mesma realidade que se verifica hoje nos casos de competência originária do STF, em que se esvazia por completo o conteúdo protetivo do duplo grau de jurisdição, tal como já foi demonstrado.

Com isso percebe-se que a simples modificação na estrutura jurisdicional, por si só, não seria suficiente para o atendimento integral do duplo grau de jurisdição sem que este restasse violado em alguma hipótese, seja pela inexistência de um recurso amplo ou mesmo pela ausência de um tribunal hierarquicamente superior.

Por isso, é imperioso que as modificações propostas, especificamente a criação de um recurso de natureza ordinária a ser efetivado diante de uma primeira condenação, independente do grau de jurisdição que esta ocorra, bem como o deslocamento das ações penais de competência originárias do STF para o STJ, precisam ser implementadas juntamente com o reconhecimento de que o duplo grau de jurisdição é direito exclusivo do imputado e, portanto, vedando-se ou ao menos limitando a interposição de recursos acusatórios em desfavor de decisões absolutórias.

Portanto, para evitar um duplo grau de jurisdição infundável⁷⁸⁶, mais do que possibilitar o duplo grau de jurisdição ao acusado diante de um Tribunal Superior, é preciso, fundamentalmente, reconhecer o duplo grau como direito exclusivo do acusado em desfavor do poder punitivo estatal, rompendo com a bilateralidade recursal. Só isso permite acabar com um duplo grau infinito sem violar ou eliminar o próprio conteúdo do duplo grau de jurisdição⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 714.

⁷⁸⁷ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 714.

3.4.2 A soberania dos veredictos e o duplo grau no Tribunal do Júri

Tal como alerta Fauzi Hassan, há um ponto de tensão entre a estrutura do júri enquanto administração popular da justiça penal, sobretudo em razão da soberania de seus veredictos em face do duplo grau de jurisdição como controle político-jurídico a partir do emprego do recurso de apelação.⁷⁸⁸

Concordamos apenas em parte com a referida afirmação⁷⁸⁹, porque acreditamos que se trata de mera contradição aparente, pois refutamos a ideia de que o duplo grau de jurisdição seja essencial pela necessidade de controle das decisões, para reconhecê-lo como iminente garantia fundamental do imputado.

Novamente diante de duas garantias fundamentais, assim como ocorreu no tópico anterior entre a prerrogativa de foro e o duplo grau, se faz necessária a compatibilização de ambas as garantias, pois a identidade existente entre a finalidade precípua de ambas em tutelar a liberdade dispensa a eliminação de uma para o (re)conhecimento da outra, permitindo a coexistência harmônica de ambas.

Contudo, considerando que o duplo grau de jurisdição pressupõe um recurso que permita ao tribunal apreciar o caso penal em sua integralidade e com a possibilidade de reformar a decisão por completo, o parágrafo 3º do artigo 593 do Código de Processo Penal, ao permitir que o juízo *ad quem* apenas submeta o caso a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, transforma de maneira atípica a apelação em um recurso de cassação que ordinariamente não existe em nosso sistema recursal.

O que ocorre é que, em nosso ordenamento, a competência do Tribunal do Júri sempre foi assunto de debate e, segundo Camila Prando, “parecia ser mais importante fazer valer os fundamentos políticos-criminais da necessidade de defesa da sociedade contra uma criminalidade de sangue”⁷⁹⁰. Atualmente, o mesmo temor de absolvição que colocou em xeque a própria instituição do Tribunal do Júri no debate doutrinário que antecedeu o Código Penal de 1940 é o que afeta a apreciação da apelação interposta em desfavor da decisão dos jurados.

⁷⁸⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 682.

⁷⁸⁹ Até porque ousaremos em discordar da posição final de Fauzi, que acaba por concordar com a redação atual do art. 593, III do CPP e seus parágrafos, defendendo que: “o discurso da recorribilidade das decisões do Tribunal do Júri deve ser restrito às hipóteses que não digam respeito ao convencimento do julgador, mas, sim, aos equívocos do juiz togado na apreensão do quanto decidido pelo Conselho de Sentença” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 684).

⁷⁹⁰ PRANDO, Camila de Mello. **O saber dos Juristas e o Controle Penal**. O debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 205.

Manuel Díaz Martínez faz uma importante observação ao advertir que “o processo penal mantém, para as causas envolvendo os delitos mais graves, a única instância, o que ocasiona uma proporção inversa entre a ‘gravidade do fato e as garantias’”⁷⁹¹. Ou seja, quanto maior a gravidade do fato – como nos crimes dolosos contra a vida –, menores são as garantias do imputado, em uma visão de conciliação entre eficiência e garantismo⁷⁹² típica de um processo penal do inimigo.

O que se faz necessário observar é que o argumento do rigor punitivo, que aparece como pretensa tentativa de proteção da vida como bem jurídico primordial⁷⁹³, não é o que fundamenta a existência da soberania dos veredictos dos jurados.

A leitura da obra de Frederico Marques, que se baseia em citações de Faustin Hélie – por ele vangloriado como grande processualista, talvez o maior que já tenha tido a França –, demonstra o ingresso no Brasil de uma interpretação da soberania dos veredictos e da íntima convicção dos jurados importadas do *Code D’Instruction Criminelle* (Código de Napoleão)⁷⁹⁴. Tal como explica Bernd Shünemann, a partir da “formulação mais estrita feita pela doutrina desenvolvida na França da ‘íntima convicção’ dos jurados, nenhum controle material era possível, mesmo considerando a natureza das coisas, pois o veredicto dos jurados era visto como algo único e irrepetível”⁷⁹⁵.

Em contrapartida, Julio Maier explica que o julgamento pelos jurados é uma decisão de ideologia política da Constituição dos países que possuem tal previsão e que surge em decorrência do Iluminismo e das revoluções políticas nos países europeus e americanos que buscaram um regresso ao juízo público e ao tribunal integrado por cidadãos – historicamente concebidos na Grécia e nas repúblicas romanas. Nessa linha, o Tribunal do Júri representa uma garantia fundamental de ser julgado pelos próprios pares, um juízo de cidadãos para limitar o poder de punir estatal⁷⁹⁶, tanto que sua previsão em nosso ordenamento está assegurada no artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal.

Segundo Geraldo Prado, a “soberania dos jurados que a Constituição alberga no inciso XXXVIII do artigo 5º é um direito individual do imputado que se caracteriza por colocar o

⁷⁹¹ DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutórias em apelación y casación: principio de inmediateción y derecho de defensa. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3 época, n. 9 (enero de 2013), págs. 111-142, 115.

⁷⁹² PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 189.

⁷⁹³ BRUNO, Anibal. **Crimes contra a pessoa**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 60.

⁷⁹⁴ MARQUES, José Frederico Marques. **O júri no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 69/70.

⁷⁹⁵ SHÜNEMANN, Bernd. **La Reforma del Proceso Penal**. Madrid: Dykison, 2005, p. 88

⁷⁹⁶ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 777.778.

titular em uma posição jurídica favorável em face do exercício do poder punitivo”⁷⁹⁷. Ou seja, o Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos dos jurados que lhe é inerente decorrem da ideia de que o julgamento pelos pares é uma garantia fundamental do imputado que tutela sua liberdade em desfavor do poder penal do Estado. Perceba-se, portanto: a soberania dos veredictos é garantia do indivíduo imputado, e não dos jurados ou da instituição do júri propriamente dita, e pensar diferente seria injustificável.

Vinicius Vasconcellos, com total acerto, alerta para a incoerência sistêmica que se verifica em não se admitir que o próprio tribunal, no julgamento do recurso, reforme a decisão dos jurados, sobretudo pelo fato de que os jurados decidem por íntima convicção e isso seria permitir que uma decisão ausente de fundamentação sequer seja apreciada e revisada por um órgão hierarquicamente superior, em total contradição com o que se espera de um Estado Democrático de Direito⁷⁹⁸.

Por sua vez, Aury Lopes Jr. também critica essa barreira imposta pela soberania dos veredictos diante da íntima convicção que legitima o ato decisório dos jurados, aduzindo que: “Os jurados podem então decidir completamente fora da prova dos autos sem que nada possa ser feito. Possuem o poder de tornar o quadrado, redondo, com plena tolerância dos Tribunais e do senso comum teórico, que se limitam a argumentar, fragilmente, com a tal ‘supremacia do júri’, como se essa fosse uma ‘verdade absoluta’, inquestionável e insuperável”⁷⁹⁹.

Afinal, tal como alertado por Gustavo Badaró, a íntima convicção que impede conhecer a motivação da decisão dos jurados “permite, em suma, que os jurados, tranquilamente, no caso de dúvida, optem por condenar o acusado”⁸⁰⁰. O quadro se agrava ainda mais considerando a advertência de Aury Lopes Jr. de que no Tribunal Júri “o réu pode ser condenado a partir de uma prova frágil e ilhada no contexto probatório, e seu recurso não será admitido, mesmo com uma prova amplamente favorável à sua tese defensiva, pois a decisão dos jurados não é absolutamente desconectada da prova dos autos”⁸⁰¹.

Essa é outra incoerência na limitação do duplo grau de jurisdição em face das decisões do Tribunal do Júri, pois é demasiadamente vaga a expressão “manifestamente contrária à

⁷⁹⁷ PRADO, Geraldo. Prefácio. In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 13.

⁷⁹⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 137 (no prelo).

⁷⁹⁹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 861.

⁸⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 254.

⁸⁰¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.042/1.043.

prova dos autos”, havendo uma depuração deste conceito elástico pela doutrina e jurisprudência de um modo que não encontra precedentes nos próprios ordenamentos autoritários de onde decorre nossa previsão do Júri (França e Inglaterra), nos quais essa limitação somente afetava as decisões favoráveis ao réu (absolvições), ou seja, somente se permite recursos contra a decisão condenatória.⁸⁰²

Em resumo, é inaceitável que uma decisão proferida sem fundamentação seja passível de recurso somente quando se demonstre totalmente contrária a prova dos autos, bem como que o provimento do recurso, em vez de ocasionar a reforma da decisão, apenas possibilite novo julgamento do imputado.

Admitir isso, associado a uma interpretação de que a soberania dos veredictos impediria a reforma da decisão dos jurados por um tribunal hierarquicamente superior, tal como ainda prevê o artigo 593, parágrafo 3º do CPP, é rasgar a presunção de inocência sem qualquer censura a esta decisão⁸⁰³. Para Geraldo Prado, isso representa a “conversão do júri de dispositivo de tutela da liberdade do acusado em mecanismo de instrumentalização do poder de punir, em desfavor do titular da garantia”⁸⁰⁴.

É preciso reconhecer que a soberania dos veredictos possui efeito somente sobre o Juiz Presidente do Tribunal do Júri, isso é dizer, nos crimes dolosos contra a vida os jurados são soberanos para decidirem em face do juiz togado de 1ª instância, mas isso não os torna soberanos diante de um tribunal hierarquicamente superior que, por exigência democrática, possui competência para reformar decisão prejudicial ao imputado proferida por juízes hierarquicamente inferiores no plano sistêmico jurisdicional.

Por tudo isso, acreditamos que a previsão do parágrafo 3º do artigo 593 do CPP, baseada na soberania dos veredictos como garantia do imputado sujeito ao julgamento pelo Tribunal do Júri, somente seria viável para evitar a reforma de uma decisão absolutória proferida pelos jurados, mas isso só teria lugar em um sistema de bilateralidade recursal que é refutado no presente trabalho pelas razões que já foram apresentadas.

⁸⁰² PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 186/188. Tentando solucionar a aporia, Gustavo Badaró propõe a não aplicação do advérbio “manifestamente” defendendo que “se a tese defensiva, com potencial absolutório, encontrar algum apoio na prova dos autos, suficiente para gerar dúvida razoável sobre a culpa do acusado, deverá ser provido o recurso, submetendo-o a novo júri popular” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 256).

⁸⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 255.

⁸⁰⁴ PRADO, Geraldo. Prefácio. In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 14.

Nesse sentido, Fauzi Hassan Choukr defende que “a possibilidade de revisão justifica-se pela estrutura do Estado Democrático de Direito, em que inexistem atividade de poder estatal ‘absolutas’. Ao não se admitir a revisão dos veredictos (em uma imperfeita visualização do primado constitucional), estar-se-ia instituindo uma função estatal sem controle, impensável no sistema do Estado Democrático”⁸⁰⁵.

Assim, por uma compatibilização entre duas garantias – a soberania dos veredictos e o duplo grau –, Julio Maier defende que somente a absolvição impede o uso de recursos em desfavor da decisão dos jurados – pois isso “não está acordo com a soberania do Tribunal Popular que já o absolverá”⁸⁰⁶, nas palavras de Jaques Penteado –, enquanto a condenação pode ser atacada com recursos que permitam a revisão e não apenas a cassação da decisão condenatória⁸⁰⁷.

Isso não seria esvaziar a competência do júri e tampouco violar a soberania dos veredictos dos jurados, mas apenas compatibilizaria ambos (o júri e a soberania), promovendo a garantia do duplo grau, do direito de liberdade e da presunção de inocência.

É preciso admitir, contudo, que o cenário atual não caminha em direção ao que se propõe, pois a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores (STF e STJ) possui precedentes no sentido de que a negativa de recurso à acusação em razão da soberania dos veredictos implicaria em uma violação ao devido processo legal e, conseqüentemente a igualdade de partes (sic).⁸⁰⁸

Soma-se a isso o fato de que, recentemente, em data posterior à apresentação do presente trabalho, o então Ministro da Justiça Sérgio Moro apresentou proposta legislativa intitulada “Projeto de Lei Anticrime”⁸⁰⁹. Com o argumento de “aumentar a efetividade do Tribunal do Júri”, o projeto retira o efeito suspensivo do recurso em sentido estrito interposto em desfavor da pronúncia e determina a execução antecipada da pena ao réu condenado, inobstante a interposição do recurso de apelação.

Percebe-se, portanto, que os rumos da jurisprudência e das pretensões legislativas caminham em sentido completamente oposto ao que se pretende no presente trabalho, ainda

⁸⁰⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Volume II. 7 ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 396.

⁸⁰⁶ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190.

⁸⁰⁷ MAIER, Julio B. La impugnación del acusador: un caso de ne bis in idem?. **Nuevo Foro Penal**, n. 61, p. 169-175, agosto 1999, p. 170.

⁸⁰⁸ Nesse sentido: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **HC 11.207/ES**, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, publicado em 04/12/2012, e BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **HC 323.309/RJ**, 3ª Seção, Rel. para o Acórdão Min. Félix Fischer, publicado em 08/03/2018.

⁸⁰⁹ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/mjssp-projeto-de-lei-anticrime.pdf/view>. Acesso em: 10 fev. 2019.

que todo o exposto seja suficiente para demonstrar que inexistem fundamentos para que o conteúdo protetivo da soberania dos veredictos legitime a execução antecipada da decisão dos jurados, além da afrontosa ofensa à presunção de inocência que isso representaria.

3.4.3 A reforma da decisão absolutória em decorrência da condenação em julgamento de recurso acusatório

Uma última limitação ao duplo grau – que indiretamente já foi objeto de análise nos tópicos antecedentes – trata-se da hipótese de provimento ao recurso da acusação em desfavor de uma sentença absolutória proferida em primeira instância, oportunidade em que ocorrendo a condenação em segundo grau de jurisdição restaria imposto enorme gravame ao acusado, na medida em que somente lhe estariam disponíveis recursos de natureza extraordinária (REsp e RE) que ainda são limitados à apreciação de matéria de direito, a partir da dicotomia de fato-direito que já foi refutada neste trabalho.

Neste plano, restaria inviabilizada a garantia do duplo grau de jurisdição. Isso porque, ainda que se reconhecesse a existência de recurso cabível contra a decisão, este recurso não seria amplo a ponto de permitir a segunda análise integral da decisão condenatória que foi proferida somente em segundo grau de jurisdição. Isso importa em impossibilitar o duplo grau de jurisdição, que somente aflora diante do juízo condenatório, inviabilizando a dupla conformidade em matéria penal.

Sobre o tema, Rogério Schietti explica que: “Em tal situação, muito embora a causa tenha percorrido duas instâncias, não houve propriamente, o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição pelo acusado, eis que sucumbiu tão somente perante o tribunal que julgou o recurso da acusação”⁸¹⁰.

Esse também é o entendimento de Luigi Ferrajoli ao reconhecer que “quem foi absolvido em primeira instância e condenado no julgamento da apelação se encontra, de fato, privado desta garantia”⁸¹¹. No mesmo sentido, uma parte da doutrina brasileira também reconhece essa problemática, tal como Nereu Giacomolli ao dizer que nestes casos “pela

⁸¹⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30.

⁸¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia. **Nueva Doctrina Penal**. 1996/B (p. 445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 450.

sistemática atual, sepultado estará o duplo pronunciamento acerca do juízo condenatório”⁸¹², assim como André Nicolitt ao reconhecer que “o direito de recorrer da condenação fica inviabilizado e, em decorrência, temos uma violação ao direito fundamental do acusado de ver sua condenação reexaminada, isto é, frustra-se o duplo grau”⁸¹³.

Também já advertimos que a criação de um recurso de natureza ordinária e, portanto, amplo o suficiente para permitir a impugnação completa da decisão não permitiria a viabilização do duplo grau em todos os casos⁸¹⁴, já que a reforma da decisão absolutória, se ocorrida no Supremo Tribunal Federal, não possibilitaria a impugnação da decisão por um recurso amplo e tampouco a apreciação da primeira condenação por um tribunal hierarquicamente superior.

A necessidade de evitar que o imputado absolvido seja posteriormente condenado e careça da possibilidade de submeter a decisão condenatória a um duplo pronunciamento foi um dos fundamentos da modificação introduzida no sistema recursal italiano com a *Legge Pecorella* que limitou os recursos acusatórios contra decisão absolutória.⁸¹⁵

Assim, considerando tudo o que já foi exposto no presente trabalho, faz-se necessário, por derradeiro, investigar quais seriam as propostas possíveis de limitação aos recursos de acusação ou de reformas no sistema recursal que permitam viabilizar de forma plena a garantia do duplo grau de jurisdição ao imputado.

3.5 Propostas de limitação ao recurso acusatório em face da garantia do duplo grau de jurisdição

Após a apresentação de nossa posição acerca do duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado e não da acusação, bem como a observância da inaplicabilidade das hipóteses de limitação desta garantia, percebe-se que se faz necessária a propositura de uma reforma sistêmica. Para isso, será preciso analisar as possibilidades de limitação aos recursos da acusação previstas em alguns ordenamentos jurídicos, sobretudo no

⁸¹² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 348. No mesmo sentido: ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 490.

⁸¹³ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 921

⁸¹⁴ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 117

⁸¹⁵ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 207.

ordenamento norte-americano e aquilo que se propôs com a Legge Pecorella na Itália, bem como outras propostas que se pode encontrar na doutrina.

3.5.1 A vedação do *double jeopardy*: o sistema anglo-saxônico e o recurso no ordenamento norte-americano

A primeira proposta de limitação aos recursos acusatórios é aquela prevista nos países de tradição *common law*, em que a vedação do *bis in idem* não se verifica apenas em decorrência da *res judicata* como consequência da coisa julgada. Tal como explica Rogério Schietti, no sistema algo-saxônico “a norma impeditiva do duplo julgamento acarreta (de forma quase absoluta) a proibição de uma apelação do acusador público contra a absolvição do acusado: tal como uma apelação, só é permitida em circunstâncias excepcionais”⁸¹⁶.

Notadamente, essa posição é nitidamente contrária ao que se tem nos sistemas romano-germânicos – pertencentes, em regra, à *civil law* –, em que “não só são admitidos recursos após uma primeira decisão sobre a culpabilidade do arguido, disponíveis, de forma paritária, para defesa e para acusação”⁸¹⁷.

Nos sistemas de tradição *common law*, a interpretação do *ne bis in idem* importa na proibição de duplicação do julgamento⁸¹⁸. Essa posição entende que o julgamento em sentido material se trata de qualquer juízo de mérito sobre o caso penal, independentemente de trânsito em julgado, desde que se tenha garantido que o Estado-acusação exerceu sua *fair chance at trial*⁸¹⁹. E é essa harmonia entre *fair trial* e a *fair chance at trial* em um modelo de sistema adversarial que permite que não seja “outorgado ao acusador o acesso ao duplo grau de jurisdição em caso de insucesso de seu pedido ao juízo inferior”⁸²⁰.

⁸¹⁶ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32.

⁸¹⁷ LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem**. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016, p. 612

⁸¹⁸ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 115

⁸¹⁹ Para Inês Leite: “parece mais adequado, então, reconhecer-se que toda a tensão dialética reside no confronto entre o *fair trial* e a *fair chance at trial*, isto é, entre a garantia de que o arguido pode exercer, cabalmente, a sua defesa, e a garantia de que a acusação pode realizar, também de forma cabal, a pretensão punitiva do Estado” (LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem**. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016, p. 475).

⁸²⁰ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 93.

Além disso, o fato de o julgamento ser realizado pelo Tribunal do Júri⁸²¹, o respeito à independência dos jurados⁸²², a observância da oralidade de forma plena no julgamento perante estes⁸²³ e o princípio do juiz natural em sua dimensão substancial⁸²⁴ também fundamentam a regra de irrecorribilidade das decisões absolutórias prevista na vedação do *double jeopardy*.

No sistema norte-americano o julgamento pelos jurados possui função de verdadeira garantia fundamental prevista na 6ª Emenda⁸²⁵, sendo o júri composto por 12 cidadãos instruídos de que o reconhecimento de culpa (condenação) só poderá ocorrer quando eliminada qualquer dúvida razoável e que deve ser alcançada em consenso pela unanimidade dos jurados⁸²⁶, evidenciando enorme discrepância em relação ao júri brasileiro, composto por apenas 7 jurados que podem decidir por maioria simples e decidem pautados na íntima convicção e, portanto, permite-se condenar mesmo em caso de dúvida.

Nos Estados Unidos da América, a vedação do *double jeopardy* está prevista na 5ª Emenda da Constituição cuja previsão é de que “ninguém pode ser colocado em risco de ser condenado duas vezes”⁸²⁷, a partir dessa garantia constitucional a doutrina reconhece o *double jeopardy clause* como “uma regra federal de política pública criminal, de proteção do acusado”⁸²⁸.

Ponto intrigante é o fato de que o mesmo ordenamento que veda o duplo risco, possibilita a *dual sovereignty doctrine* (teoria da dupla soberania) que permite que cada estado-membro, bem como o governo federal julguem pessoa acusada de crime que já foi julgada por outra unidade federativa, em virtude do elevado grau de soberania que decorre do federalismo norte-americano.⁸²⁹

⁸²¹ CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 33, e LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem**. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016, p. 613.

⁸²² PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92.

⁸²³ CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34.

⁸²⁴ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 115

⁸²⁵ Sobre o tema ver: CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34, nota 31.

⁸²⁶ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 93.

⁸²⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 134.

⁸²⁸ CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **A proibição da dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 79.

⁸²⁹ CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **A proibição da dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 83

Esse ponto é uma brecha no sistema protetivo da vedação ao *double jeopardy*, pois a “teoria da dupla soberania” vem sendo utilizada como meio para “superar a barreira existente no ordenamento quanto ao duplo risco de condenação por um mesmo fato criminoso”⁸³⁰, já que o fato de o acusado ser absolvido impede o recurso acusatório, mas não impede novo processo em outra unidade federativa.

Tal como explica Rogério Schietti, é “absoluta a proibição da nova persecução penal após a sentença de absolvição (acquittal), em qualquer das situações possíveis, a saber: a) veredicto de inocente (not guilty), tanto em julgamento realizado por jurados quanto por juiz singular (nos poucos casos em que isso acontece); b) absolvição implícita (implied acquittal), pelo juiz ou júri; c) decisão do juiz que de algum modo beneficie o acusado em algum ponto da acusação (quando, e.g., o magistrado considera insuficientes as provas para condenar o acusado, em procedimento do tribunal do júri)”⁸³¹.

Inês Ferreira Leite adverte que a previsão do *double jeopardy clause* não significa que “não se possam anular absolvições ou repetir julgamentos, em caso algum”⁸³², pois existem algumas exceções, basicamente ligadas a vícios de direito, que permitem recursos acusatórios. São elas: a) a *mistrial*: que está relacionada a atividade dos jurados e pode ser verificada quando o júri não chega a um veredicto unânime, quando um mesmo jurado que integrou o *Grand Jury* (encarregado por receber a acusação) participa do *Petit Jury* (responsável pelo veredicto), ou quando se comprove que um dos jurados era parcial por possuir relação com o acusado; e b) a *dismissal*: que ocorre nos casos de insuficiência probatória (*probable cause*), que em regra possui o mesmo efeito preclusivo da absolvição, ainda que não seja declarada a inocência do acusado, mas quando realizada pelo juiz após o veredicto dos jurados permite-se que a promotoria recorra para tornar válido o veredicto do júri⁸³³.

O contrário ocorre nos casos de condenação em que a possibilidade de apelação pelo imputado encontra fundamento no duplo grau de jurisdição, afinal o que se proíbe é que o acusado seja novamente submetido ao risco de condenação pela mesma infração. Contudo,

⁸³⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 135.

⁸³¹ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A proibição da dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 85.

⁸³² LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem**. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016, p. 613/614

⁸³³ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A proibição da dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 90/94.

caso o acusado tenha sua apelação provida, desconstituindo a decisão condenatória, isso permitirá à promotoria a renovação da acusação⁸³⁴.

O “direito a rejuagar” (*right to retry*) também possui duas exceções, em que após reforma da decisão condenatória não será permitida a renovação da acusação: a) no caso de absolvição por insuficiência de provas, para sustentar a condenação em virtude de julgamento de apelação interposta pelo acusado, em que a decisão do Tribunal será considerada equivalente a sentença absolvição e, portanto, sujeita aos efeitos da vedação do *double jeopardy*; e, b) quando, em razão de moção dirigida ao próprio juiz de primeira instância⁸³⁵, e não ao Tribunal, determina-se a necessidade de um novo julgamento após o veredicto dos jurados, por entender que inexistem elementos probatórios suficientes para um juízo condenatório.⁸³⁶

Por razões óbvias, a renovação da acusação não pode ser motivada por “emulação ou espírito vingativo do órgão de acusação” decorrentes do provimento do recurso da defesa, o que não encontra barreira no *double jeopardy clause*, mas, como alerta Rogério Schietti, é a própria garantia do devido processo legal que impede essa conduta⁸³⁷.

É interessante a constatação de mais uma diferença – de certa forma contraditória ao *double jeopardy clause* – daquilo que se tem nos países de tradição romano-germânica, pois no direito norte-americano não existe restrição à *reformatio in pejus* nos casos de renovação da acusação, sendo permitida a imposição de pena superior à do julgamento anterior⁸³⁸.

Contudo, é preciso notar que o sistema recursal é diretamente afetado pela existência ou não de colegialidade no julgamento impugnado, e é por isso que a vedação do *double jeopardy* se faz presente no sistema norte-americano, que possui o julgamento, em regra, realizado por um corpo de 12 jurados. Por sua vez, nosso ordenamento jurídico, como de costume, busca importar “a la carte” aquilo que lhe convém desta hipótese. Prova disso é que a execução antecipada de pena é proposta após a condenação por órgão colegiado, assim

⁸³⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição da dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 94.

⁸³⁵ Tal como explica Jaques Pentenado, é necessária a interposição de uma moção que permite o juízo de retratação ao juiz de primeiro grau, e somente se “Negada a moção, abre-se acesso ao duplo grau de jurisdição pelo recurso de apelação, que será apreciado por um colégio formado por 3 juízes” (PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 95).

⁸³⁶ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição da dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 94.

⁸³⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição da dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 88.

⁸³⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição da dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 89.

como existem precedentes no STF permitindo a execução após a condenação pelo júri⁸³⁹, mas, em contrapartida, nenhum limite é imposto aos recursos acusatórios.

No Brasil, essa previsão do sistema norte-americano é criticada, por exemplo, por Rodrigo Chemim⁸⁴⁰, que escreveu uma sequência de textos defendendo a posição de possibilidade de o Ministério Público recorrer de decisões absolutórias. Um deles é dedicado a criticar a aplicação da vedação *double jeopardy* em nosso ordenamento, com os argumentos de que: a definição de coisa julgada – oriunda da doutrina de Liebman – permite o recurso da acusação; é de difícil interpretação a cláusula do *double jeopardy* prevista na 5ª Emenda; o *double jeopardy* só existiria em respeito à soberania dos veredictos; a vedação do *double jeopardy* encontraria equilíbrio na *dual sovereignty doctrine*; e a baixa porcentagem de casos que chegam ao julgamento de mérito e que resultam em absolvição nos EUA possibilitariam a vedação⁸⁴¹.

Inobstante, acreditamos que é possível admitir em nosso ordenamento jurídico a interpretação do *ne bis in idem* que acarreta proibição de um segundo julgamento tal como previsto na *double jeopardy clause*. Tal como explica Geraldo Prado, “de acordo com o Pacto Internacional dos Direitos Civis, como também de acordo com o Pacto de São José da Costa Rica, ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato”⁸⁴², o que não implica em proibição dos recursos interpostos pela defesa em desfavor da decisão condenatória⁸⁴³, pois essa é a essência do duplo grau de jurisdição como garantia do imputado, que também encontra previsão expressa nos referidos tratados.

Para quem aponte impeditivo em nosso conceito de coisa julgada, a par das críticas já feitas às ideias oriundas de Liebman, usamos da advertência de Julio Maier para explicar que

⁸³⁹ Esse é o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso em dois precedentes: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **HC 140.449/RJ**, 1ª Turma, Rel. do Acórdão Min. Roberto Barroso, publicado em 06/11/2018 e BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **HC 118.770/SP**, 1ª Turma, Rel. do Acórdão Min. Roberto Barroso, publicado em 07/03/2017.

⁸⁴⁰ É necessário contextualizar o local de fala do autor, que é Procurador de Justiça e autor da obra “Mãos Limpas e Lava jato. A corrupção se olha no espelho” (CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava jato**. A corrupção se olha no espelho. Porto Alegre: CDG, 2017), na qual compara a operação Mani Pulite na Itália com a famigerada operação Lava Jato. O mesmo autor fará comentários na obra referida acerca da Legge Pecorella que serão citados na sequência.

⁸⁴¹ CHEMIM, Rodrigo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal e o papel do Ministério Público: devemos copiar o modelo norte-americano de Double Jeopardy?** Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/columnistas/rodrigo-chemim-guimaraes/duplo-grau-de-jurisdicao-no-processo-penal-e-o-papel-do-ministerio-publico-devemos-copiar-o-modelo-norte-americano-de-double-jeopardy-5v9e0vacc6z13pl4o2ig5pf7r/>. Acesso em: 30 out. 2018.

⁸⁴² PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 115

⁸⁴³ CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **A proibição da dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 90.

a vedação do duplo risco, além do sentido material que proíbe a modificação de uma sentença rígida (transitada em julgado), também possui sentido processual, que impede a múltipla persecução penal, não permitindo que esta seja renovada após a absolvição garantindo segurança ao imputado⁸⁴⁴.

Contudo, falta em nosso ordenamento a regulamentação dessa vedação ao duplo julgamento pelo mesmo fato, pois acreditamos não ser ideal a mera importação das previsões norte-americanas⁸⁴⁵. Isso porque, além de inaplicável ao sistema *civil law*, a *double jeopardy clause* deixa brechas que permitem a renovação da acusação e que violam a vedação da *reformatio in pejus*, o que também é incompatível com a nossa definição de coisa julgada e com a garantia da vedação da *reformatio in pejus* direta e indireta já apresentadas neste trabalho.

3.5.2 A Lei n. 46 de 2006 e a reforma do Código de Processo Penal na Itália

Em 20 de fevereiro de 2006, por meio da Lei n. 46, a Itália alterou seu Código de Processo Penal de 1988 para limitar as hipóteses de recurso contra as decisões de absolvição⁸⁴⁶. Antes de adentrarmos ao mérito da alteração legislativa é importante esclarecer que esta lei ficou conhecida como Lei Pecorella (*Legge Pecorella*), nome que já foi utilizado em oportunidades anteriores neste trabalho, mas que buscamos eliminar desde o título do presente tópico, pois o momento político-jurídico brasileiro acaba promovendo constantes e prejudiciais comparações com o período da Operação Mãos Limpas (*Operazione Mani Pulite*) na Itália e que por vezes não retratam sua completude⁸⁴⁷.

⁸⁴⁴ MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 599.

⁸⁴⁵ Lembrando o alerta de Ennio Amodio ao advertir que “para o comparatista que não se dê conta de caminhar para além do dado normativo, para alcançar o direito vivo, o risco de projetar falsas representações da realidade é muito grande” (AMODIO, Ennio. **Processo penale diritto europeo e common law**. Dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 188).

⁸⁴⁶ BARGI, Alfredo. GAITO, Alfredo. Il recorrente ritorno della consulta alla cultura processuale inquisitoria: L'eccentrica definizione della funzione di garanzia del p.m. nel sistema delle impugnazioni. In: GAROFOLI, Vincenzo. **La sentenza della corte costituzionale 6 febbraio 2007 n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione**. Milano: Giuffrè Editore, 2007; CHINNICI, Daniela. **Giudizio Penale di Seconda Istanza e Giusto Processo**. 2ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 193/228; LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 203/211; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 70/72.

⁸⁴⁷ Sobre as reais consequências jurídicas e políticas da operação Mãos Limpas: ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Et al. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

Nesse contexto, muitos acabam afirmando que a Lei n. 46 de 2006 foi algo planejado por Gaetano Pecorella – daí a alcunha de *Legge Pecorella* – que à época de sua aprovação cumulava as funções de presidente da Comissão de Justiça da Câmara e de advogado de Silvio Berlusconi, que por sua vez aguardava o julgamento de um recurso interposto contra decisão que declarou sua absolvição e prescrição do crime em primeira instância⁸⁴⁸, mas com a aprovação da nova lei o processo acabou sendo extinto⁸⁴⁹.

Com isso, se tenta mascarar e enfraquecer os reais fundamentos que motivaram a aprovação da Lei n. 46 de 2006, visando a deslegitimar uma medida que representa a implementação de um sistema recursal adequado ao devido processo e coerente com o sistema acusatório⁸⁵⁰.

Gustavo Badaró explica que o real objetivo da reforma “foi para tentar os problemas da transformação de uma absolvição obtida em pleno contraditório e imediação em primeiro grau, numa condenação decorrente de apelação do Ministério Público”⁸⁵¹.

No mesmo sentido, Letelier Loyola elenca três fundamentos para a modificação promovida pela Lei n. 46 de 2006: a tensão entre o julgamento em primeira e segunda instância quanto à formação da prova em respeito à imediação; evitar que o imputado absolvido em primeira instância e condenado em segunda instância fique impossibilitado de um novo exame de mérito da decisão condenatória; e o reforço à presunção de inocência para além de qualquer dúvida razoável que decorre da absolvição em primeira instância⁸⁵².

A nova lei alterou o artigo 593 do Código de Processo Penal Italiano “prevendo que o acusado e Ministério Público poderiam apelar nas mesmas hipóteses, contra sentença absolutória, nos casos em que fosse requerida a renovação da instrução para produção de ‘prova nova’ em segundo grau, por se tratar de ‘prova decisiva’, isto é, prova capaz de conduzir o Tribunal a uma decisão diversa”⁸⁵³. Além disso, a reforma também “introduziu a possibilidade de que a Corte de Cassação efetuasse o controle sobre a legitimidade da

⁸⁴⁸ CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava jato**. A corrupção se olha no espelho. Porto Alegre: CDG, 2017, p. 193/194. No mesmo sentido: BARBACETTO, Gianni. Et al. **Operação Mãos Limpas**. A verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato. Trad. CAPRARA, Alexis. Et al. Porto Alegre: CDG, 2017, p. 717 (livro digital)

⁸⁴⁹ A extinção do referido processo se deu em razão do art. 10, parágrafo 2º da Lei n. 46 de 2006 que determinava que os recursos interpostos pelo Ministério Público antes da entrada em vigor da lei seriam declarados inadmissíveis em face da nova previsão do art. 593 do Código de Processo Penal.

⁸⁵⁰ CHINNICI, Daniela. **Giudizio Penale di Seconda Istanza e Giusto Processo**. 2ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 198.

⁸⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 70.

⁸⁵² LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 207.

⁸⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 71.

sentença, pronunciando-se sobre ilicitude de provas ou sobre a ausência de valoração da prova”⁸⁵⁴.

Com esse novo regime recursal, que restringe e vincula a apelação contra sentença absolutória à existência de nova prova decisiva – como *conditio sine qua non* para a análise em segunda instância⁸⁵⁵ –, Letelier Loyola afirma que a apelação contra a sentença absolutória se converte em algo mais que um simples controle de decisão para se tornar um novo juízo.⁸⁵⁶

Essa previsão, na prática, representava “uma grande limitação à possibilidade de o Ministério Público apelar da sentença absolutória”⁸⁵⁷. Afinal, em desfavor da sentença condenatória continuava sendo possível a interposição de recurso por qualquer das partes, com exceção das sentenças proferidas em procedimento abreviado⁸⁵⁸, pois tratava-se de procedimento requerido pelo próprio acusado que confessava e requeria a dispensa da produção probatória.

A doutrina italiana, em sua maioria, enalteceu as alterações trazidas pela Lei n. 46 de 2006, valorando que a ideia de *giusto processo* (devido processo) tem como fim principal a tutela da liberdade do imputado no processo penal e, por esta razão, lhe possibilita a revisão das decisões condenatórias que lhe causam prejuízo, de modo que o oposto não se assegura ao Ministério Público.⁸⁵⁹

Contudo, em 6 de fevereiro de 2007, menos de um ano após a alteração legislativa, a Corte Constitucional declarou a ilegitimidade constitucional do artigo 1º da Lei n. 46 de 2006, na Sentença n. 26 de 2007, revogando a limitação da apelação interposta, especificadamente, pelo Ministério Público contra sentenças absolutórias⁸⁶⁰, por entender que esta limitação seria inconstitucional em face da previsão da paridade (igualdade) de partes expressa no parágrafo

⁸⁵⁴ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 204/205 (tradução nossa).

⁸⁵⁵ CHINNICI, Daniela. **Giudizio Penale di Seconda Istanza e Giusto Processo**. 2ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 202.

⁸⁵⁶ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 209.

⁸⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 71.

⁸⁵⁸ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 209.

⁸⁵⁹ BARGI, Alfredo. GAITO, Alfredo. Il recorrente ritorno della consulta alla cultura processuale inquisitoria: L'eccentrica definizione della funzione di garanzia del p.m. nel sistema delle impugnazioni. In: GAROFOLI, Vincenzo. **La sentenza della corte costituzionale 6 febbraio 2007 n. 26: um energico richiamo al metodo della giurisdizione**. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 42/43.

⁸⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 71, e LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 211.

2º do artigo 111 da Constituição⁸⁶¹, que na interpretação da Corte exigiria uma identidade de poderes processuais entre as mesmas⁸⁶².

Na mesma decisão, também foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 10, parágrafo 2º da Lei n. 46 de 2006 – que determinava a extinção dos recursos interpostos contra decisão absolutória – e, com isso, foi possível dar seguimento às apelações anteriormente interpostas pelo Ministério Público, incluindo a que havia sido declarada inadmissível no processo de Silvio Berlusconi⁸⁶³.

Contudo, Daniela Chinnici chama a atenção ao fato de que a sentença n. 26 de 6 de fevereiro de 2007 declarou a inconstitucionalidade apenas na parte em que a Lei n. 46 de 2006 limitava o recurso do Ministério Público, mantendo inalterada a parte da alteração legislativa que impedia o imputado de recorrer das sentenças de condenação relativas a infrações punidas com a pena única de multa ou alternativa e, neste caso sim, promovendo um verdadeiro desequilíbrio em favor do Ministério Público⁸⁶⁴. Do mesmo modo continuou vigente a limitação que impedia o imputado de apelar contra sentença absolutória. Somente após a decisão da Corte Constitucional na Sentença n. 85, proferida em 04 de abril de 2008, declarou-se a inconstitucionalidade destas duas previsões⁸⁶⁵.

Em análise crítica ao argumento da paridade de armas utilizado pela Corte, Alfredo Bargi e Alfredo Gaito esclarecem que “esta perspectiva hermenêutica está em franca contradição com a orientação que pontualmente se dá ao princípio da paridade de partes que não implica em uma necessária identidade entre os poderes do Ministério Público e aqueles do imputado”⁸⁶⁶, alegando-se a imposição de assimetria entre partes que não são simétricas entre si.

Tanto é assim que a própria Corte Constitucional, em evidente contradição, admitiu que igualdade de partes não significa simetria⁸⁶⁷, aduzindo que assimetrias seriam

⁸⁶¹ CHINNICI, Daniela. **Giudizio Penale di Seconda Istanza e Giusto Processo**. 2ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 231.

⁸⁶² LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 212.

⁸⁶³ BARBACETTO, Gianni. Et al. **Operação Mãos Limpas**. A verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato. Trad. CAPRARA, Alexis. Et al. Porto Alegre: CDG, 2017, p. 717 (livro digital)

⁸⁶⁴ CHINNICI, Daniela. **Giudizio Penale di Seconda Istanza e Giusto Processo**. 2ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 200.

⁸⁶⁵ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 221.

⁸⁶⁶ BARGI, Alfredo. GAITO, Alfredo. Il recorrente ritorno della consulta alla cultura processuale inquisitoria: L'eccentrica definizione della funzione di garanzia del p.m. nel sistema delle impugnazioni. In: GAROFOLI, Vincenzo. **La sentenza della corte costituzionale 6 febbraio 2007 n. 26: um energico richiamo al metodo della giurisdizione**. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 39.

⁸⁶⁷ CHINNICI, Daniela. **Giudizio Penale di Seconda Istanza e Giusto Processo**. 2ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 233.

justificáveis quando não excedessem limites de razoabilidade, critério que segundo Letelier Loyola foi utilizado em uma perspectiva de contraposição entre os interesses da comunidade e os do imputado, como se houvesse primazia do primeiro que lhe permitisse sobrepor-se em grau de relevância ao segundo⁸⁶⁸. Além disso, o interesse público da comunidade a ser considerado pelo órgão acusador vinculado à legalidade também deve visar à proteção dos direitos do acusado⁸⁶⁹.

Stefano Ruggeri adverte que o argumento da paridade de partes, da forma com que foi utilizado Sentença n. 26 de 2007 pela Corte Constitucional, está fundamentado “na lógica da sucumbência” do Ministério Público em face da sentença absolutória⁸⁷⁰, um conceito próprio do processo civil em que as partes reciprocamente possuem pretensões opostas⁸⁷¹ e que sabemos ser inaplicável ao processo penal⁸⁷², além de desconsiderar a necessária evolução para a ideia de prejuízo (material) como fundamento ao interesse recursal⁸⁷³.

Por esses fundamentos, a decisão da Corte Constitucional na Sentença n. 26 de 2007 parece ter sido proferida em desfavor do imputado⁸⁷⁴, por isso Daniela Chinnici afirma que esta decisão “não se trata de uma questão de legitimidade constitucional de uma disciplina, mas sim de uma escolha ideológica, emergindo dos argumentos o perfil indubitável de uma opção de política judicial”⁸⁷⁵.

3.5.3 Outras possibilidades de solução e uma proposta diante das ideias e posições adotadas

⁸⁶⁸ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 213.

⁸⁶⁹ BARGI, Alfredo. GAITO, Alfredo. Il recorrente ritorno della consulta alla cultura processuale inquisitoria: L'eccentrica definizione della funzione di garanzia del p.m. nel sistema delle impugnazioni. In: GAROFOLI, Vincenzo. **La sentenza della corte costituzionale 6 febbraio 2007 n. 26**: un energico richiamo al metodo della giurisdizione. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 35.

⁸⁷⁰ RUGGERI, Stefano. Inappellabilità dei proscioglimenti e tutela del contraddittorio nei giudizi a rischio di condanna. rivista italiana di diritto e procedura penale. Ripercorrendo Corte Const. Sent. 6 febbraio 2007 n. 26. **Riv. Italiana Dir. Proc. Penale**, 2008, p. 798.

⁸⁷¹ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 216.

⁸⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 71.

⁸⁷³ Sobre a crítica à sucumbência e a evolução para o prejuízo material como fundamento do interesse recursal, retomar o tópico 2.3.2 deste trabalho.

⁸⁷⁴ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 212.

⁸⁷⁵ CHINNICI, Daniela. **Giudizio Penale di Seconda Istanza e Giusto Processo**. 2ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 231.

Existem, ainda, outras possibilidades de limitação aos recursos acusatórios previstas em outros ordenamentos jurídicos ou propostas pela doutrina que precisam ser apresentadas, ainda que de maneira perfunctória, para ao final esboçarmos uma guisa de proposta de um sistema recursal adequado às ideias e conceitos que foram traçadas no curso do presente trabalho.

Na Espanha, a par de inexistir limitação aos recursos de acusação⁸⁷⁶, após as Sentenças 167/2002 e 272/2005 proferidas pelo Tribunal Constitucional, vinha se exigindo como premissa para os recursos contra sentenças absolutórias a reprodução das provas que exigem contato direto (imediação) para sua valoração⁸⁷⁷. Contudo, desde a última reforma da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* o artigo 846, “c” que prevê os fundamentos para o cabimento do recurso de apelação acabou limitando os recursos acusatórios contra decisões absolutórias, resumindo-os, basicamente a hipóteses de vícios processuais ou erros na aplicação da lei.

Além disso, o artigo 861, “a” da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola prevê que as sentenças passíveis de serem impugnadas por recurso de cassação não serão executadas até o trânsito em julgado – ou seja, há previsão expressa vedando o cumprimento antecipado de pena –, salvo as sentenças absolutórias que implicam na imediata soltura do acusado preso.

Ainda assim, o Tribunal Constitucional entende estar satisfeito o acesso ao duplo grau de jurisdição através do recurso de apelação ou de cassação, mesmo que não se efetive a completa revisão da decisão.⁸⁷⁸

Na Argentina, os recursos acusatórios também possuem limitação, já que o artigo 458 do CPPN permite que o Ministério Público interponha recurso apenas nos casos em que tenha requerido condenação a pena superior a 03 (três) anos ou quando a pena privativa tenha sido fixada em patamar inferior à metade da requerida.

Inobstante, é importante a advertência de Nicolás F. D’Albora no sentido de que as limitações dos recursos de acusação em face da pena aplicada na sentença podem, facilmente, serem burladas a partir da aplicação de uma condenação inferior ou superior ao montante de modo a se autorizar ou proibir a via recursiva.⁸⁷⁹

⁸⁷⁶ SOLAESA, José R. de Prada. España. In: GÓMEZ, Ramón Maciá. **Sistemas de Proceso Penal en Europa**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1998, p. 117.

⁸⁷⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutorias em apelación y casación: principio de inmediateción y derecho de defensa. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. 3 época, n. 9 (enero de 2013), págs. 111-142, p. 120/121 e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 67/68.

⁸⁷⁸ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 77.

⁸⁷⁹ D’ALBORA, Nicolás F. Límites recursivos de la parte acusadora en el proceso penal. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, v. 6, n. 10, p. 79-116, 2000, p. 88.

No sistema acusatório Chileno, que possui evidente preocupação com a oralidade, o recurso de apelação será cabível contra todas decisões do juiz de garantias na etapa preparatória, sendo inapeláveis as decisões proferidas no juízo oral. Por sua vez, o recurso de nulidade, que se assemelha à cassação, será cabível contra decisão de mérito proferida no juízo oral, mas seu provimento acarretará o reenvio do caso para julgamento em novo juízo oral.⁸⁸⁰

Ademais, do mesmo modo que na Espanha, no Chile também há previsão expressa no artigo 354 do *Código Procesal Penal* de que a interposição de recursos suspenderá a execução das decisões.

Na doutrina estrangeira, Letelier Loyola, a partir do estudo das soluções cogitadas quando da elaboração da Legge Pecorella, acredita ser razoável uma mutação na natureza da apelação interposta contra decisão absolutória, transformando-a em um recurso de cassação em que seu julgamento precedente se limite a cassar a decisão, submetendo o caso a novo julgamento em primeira instância.⁸⁸¹

Parte da doutrina brasileira também tenta solucionar a violação ao duplo grau de jurisdição com propostas que a nosso sentir não consideram a ruptura necessária com a bilateralidade recursal. É o caso de André Nicolitt que propõe que: “O Ministério Público só poderá recorrer para arguir nulidade ou para modificar a aplicação da pena. No primeiro caso, porque haverá apenas juízo de cassação; e, no segundo, porque já houve aplicação da pena e o acusado poderá recorrer desta, pois a redação do Pacto fala em direito de recorrer da pena e não das penas sucessivamente”⁸⁸².

Só é possível concordar com a primeira parte da proposta de Nicolitt e, ainda assim, desde que em um segundo julgamento seja reconhecida a vedação da *reformatio in pejus* indireta. Contudo, quanto aos recursos de decisão condenatória para majoração da pena, ainda que o acusado também interponha recurso contra esta decisão, a majoração pelo Tribunal a partir da análise de alguma circunstância fática realizada no julgamento do recurso – por exemplo reconhecer extrapolo na culpabilidade como circunstância judicial desfavorável ao acusado (artigo 59 do CP) –, causaria novamente a impossibilidade de revisar-se essa majoração diante de uma instância superior, por se tratar de questão de fato. Por isso, Gustavo

⁸⁸⁰ POSTIGO, Leonel González. La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno. Las audiencias ante la Corte de Apelaciones de Santiago. In: Leonel González. (Org.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. 1ed. Santiago (CHI): CEJA, 2017, v. 1, p. 342/346.

⁸⁸¹ LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 207.

⁸⁸² NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 921

Badaró reconhece que “no caso de sentença condenatória, também poderia limitar o cabimento de recurso do Ministério Público, visando a majoração da pena”⁸⁸³.

Por sua vez, o próprio Gustavo Badaró, negando o direito ao duplo grau de jurisdição ao acusador, propõe um sistema em que somente se permita à acusação interpor recurso especial e extraordinário, explicando que “seria um recurso restrito às questões de direito, bem como, no campo probatório, ao controle de sua legalidade, da racionalidade do método de valoração da prova e da completude da valoração dos elementos probatórios produzidos, além do acerto na aceitação de eventual narrativa alternativa apontada como caracterizadora de uma hipótese geradora de dúvida razoável e, por fim, do controle da motivação realizada pelo julgador”⁸⁸⁴.

Ocorre que esta solução admite a possibilidade de cisão entre matéria de fato e matéria de direito, em posição contrária a que escolhemos no presente trabalho. Com isso, acreditamos não ser essa a melhor solução, pois a impossibilidade de separar o fato do direito acabaria perpetuando a bilateralidade recursal.

Jaques Camargo Penteado propõe que os recursos de defesa não sofram limitação quanto ao seu conteúdo, permitindo-se a revisão das matérias de fato e, também, de direito. Dessa forma, a possibilidade de limitar o direito ao recurso para a acusação seria limitar o conhecimento de recursos ordinários⁸⁸⁵. Contudo, não concordamos com essa tese, novamente porque, tal como defendido neste trabalho, não acreditamos na possibilidade de cisão entre matéria de fato e matéria de direito.

A perspectiva de uma reforma global do Código de Processo Penal Brasileiro que se iniciou com o Projeto n. 156/2009, atualmente substituído pelo Projeto n. 8.045/2010, não traz grandes modificações favoráveis ao sistema recursal. Em seu último substitutivo, o artigo 488, *caput*, prevê a legitimidade recursal ao imputado, mas seu parágrafo 1º também “assegura o direito de recurso” (sic) ao Ministério Público, ao assistente de acusação e à vítima⁸⁸⁶, perpetuando a violação ao duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado.

⁸⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 79.

⁸⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 79.

⁸⁸⁵ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 177 e 196.

⁸⁸⁶ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=Tramitacao-PL+8045/2010. Acesso em: 30 out. 2018.

Contudo, existe um ponto alto do Projeto n. 8.045/2010. Trata-se do parágrafo único do artigo 513, que parece ter passado despercebido pela Comissão sem qualquer emenda apresentada a seu respeito, pois determina que as apelações interpostas pela acusação que importem em valoração das provas não poderão resultar em reforma da decisão absolutória, mas somente em sua “anulação” – ou seja, submete-se o caso a novo julgamento –, o que privilegia o juízo oral de primeira instância e o princípio da imediação como garantias em consonância a liberdade do acusado.

Em análise ao projeto, Leonardo de Paula propõe que a reforma processual suprima a legitimidade recursal do Ministério Público, mas permita a interposição de recurso pela vítima e pelo assistente ou terceiro juridicamente prejudicado⁸⁸⁷, pois em sua compreensão o acesso ao duplo grau de jurisdição seria uma garantia da pessoa e, portanto, comportaria outros sujeitos além do acusado, excetuando-se a acusação pública⁸⁸⁸.

Também em análise ao projeto, Vinicius Vasconcellos propõe alteração para reconhecer que o direito ao recurso seria direito de toda pessoa acusada e que toda pessoa declarada culpada teria direito à ampla revisão da condenação. O autor reconhece a legitimidade recursal para vítima, assistente e ao terceiro juridicamente prejudicado, esclarecendo que o recurso de acusação não poderá limitar-se a reproduzir argumentos já afastados pelo julgador, reconhecendo ainda a necessidade de um recurso ordinário ao Plenário do STF interposto contra decisão da turma em julgamento de processos de competência originária ou em recurso acusatório que agravou a situação do imputado⁸⁸⁹.

Ao nosso sentir, em busca de uma proposta de um sistema recursal adequado a todas as ideias e conceitos que foram delineadas em nosso trabalho, por mais utópico que pareça, a primeira e ideal possibilidade seria limitar por completo qualquer recurso contra sentença absolutória ou mesmo contra qualquer decisão favorável ao imputado, salvo se interposto pelo próprio imputado.

⁸⁸⁷ PAULA, Leonardo Costa de. Os recursos a partir de um sistema acusatório e do estado democrático de direito – a garantia do indivíduo e a legitimidade das partes para recorrer no processo penal. *In*: Leonel González. (Org.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. 1ed. Santiago (CHI): CEJA, 2017, v. 1, p. 218.

⁸⁸⁸ PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa**: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR.

⁸⁸⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal**: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP, p. 336 e 339 (no prelo). Registra-se que a proposta de criação de um novo sistema recursal elaborada por Vinicius prevê que a apelação do Ministério Público transforme-se em um recurso de cassação, permitindo ao Tribunal apenas o reenvio do caso para ser julgado no juízo *a quo*.

Isso porque acreditamos que o interesse recursal e a legitimidade estão atrelados à existência de um prejuízo material, inexistente ao acusador público ou privado, e que o reconhecimento de que o duplo grau de jurisdição é uma garantia exclusiva do imputado exclui, além do acusador público e privado, também o assistente de acusação e qualquer terceiro prejudicado da esfera protetiva do direito ao duplo grau.

Essa restrição total também seria suficiente para afastar a violação do duplo grau de jurisdição nos casos em que acaba ocorrendo a reforma da decisão absolutória em razão de recursos da acusação, sem a necessidade de maiores alterações estruturais em nosso sistema recursal, bem como nos casos de competência originária dos Tribunais, bastando que os casos de competência originária do STF sejam remanejados ao STJ, garantindo-se somente ao imputado um recurso ordinário (amplo) a ser apreciado pelo STF em caso de condenação.

Senão isso, as ideias de interesse e legitimidade recursal somadas à titularidade do duplo grau de jurisdição e tudo que foi apresentado acerca de seu conteúdo ainda nos possibilitam pensar no desenho de um sistema recursal próximo ao que foi construído pela Lei n. 46 de 2006, na Itália. Isso não significa dizer que a acusação não poderia jamais recorrer, pois seria permitido o recurso acusatório, mas não para o simples reexame do caso, já que o duplo grau de jurisdição não é garantia do acusador.

Nesse segundo sistema, que certamente encontrará maior aceitabilidade, seria possível que outras partes do processo, além do imputado – a acusação pública ou privada e o assistente de acusação –, possam recorrer de uma sentença absolutória somente nos casos de: a) ausência de valoração da acusação (sentença extra petita, por exemplo se o juiz não apreciar um dos fatos narrados na Denúncia) que representaria uma tutela penal ineficiente; b) ilicitude probatória ou ocorrência de nulidade; e, c) surgimento de “prova nova” superveniente ao encerramento da instrução e antes do trânsito em julgado da sentença.

Para o caso de surgimento de “prova nova”, propomos a implementação daquilo que Ricardo Gloeckner intitulou de “justa causa recursal”⁸⁹⁰ como *conditio sine qua non* para o recurso acusatório, sendo necessário o controle judicial em juízo de admissibilidade recursal – assim como ocorre no recebimento da inicial acusatória –, com a função de aferir a existência de prova nova e sua superveniência.

Desta forma, conseguimos manter inflexível a ideia de que somente o imputado possui interesse e legitimidade recursal em face da decisão condenatória, pois não é a ideia de sucumbência, tampouco o reconhecimento de prejuízo, que possibilitariam o recurso contra

⁸⁹⁰ GLOECKNER, Ricardo. Direito Fundamental ao Recurso no Processo Penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 6. n. 11. Curitiba, 2014 (183-204), p. 198.

decisão absolutória. O recurso somente tornar-se-ia viável diante do surgimento de uma prova nova e, com isso, seria possível à acusação pleitear um novo julgamento após a produção da prova superveniente.

Do mesmo modo, restaria intacta a defesa de que o duplo grau de jurisdição é garantia exclusiva do imputado, afinal o recurso acusatório em desfavor da decisão absolutória neste caso não estaria sendo viabilizado como um segundo juízo do fato, mas sim pela necessidade de reabertura da instrução em segunda instância, sopesando o encerramento da instrução probatória no juízo *a quo* e a inexistência de trânsito em julgado da decisão absolutória.

Em complemento a esses dois argumentos, exigir uma justa causa recursal, nos moldes da Legge Pecorella, vinculando a abertura do juízo recursal para acusação à necessidade de produção de nova prova superveniente, é adequar o sistema recursal ao processo acusatório e ao devido processo legal, garantindo contraditório, dialeticidade, oralidade e imediação na formação da prova em segundo grau de jurisdição.⁸⁹¹

Por fim, esse sistema ainda exigiria a criação de um recurso ordinário (amplo), permitindo que o imputado impugne a decisão de segunda instância que dê provimento ao recurso acusatório, reformando a sentença absolutória para condená-lo. Em conjunto a isso, seria necessária uma reestruturação de nossa Corte Superior e de nossa Corte Suprema, tornando-as verdadeiras Cortes de Cassação com competências vinculadas a lei federal (STJ) e a norma constitucional (STF).

⁸⁹¹ CHINNICI, Daniela. **Giudizio Penale di Seconda Istanza e Giusto Processo**. 2ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 203.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste momento, é preciso colocar um ponto final no presente trabalho. Isso não significa que serão apresentadas conclusões sobre o que foi investigado, pois não cabe a nós dizer se, chegando até aqui, será possível concluir algo sobre o sistema recursal brasileiro e o duplo grau de jurisdição. Tampouco se sabe se as reflexões apresentadas serão capazes de nos levar a um outro lugar para pensar no direito ao recurso e no duplo grau de uma forma que não lhe é comum e que até então não foi alcançada, ou seja, como garantia fundamental e exclusiva do imputado.

Por isso, após todo o caminho percorrido, nossa tarefa – ou única possibilidade – é apenas sintetizar aquilo que se pode extrair das ideias e proposições do trabalho, as quais jamais deixarão de ser hipóteses de uma pretensa dissertação que tinha como objetivo estudar a origem e o cenário atual dos recursos no processo penal, passando pela tentativa de propositura de uma teoria geral dos recursos no processo penal e pela análise do duplo grau de jurisdição para além da bilateralidade recursal.

Isso será feito a partir da revisão das principais ideias-força de cada tópico do presente trabalho:

1. Inicialmente, evita-se a mera repetição do conceito tradicional de recurso, utilizado de forma similar pela doutrina processual civil e penal e que possui categorias inaplicáveis a este último. Diferentemente, conceituamos recurso como garantia (secundária) para proteção de direitos, que permite a impugnação de uma decisão judicial, com o fim de submetê-la a revisão, no todo ou em parte, antes de seu trânsito em julgado.

2. Os recursos e os meios de impugnação em geral foram concebidos no sistema inquisitório para assegurar a concentração do poder nas mãos do soberano, servindo para o controle da decisão dos súditos e, nesse contexto, possuem concepção publicista com intuito de permitir a subordinação hierárquica. Por sua vez, o sistema acusatório se caracterizava pela irrecorribilidade das decisões, primando por um julgamento em única instância em face dos critérios de oralidade, contraditório e imediação. É preciso abandonar a essência inquisitória do sistema recursal atual, evoluindo da concepção de controle do ato decisório para um controle do poder de julgar e de punir e, por isso, reconhecido como uma garantia.

3. As categorias que integram o sistema recursal são oriundas da Teoria Geral da Impugnação, que é parte integrante da Teoria Geral do Processo (Civil), desde o conceito, os fundamentos, a natureza jurídica, a voluntariedade recursal (recursos *ex officio*) e os efeitos

recursais. Esse tratamento linear acrítico decorre não somente da doutrina, mas também se verifica no ambiente legislativo a partir de previsões legais que se utilizam no processo civil e penal, inobstante as diferenças estruturais e funcionais entre eles, que demandariam a criação de uma Teoria Geral dos Recursos “do” Processo Penal e não a mera adaptação de categorias.

4. O objeto do processo penal não é uma lide, pois inexistente pretensão resistida, já que a pena só poder ser alcançada pelo processo (princípio da obrigatoriedade/necessidade). Por sua vez, ação penal é sempre pública e representa um poder autônomo e abstrato de invocar a tutela jurisdicional do poder punitivo, portanto um poder de acusação (Teoria da Acusação).

5. Nesse contexto, o recurso não é prolongamento do direito de ação ou de defesa, mas apenas propicia a continuidade do processo penal já em trâmite, criando uma nova situação jurídica, o que se permite apenas para garantir a dupla conformidade, a presunção de inocência do imputado e a sua liberdade, não havendo fundamentos para se possibilitar o prolongamento do poder de acusar. Isso porque a acusação, após ser exercida com o oferecimento da denúncia ou queixa, se exaure, além do que, seu prolongamento após a sentença absolutória provoca um duplo risco.

6. No cenário atual de urgência punitiva em que se instaura um processo penal do inimigo, os recursos são taxados como responsáveis pela morosidade processual e impunidade. Nesse ambiente, é preciso reconhecer que é a insuficiência estatal na prestação jurisdicional a maior causa de morosidade, o que se conclui observando que os prazos recursais disponíveis à defesa são ínfimos, bem como que a quantidade de processos e recursos criminais em nossos Tribunais é insignificante no contexto geral do sistema.

7. Também se verifica um tratamento idêntico entre a doutrina processual civil e penal ao classificar como recurso ordinário aqueles que permitem apreciação de toda a matéria e como recurso extraordinário aqueles que permitem apenas a impugnação da matéria de direito. Além da impossibilidade de precisão do conceito de “matéria de fato” e sua distinção da “matéria de direito” exigível para uma cisão entre ambas, é preciso reconhecer que o acusado se defende de uma imputação que abrange os fatos e sua qualificação jurídica. Com isso, no processo penal a única distinção possível entre recursos ordinários e extraordinários é atribuindo-lhes fundamentação livre e vinculada, respectivamente.

8. A apelação é o recurso que contempla por excelência o duplo grau de jurisdição, permitindo a análise do caso penal em sua completude. Para manter a harmonia com o sistema acusatório, é necessário garantir a (re)produção probatória, permitindo a valoração da prova e propiciando um reexame com respeito à imediação e à oralidade para pontencialização do

contraditório em segunda instância, nos recursos que submetam a decisão ao duplo grau de jurisdição.

9. Por sua vez, a cassação é o recurso para salvaguardar as normas de um ordenamento e, portanto, se utiliza da impossível cisão entre fato e direito e permite que o provimento do recurso provoque apenas a rescisão da decisão sem a sua reforma, submetendo o caso a novo julgamento. Não possuímos um recurso de cassação no ordenamento jurídico brasileiro, pois sequer possuímos tribunais de cassação em nossa estrutura do Poder Judiciário. Contudo, em uma reforma sistêmica, a incorporação de um recurso de cassação permitiria contemplar recursos acusatórios, não se permitindo a reforma da decisão absolutória, mas apenas a submissão do caso a um novo julgamento.

10. Inobstante a inexatidão do termo “efeito devolutivo”, pois não há devolução ao tribunal, mas, sim, o envio do caso para reexame, sua função atende os pressupostos de um sistema acusatório, limitando a atuação do julgador do recurso à atividade das partes. Contudo, o *tantum devolutum quantum appellatum* não atinge o recurso de defesa, sob pena de impedir a limitação do poder punitivo que é a essência dos recursos como garantia do imputado.

11. Em decorrência do tratamento unitário pela Teoria Geral da Impugnação, nem todos os recursos possuem efeito suspensivo. Com isso, se cria uma leitura reducionista do binômio prisão-efeito recursal, permitindo-se a execução antecipada da pena mesmo que ainda existam recursos em fase de julgamento e, portanto, antes do trânsito em julgado da decisão que propicia a eficácia da sentença condenatória. Em um processo penal com suas próprias categorias, não é a atribuição de efeito suspensivo ao recurso que impede a execução da sentença, mas, sim, a presunção de inocência que incide como efeito suspensivo da pena até o trânsito em julgado.

12. Foi a errônea interpretação do binômio prisão-efeito recursal um dos argumentos responsáveis para que o STF, no julgamento do HC 126.292/SP, retrocedesse para admitir a execução antecipada da pena privativa de liberdade. Além disso, utilizou-se dos argumentos de que nosso sistema reconhece apenas a presunção de não culpabilidade; que a presunção de inocência seria um princípio passível de ponderação; que após a condenação em segunda instância estaria provada a culpa; a partir da interpretação de coisa julgada (de Liebman) seria conferida executoriedade a sentença ainda não transitada em julgado; além de aderir a uma visão gradativa e aritmética da presunção de inocência e da utilização de argumentos do direito comparado.

13. Toda essa interpretação ignora que: “inocente” e “não culpável” são sinônimos, variações semânticas de um mesmo conteúdo; a presunção de inocência é regra cuja aplicação não comporta flexibilização; o conceito jurídico-normativo de culpabilidade determina que somente se reconheça a culpa após o trânsito em julgado da decisão; a coisa julgada que permite a imutabilidade e eficácia da decisão só é alcançada com seu trânsito em julgado; a presunção de inocência não é afetada por uma graduação no curso do processo, tampouco se justifica por razões aritméticas; e, por fim, não há comparação entre ordenamentos distintos e sistemas jurídicos assimétricos.

14. A voluntariedade recursal é característica de um processo penal acusatório. Neste ambiente, os recursos *ex officio*, como condição de eficácia da sentença, somente serão adequados se exercidos em prol do imputado, visando à dupla conformidade da decisão como *conditio sine qua non* para execução da pena. A natureza jurídica de garantia fundamental atribuída ao direito ao recurso e ao duplo grau, no presente trabalho, os tornam indisponíveis e impossibilitam a renúncia pelo imputado. Isso não viola o sistema acusatório, inexistindo violação ao princípio dispositivo, pois não se trata de iniciativa ou prática de ato de parte que afeta a dialética processual da produção probatória, pois a dupla conformidade não se relaciona com o contraditório entre as partes.

15. O interesse recursal não está relacionado à sucumbência, por se tratar de conceito inadequado ao processo penal face à inexistência de lide e pretensão resistida. É necessário evoluir para a ideia de que o interesse decorre de um prejuízo a direito material causado pela sentença. Este prejuízo é causado à liberdade, à presunção de inocência e a outros direitos do imputado atingidos pela sentença condenatória. Contudo, não se verifica qualquer prejuízo material ao acusador (público ou privado) em decorrência da sentença absolutória, até porque não é o acusador detentor de um direito, mas apenas de uma pretensão acusatória. Por sua vez, a legitimidade como pressuposto do interesse por si só não é suficiente se inexistente interesse. Seguindo essas premissas, propõe-se a evolução da ideia de interesse recursal para a de direito (do imputado) ao recurso.

16. Nesse ambiente, a bilateralidade recursal, ou seja, o direito de recorrer para ambas as partes do processo, não se justifica, seja pela natureza jurídica dos recursos de garantia fundamental, bem como pelo fato de que o interesse (direito) recursal decorre de um prejuízo material que não se verifica para a acusação. Além disso, os recursos não possuem vínculo fundamental com o contraditório processual – obrigatoriamente bilateral –, assim como a pretensa paridade de partes não se representa por igualdade de condições a partes que originariamente são assimétricas.

17. A garantia do duplo grau de jurisdição tem caráter de regra, pois atua como norma imediatamente descritiva, com pretensão de decidibilidade e abrangência, não admitindo ponderações. Em nossa Constituição, o duplo grau de jurisdição decorre da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Contudo, é dispensável sua previsão expressa no texto constitucional em um Estado Democrático de Direito no estado civilizatório que se vive, em que qualquer decisão de autoridade não pode ser imutável e inquestionável. Além disso, são suficientes as previsões expressas na CADH e no PIDCP, tratados dos quais o Brasil é signatário sem reserva e que integram nosso ordenamento em um bloco de constitucionalidade, em face da cláusula de abertura do artigo 5º, parágrafo 2º da CF/88, sendo norma materialmente constitucional.

18. Estão incorretos os fundamentos do duplo grau de jurisdição comumente adotados pela Doutrina. Isso porque não há garantia de que o duplo grau – e sua colegialidade – possibilite a redução de erros ou mesmo que a decisão de segunda instância será melhor ou mais correta. A certeza e a verdade também não são fundamentos idôneos, pois além de conceitos imprecisos e demasiadamente subjetivos, são inatingíveis, bem como desconsideram o processo como situação jurídica. Por fim, a segurança jurídica também ignora a incerteza como constitutiva do processo como situação jurídica, de modo que a única segurança possível no processo penal é a garantia de uma nova chance ao imputado visando a minimizar o arbítrio do poder punitivo.

19. O duplo grau de jurisdição somente encontra fundamento na necessidade de dupla conformidade em matéria penal, que exige uma segunda análise da condenação penal em razão da gravidade que lhe é inerente, como *conditio sine qua non* para aplicação da pena. Do mesmo modo, possui fundamento na presunção de inocência e tudo que lhe é inerente – tal como a liberdade –, que não pode ser afastada com uma única condenação, além de se reconhecer que o recurso permite a manutenção do estado de inocência até o trânsito em julgado.

20. O duplo grau de jurisdição tem conteúdo protetivo como garantia fundamental destinada exclusivamente ao imputado. Tudo isso amparado em um somatório de fatores demonstrados que incluem a inexistência de fundamentos para que se reconheça um direito ao recurso ao acusador; a literalidade dos tratados internacionais de direitos humanos; os fundamentos do duplo grau de jurisdição (dupla conformidade em matéria penal e presunção de inocência); a proibição da múltipla persecução penal (ampla interpretação do *ne bis in idem*) e as categorias de legitimidade e interesse recursal.

21. O duplo grau de jurisdição somente se manifesta diante de uma condenação, pois é neste momento que nasce o interesse recursal ao imputado, bem como pelo fato de que é a condenação que exige a dupla conformidade. Nesse sentido, a Corte IDH reconhece que o duplo grau de jurisdição é direito de revisão da condenação independentemente da instância em que esta ocorra. Essa interpretação demanda restrição dos recursos acusatórios, se não pelo risco de se exigir um duplo grau de jurisdição infundável, ao menos pela própria essência de que as decisões absolutórias não encontram fundamentos para serem submetidas ao duplo grau.

22. É imprescindível que o duplo grau de jurisdição propicie o reexame da decisão condenatória por um órgão hierarquicamente superior, o que demanda não apenas a superioridade funcional (competência), mas também a superioridade material (real), que não é alcançada a partir de recursos horizontais. Isso se faz necessário para evitar que a dissonância cognitiva ou a imparcialidade objetiva entre os magistrados de um mesmo tribunal sejam obstáculo para a revisão da decisão. Portanto, a superioridade hierárquica se traduz a partir do envio do recurso à um tribunal superior no plano funcional e vertical.

22. Originariamente, a vedação da *reformatio in pejus* prevista no art. 617 do CPP trata-se do mero atendimento ao princípio dispositivo e a correlação entre a imputação e a sentença, inerentes ao sistema acusatório. A ruptura com a bilateralidade recursal e o reconhecimento de que o duplo grau é garantia exclusiva do imputado farão com que sempre se esteja diante de recurso exclusivo de defesa, de modo que a vedação da *reformatio in pejus* ganhará o caráter de garantia, impedindo a ocorrência de majoração de qualquer ordem ao imputado após a primeira sentença de mérito, seja ela reformada ou mesmo anulada posteriormente.

24. Não é possível aceitar argumentos de limitação ao duplo grau de jurisdição nos casos de competência originária dos Tribunais em razão de prerrogativa de foro, pois inexistente incoerência sistemática ou deontológica entre a aplicação simultânea das garantias do duplo grau e da prerrogativa de foro. Contudo, para possibilitar o duplo grau ao acusado com prerrogativa de foro através de um recurso amplo endereçado à um tribunal superior, a simples modificação de nossa estrutura jurisdicional não se mostra suficiente, sob pena de provocar um duplo grau de jurisdição infundável ou restringir sua amplitude, sendo indispensável, portanto, reconhecê-lo como garantia exclusiva do imputado, rompendo com a bilateralidade recursal, ou seja, vedando os recursos acusatórios.

25. Por sua vez, a soberania dos veredictos também não é fundamento para a limitação do duplo grau de jurisdição contra decisões do Tribunal do Júri, sobretudo considerando que

se tratam de duas garantias fundamentais que também precisam coexistir harmonicamente. Além do que, é inadmissível que não se submeta ao reexame uma decisão proferida com fundamento na íntima convicção. Os jurados não são soberanos diante de um tribunal hierarquicamente superior, sendo possível a reforma da decisão condenatória submetida ao duplo grau de jurisdição, pois somente a absolvição impede a reforma da decisão dos jurados.

26. A revisão da decisão absolutória no julgamento de recursos acusatórios em tribunais também importaria restrição ao duplo grau pela inexistência de acesso a um recurso amplo. Contudo, a simples criação de um recurso amplo não seria suficiente para eliminar esta restrição nos casos em que a primeira condenação ocorra em decorrência da reforma da decisão absolutória no STF, hipótese em que inexistiria tribunal superior para apreciação do recurso. Isso também nos faz concluir pela necessidade de aceitar o duplo grau de jurisdição e os recursos que lhe são inerentes como uma garantia exclusiva do imputado, vedando recursos acusatórios.

27. No âmbito das propostas e possibilidades de restrição aos recursos acusatórios, a vedação do *double jeopardy* presente no sistema anglo-saxônico, sobretudo no ordenamento norte-americano, surge na tradição *common law* a partir de uma interpretação de que o *ne bis in idem* proibiria o duplo risco de condenação. Com isso, fica vedada, em regra, a apresentação de recursos após a sentença de absolvição.

28. Por sua vez, a Lei n. 46 de 2006 que reformou o Código de Processo Penal na Itália também é exemplo de restrição aos recursos acusatórios na medida em que limitou os recursos contra sentenças absolutórias apenas aos casos em que fosse requerida renovação da instrução para produção de prova nova e decisiva.

29. Além de outras possibilidades previstas em diversos ordenamentos jurídicos e propostas pela doutrina, defendemos neste trabalho a limitação por completo dos recursos acusatórios como única medida capaz de garantir a plenitude do duplo grau de jurisdição, nos limites que foram propostos, como garantia exclusiva do imputado. Senão isso, propõe-se, subsidiariamente, a limitação dos recursos acusatórios aos casos de surgimento de nova prova, submetida a uma justa causa recursal e exigindo o cabimento de recurso ordinário (amplo) contra decisão que reforme a absolvição, bem como transformando os tribunais superiores (STJ e STF) em mera Corte de Cassação.

Por tudo o que foi estudado, percebe-se que, diferentemente de outros institutos que nasceram no seio de um processo acusatório e foram deturpados com o passar do tempo, os

recursos e o sistema recursal são fruto do processo inquisitório e até o presente momento não foram colocados nos trilhos de um processo penal constitucional, democrático e acusatório.

É isso que se pretende no presente trabalho, ao reconhecer o direito ao recurso e o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado, juntamente com todas as reformulações propostas.

Por isso iniciamos este trabalho citando em sua epígrafe “A Burocracia 3” de Eduardo Galeano, pois acreditamos que assim como a impensada guarda do banquinho com tinta fresca que se estendeu por mais de 30 (trinta) anos, os recursos e todo o sistema recursal também precisam ser repensados e incitados a superar séculos de inquisição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Homo sacer, II, I. Trad. Iraci D. Poleti. 2ª ed. 4ª reimp. São Paulo: Boitempo, 2017.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE (Hijo), Ricardo. **Derecho Procesal Penal**. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1945.
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- AMARAL, Augusto Jobim Do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, jan./jun., 2013.
- AMODIO, Ennio. **Proceso penale diritto europeo e common law**. Dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè Editore, 2003.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à Criminologia**. Uma aproximação desde o poder de julgar. Trad. Augusto Jobim do Amaral *et al.* Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal**. Introduccion. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.
- ARMENTA DEU, Tereza. La reforma del recurso de apelación y la generalización de la segunda instancia. **Justicia**, año 2016, n. 1, 43-95.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. (livro eletrônico). 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BACIGALUPO, Enrique. **La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ainda e sempre a presunção de inocência: sobre a equivocada alegação de não se valorar de provas em recurso especial e extraordinário**. Disponível em:
https://www.academia.edu/36328874/Ainda_e_sempre_a_presunção_de_inocência_sobre_a_

equivocada alegação de não se valorização de provas em recurso especial e extraordinário. Acesso em: 10 ago. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consulente: Maria Cláudia de Seixas, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica de Direito Penal**. Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BARBACETTO, Gianni *et al.* **Operação Mãos Limpas**. A verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato. Trad. CAPRARA, Alexis *et al.* Porto Alegre: CDG, 2017 (livro digital).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume V, 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juízo de admissibilidade do sistema dos recursos**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juízo de Admissibilidade no sistema dos Recursos Cíveis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Volume 19, 1968. Rio de Janeiro.

BARGI, Alfredo. GAITO, Alfredo. Il recorrente ritorno della consulta alla cultura processuale inquisitoria: L'eccentrica definizione della funzione di garanzia del p.m. nel sistema delle impugnazioni. *In*: GAROFOLI, Vincenzo. **La sentenza della corte costituzionale 6 febbraio 2007 n. 26**: um energico richiamo al metodo della giurisdizione. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

BELING, Ernst. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1943.

BERDICHEVSKY, Adrián. Reposición y apelación. *In*: MAIER, Julio B. J. Maier; BOVINO, Alberto; CANTÓN, Fernando Díaz. **Los recursos em el procedimiento penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

BERMUDES, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

BINDER, Alberto M. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BINDER, Alberto M. **La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo**. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5254/binder-ref-justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1. Parte Geral. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOFF, Leonardo. Prefácio. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Roda dos Tempos, 1993.

BRITO, Alexis Couto de *et al.* **Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRUNO, Anibal. **Crimes contra a pessoa**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo I. Volume I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945.

CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945.

CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Vol. I. Problemi Generali del Diritto e del Processo. Napoli: Morano Editore, 1965.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941** (DOU 13/10/1941).

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 1, parte 1, Padova: CEDAM.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal**. Trad. Francisco José Galvão Bruno. ed.1 v. 4. Campinas: Bookseller, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. Mettere il pubblico ministero al suo posto. **Rivista di Diritto Processuale**. Volume VIII, Parte 1, Padova: Cedam, 1953.

CARNELUTTI, Francesco. **Verdade, dúvida e certeza**. Trad. Eduardo Cambi. Folha Acadêmica, n. 116, a. LIX.

CASARA, R. R. Rubens. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, R. R. Rubens. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASARA, R. R. Rubens. **Estado Pós-Democrático**. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CHEMIM, Rodrigo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal e o papel do Ministério Público**: devemos copiar o modelo norte-americano de Double Jeopardy? Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rodrigo-chemim-guimaraes/duplo-grau-de-jurisdicao-no-processo-penal-e-o-papel-do-ministerio-publico-devemos-copiar-o-modelo-norte-americano-de-double-jeopardy-5v9e0vacc6z13pl4o2ig5pf7r/>. Acesso em: 30 out. 2018.

CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava jato**. A corrupção se olha no espelho. Porto Alegre: CDG, 2017.

CHEMIM, Rodrigo. **O paradoxo a ser enfrentado na reforma do sistema de recursos no novo CPP**: ampliar de um lado e diminuir de outro. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rodrigo-chemim-guimaraes/o-paradoxo-a-ser-enfretado-na-reforma-do-sistema-de-recursos-no-novo-cpp-ampliar-de-um-lado-e-diminuir-de-outro-5t4ky8x4ss9ns8pev93njmx8r>. Acesso em: 20 maio 2018.

CHINNICI, Daniela. **Giudizio Penale di Seconda Istanza e Giusto Processo**. 2ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Volume II. 7 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Vol. 2. 7ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. As permanências inquisitivas e a refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CLARA PIECHENSTEIN, Ana. El recursos: de mecanismo de control a garantia, p. 163-183. **Lecciones e Ensayos**, nro. 87, 2009

COMPARATO, Fábio Konder. Juízes independentes ou funcionários subordinados. **Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros**. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 1º semestre de 1998.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Nelson Miranda de Coutinho. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 163-198 Curitiba, a. 30, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O HC no Sistema Processual Penal Brasileiro Hoje. O problema da substituição recursal. **Revista Eletrônica – Curso de Direito PUC-Minas**, Belo Horizonte, n. 7, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Nelson Miranda de Coutinho. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Nelson Miranda de Coutinho. Vol 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1951.

CRUZ, Flávio Antonio da. **Execução Provisória da pena: algumas notas críticas sobre a ponderação do imponderável**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/02/24/execucao-provisoria-da-pena-algumas-notas-criticas-sobre-a-ponderacao-do-imponderavel/>. Acesso em: 05 jun. 2018.

CRUZ, Rogério Machado Schietti. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CRUZ, Rogério Machado Schietti. **A proibição da dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Rogério Machado Schietti. **Dramas, princípios e alternativas**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito**. The Brazilian Lessons. São Paulo: Atlas, 2013.

D'ALBORA, Nicolás F. Límites recursivos de la parte acusadora en el proceso penal. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, v. 6, n. 10, p. 79-116, 2000.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del proceso legal. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2000.

DE CARO, Agostino. L'illegittimità costituzionale de divieto di apelo del pubblico ministero tra partià dele parti e dirro al controllo di mérito della decisione. *In: **Diritto Penale e Processo***, n. 5/2007.

DE LA RÚA, Fernando. **Teoria Geral del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.

DEL POZZO, Carlo. **L'Apello nel Processo Penale**. Torino: Unione Tipografico, 1957.

DEL POZZO, Carlo. **Le Impugnazioni Penali**: parte generale. Padova: CEDAM, 1951.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría General del Proceso**. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1985.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutorias em apelación y casación: principio de inmediación y derecho de defensa. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. 3 época, n. 9 (enero de 2013).

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal**. Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Roda dos Tempos, 1993.

FAVAROTTO, Ricardo S. El derecho al doble conforme. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Navarra, n. 28, mai./ago. 2012.

FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7ed. São Paulo: RT, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia. **Nueva Doctrina Penal**. 1996/B (p. 445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto.

FERRANTE, Marcelo. La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria. *In*: SANCINETTI, Marcelo A; FERRANTE, Marcelo. **Limites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.

FERRETI, Carlos del Río. Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal. **Estudios Constitucionales**, ano 10, n. 01, p. 245-288, 2012.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 23.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca *et al.* Execução Provisória de Pena. Um contraponto à decisão do supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAUER, R. M. C. (Org.). **Criminologia e sistemas jurídicos-penais contemporâneos II**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Grupo Gen, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. Estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho procesal penal**. 3ª ed. Madrid: Editorial Colex, 1999.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 6, n. 11, jul./dez., 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./jun. 2011.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do Sistema Inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 231/232.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. Salvador: Juspodivm, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal** (185-212), vol. 2, n. 1, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. MENDES, Tiago Bunning. A inexistência de fundamentos para o recurso acusatório no processo penal: uma crítica ao paradigma da bilateralidade recursal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 26, vol. 150, dezembro 2018, Revista dos Tribunais: São Paulo.

GODINHO, Robson Renault. Direito Constitucional ao Recurso. **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 25, n. 2, 269-310, jul./dez., 2009.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. Vol. II. Buenos Aires: E.J.E.A., 1961.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos Del proceso penal.** Conferencias dadas em la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y maro de 1935. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1935.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. **Derecho Procesal Penal.** Madrid: Artes Gráficas y Ediciones S. A., 1981.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência.** Petrópolis: Vozes, 2017.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal.** Trad. da 2ª ed. Alemã, revisa e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HERBEL, Gustavo A. **Derecho del imputado a revisar su condena.** Motivación del fallo y derecho al recurso a través de las garantías constitucionales. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.

HERRENDORF, Daniel E.; CAMPOS, German Bidart. **Principios de Derechos Humanos y Garantías.** Buenos Aires: EDIAR, 1991.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. **La Cassazione Penale: fato, diritto e motivazione.** Milano: Giuffrè Editore, 2013.

ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato.** 6ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1984.

JARDIM, Afrânio Silva. O Ministério Público e o interesse em recorrer no processo penal. **Justitia**, São Paulo, 47 (131), setembro, 1985.

JUGO, Gabriela. **Los Derechos Humanos em el Proceso Penal.** Coordinación realizada por Luis M. García. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolgo Depalma, 2002.

KHALED, Salah H. Jr. **A busca da verdade no processo penal.** Para além da ambição inquisitorial. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2016.

LASPRO, Oreste N. de Souza. Oralidade e duplo grau de jurisdição. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 40, p. 48-54, jul. 1993.

LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem.** Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016, p. 467.

LEONE, Giovanni. **Diritto processuale penale.** 7 ed. Nápoles: Jovene, 1968.

LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale.** 2ª ed. Napoli: Jeove, 1951.

LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal.** Tomo III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1963.

LEONE, Giovanni. **Trattato Di Diritto Processuale Penale**. Tomo III. Napoli: Jeovene, 1961.

LETIELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid, Bevindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

LOPES JR. Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004.

MAIER, Julio B. ¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales? *In*: ALVAREZ, Daniel Gonzalez. **El Recurso contra la sentencia penal em Costa Rica**. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2013.

MAIER, Julio B. La impugnación del acusador: ¿un caso de ne bis in idem? **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, Costa Rica, n. 12, ano 8, 1996, p. 10-15.

MAIER, Julio B. Recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio y múltiple persecución penal: ¿un caso de ne bis in idem? **Revista Uruguaya de Derecho Procesal**, Montevideo, n. 2, 1999.

MAIER, Julio B. La impugnación del acusador: un caso de ne bis in idem?. **Nuevo Foro Penal**, n. 61, p. 169-175, agosto 1999.

MAIER, Julio B. Prólogo. *In*: MAIER, Julio B. J. Maier; BOVINO, Alberto; CANTÓN, Fernando Díaz. **Los recursos em el procedimiento penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MALAN, Diogo Rudge. A ideologia política de Francisco Campos: Influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). *In*: MELCHIOR, Antonio Pedro *et al.* **Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumens Iuris, 2015.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009

- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo I. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1951.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954.
- MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano**. Vol. IV. 6ª ed. Torino: UTET, 1972.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARMELSTEIN, Goerge. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARQUES, José Frederico Marques. **O júri no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.
- MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**. Da prevenção da competência ao juiz das garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O direito ao duplo grau de jurisdição como elemento de proteção dos direitos humanos. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XIX, n. 431, 01/01/2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MELCHIOR, Antonio Pedro. **A teoria crítica do processo penal**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em <http://www.antoniopedromelchior.adv.br/wp-content/uploads/2015/05/a-teoria-critica-do-processo-penal.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva.
- MENDES, Tiago Bunning; MELO, Marcos Eugênio Vieira. As cóleras da fase preliminar do processo penal: o valor probatório e os vícios na investigação numa era de caos. In: GIACOMOLLI, Nereu José. Et al. **Processo Penal Contemporâneo em Debate**. Vol. 3. Empório do Direito: Florinópolis, 2018.
- MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.
- MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. O duplo grau de jurisdição na Ação Penal 470/MG: considerações à luz do controle da convencionalidade. **Direito em Debate**. Ano XXVI. N. 47, jan./jun., 2017.

ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PASTOR, Daniel R. **La nueva imagen de la casación penal**. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

PAULA, Leonardo Costa de. Os recursos a partir de um sistema acusatório e do estado democrático de direito – a garantia do indivíduo e a legitimidade das partes para recorrer no processo penal. *In*: Leonel González. (Org.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. 1ª ed. Santiago (CHI): CEJA, 2017, v. 1.

PAULA, Leonardo Costa de. O constitucional sentido da apelação no *In*: **O novo Processo Penal à Luz da Constituição** (análise crítica do projeto de lei no: 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR.

PAVARINI, Massimo. Por que Punir? Posfácio: PAVARINI, Massimo; Giamberdino, André. **Curso de Penologia e Execução Penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIECHENSTEIN, Ana Clara. El recurso: de mecanismo de control a garantia. **Lecciones y Ensayos**, nro. 87, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013 (livro digital).

POSTIGO, Leonel González. **La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno**. Las audiencias ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Disponível em http://www.cejamericas.org/BoletinNexos/publicaciones/laoralidadenlaetaparecursiva_lgonzale.pdf. Acesso em: 23 mar. 2018.

POSTIGO, Leonel González. La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno. Las audiencias ante la Corte de Apelaciones de Santiago. *In*: Leonel González. (Org.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. 1ª ed. Santiago (CHI): CEJA, 2017, v. 1.

POSTIGO, Leonel González. **Pensar na reforma judicial no Brasil**. Conhecimento teórico e práticas transformadoras. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Breves considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro. *In*: WUNDERLICH, Alexandre (coord.). **Política Criminal Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. *In*: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. **Boletim do IBCCrim**, n. 277, dezembro de 2015.

PRADO, Geraldo. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

PRANDO, Camila de Mello. **O saber dos Juristas e o Controle Penal**. O debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 962.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. La impugnación y revisión de la prueba mediante los recursos ordinarios y extraordinarios en el proceso penal. *In*: LLUCH, Xavier Abel; GONZÁLEZ, Manuel Richard (Dir.). **Estudios sobre prueba penal: actos de investigación y**

medios de prueba en el proceso penal: diligencias de instrucción, entrada y registro, intervención de comunicaciones, valoración y revisión de la prueba en vía de recurso. Madrid: La Ley, 2013.

ROCCO, Ugo. **L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi**. Tomo I. Roma: Athaeneum, 1917.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolagem de significantes**. 2004, Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevencion em derecho penal**. Trad. Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte Geral. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediores del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal**. Trad. Óscar Julián Guerrero Peralta. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

RUGGERI, Stefano. **Inappellabilità dei proscioglimenti e tutela del contraddittorio ne giudizi a rischio di condanna**. rivista italiana di diritto e procedura penale. Ripercorrendo Corte Const Sent. 6 febbraio 2007. **Riv. Italiana Dir. Proc. Penale**, n. 26, 2008.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Do Recurso Ex Officio no Processo Penal**. Coleção Ciências Criminais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

SANTOS, Mariana França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Humanos**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 66.

SHÜNEMANN, Bernd. **La Reforma del Proceso Penal**. Madrid: Dykison, 2005.

SHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOLAESA, José R. de Prada. Espanha. *In*: GÓMEZ, Ramón Maciá. **Sistemas de Processo Penal en Europa**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1998.

STRANO, Rafael Folador. Defesa Criminal e Direitos Humanos: uma necessária releitura do direito ao duplo grau de jurisdição. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 276-290, jan-fev. 2015

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6^a ed. Coleção o que é isto? Volume 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Coleção o que é isto. Vol. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, v. 30, jan./mar. 2000.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. Volume II. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 309.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 4. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória**. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Duplo Grau de jurisdição na justiça criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória**. *In*: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org).

Processo Penal e Garantias Constitucionais. Estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de Armas no Processo Penal.** Coleção Ada Pellegrini Grinover. Coordenadores: Gustavo Badaró e Petronio Calmon. Vol. 2. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

VILLA, Della Giovani. **A decisão penal condenatória face ao pedido de absolvição pelo Ministério Público:** desconformidade com a constituição. 2017, Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. *In:* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 65.

WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnação no processo penal constitucional brasileiro. *In:* WUNDERLICH, Alexandre (org.) **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Trad. Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro:** primeiro volume – teoria geral do direito penal. 4. ed. 1. reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.