

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO COSTA DE PAULA

**O SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO GARANTIA
EXCLUSIVA DA PESSOA: POR UMA TEORIA DOS RECURSOS PARA
O PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Doutor em Direito,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. JACINTO NELSON DE
MIRANDA COUTINHO**

**Coorientador: Prof. Dr. Marco Aurélio
MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA**

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

LEONARDO COSTA DE PAULA

O SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO GARANTIA EXCLUSIVA DA PESSOA:
POR UMA TEORIA DOS RECURSOS PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado, Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Professor Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Co-orientador: Professor Dr. Marco Aurélio Nunes da Siveira
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membro: Professor Dr. Paulo Busato
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membro: Professor Dr. Fauzi Hassan Choukr
FACAMP

Membro: Augusto Jobim do Amaral
PUCRS

Membro: Flávio Antonio da Cruz
ICPC

Curitiba, 18 de setembro de 2017


TERMO DE APROVAÇÃO

LEONARDO COSTA DE PAULA

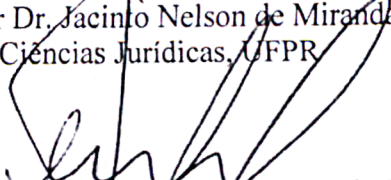
O SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO GARANTIA EXCLUSIVA DA PESSOA:
POR UMA TEORIA DOS RECURSOS PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado, Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná pela Banca Examinadora formada pelos professores:

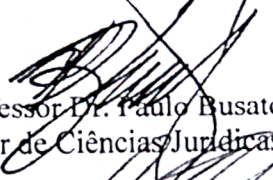
Orientador:


Professor Dr. Jacinó Nelson de Miranda Coutinho
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

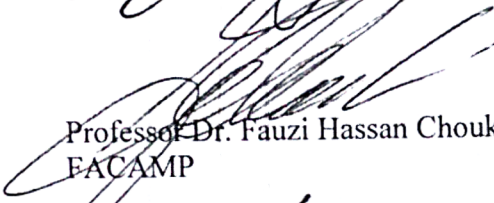
Co-orientador:


Professor Dr. Marco Aurélio Nunes da Siveira
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Membro:


Professor Dr. Paulo Busato
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Membro:


Professor Dr. Fauzi Hassan Choukr
FACAMP

Membro:


Augusto Jobim do Amaral
PUCRS

Membro:


Flávio Antonio da Cruz
ICPC

Curitiba, 18 de setembro de 2017

Dedico este trabalho às mulheres responsáveis pela minha vida, tanto do ponto de partida como do ponto de chegada.

Angela, Lésia, Lenir e Francine

AGRADECIMENTOS

Agradecer é graduar. Graduar é sem sombra de dúvidas poder estar submetido a erros. Mas, sem dúvidas é necessário agradecer a quem deu possibilidade material de se chegar até esse momento.

Então, agradeço no âmbito familiar o apoio indiscutível do meu Pai, Luiz, me trazendo luz. Da minha mãe, Angela, o anjo que se doou pelos filhos. Aos meus avôs, Lésia e Abílio que desde o início da carreira acadêmica me apoiaram e me acolheram. Ao meu irmão um agradecimento especial por proporcionar a dádiva de ser tio. E, a minha esposa que me aturou e permitiu que eu não chegasse a loucura, além de me mostrar a força da mulher brasileira a qual me serve de inspiração.

Existem amigos que o destino mostra que transcendem o companheirismo. Não só parceiro de trabalho, mas o apoio incondicional em todos os momentos exige papel de destaque, aos amigos agradeço em nome de Rodrigo Fernandes.

Agradeço também, expressamente, o espaço e liberdades concedidos pela Faculdade CNEC, na qual leciono e tenho apoio para prosseguir.

Ao meu escritório Gamil Föppel Advogados Associados agradeço nas pessoas de Gamil e Rosberg, seja pelo incentivo à pesquisa, seja pelo afastamento concedido para fluir como pesquisador, além de aceitar o retorno imediato quando da extinção da bolsa. Obrigado meus amigos.

Por apego à forma agradeço a Universidade Federal do Paraná, local para desenvolvimento da tese. Igualmente agradeço a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES, pela bolsa concedida que agora se honra com um trabalho com o objetivo de contribuir cientificamente acerca da teoria dos recursos no processo penal brasileiro.

Agradeço todas as considerações dos membros da banca de qualificação e, na esperança de ter correspondido com suas colocações, pelo apoio e caminhos a seguir, meu muito obrigado. Além de agradecer todos os professores da banca da tese, na esperança desta valer o tempo e estudo dedicados para avaliação, Então, obrigado Professores Fauzi Choukr, Jacson Zílio, Paulo Busato, Augusto Jobim, Flavio Antonio da Cruz e Rubens Casara.

Dizem que quem escolhe o Professor é o aluno. De certa medida, isso está correto, pois sem a busca do conhecimento pelo aluno não se terá aprendizagem, por isso, agradeço aos demais professores da minha carreira acadêmica ao meu Professor Doutor Geraldo Prado.

Agradecimento especial também reservo aos amigos curitibanos que nos receberam e acolheram. Dizem que Curitiba é frio... Mas os curitibanos dignos esquentam a cidade e nos fazem família. A estes agradeço em nome do meu coorientador Marco Aurélio Nunes, outro irmão que esses caminhos tortuosos puderam me apresentar.

De Curitiba, seria injusto não agradecer ao casal Camilin e Giovani. Fiéis amigos de batalha e diversão. Concluir o curso não se efetivaria sem eles. Meus amigos, muito obrigado.

Existem casos em que o Professor, além de ser escolhido pelo aluno fornece um amplo espaço de desenvolvimento e apoio incondicional. Aceitar orientar um aluno talvez seja a maior concessão de honrarias que um Professor pode presentear um aluno (ser sem luz). O aluno deve ser iluminado pela luz que seu Professor tem e o aluno tem o dever de honrar para que essa luz não se perca na escuridão da ignorância ou subverta o que foi ensinado. Mais do que um agradecimento, aqui se faz um clamor de ter feito valer a honra de ser orientado pelo Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Também se destaca ter sido acolhido como família por ele e Aldacy Rachid Coutinho, que além de exímia pesquisadora, fascinante pessoa, mostra a cada dia que está aí para fazer história e ensinar.

A todos, os que aqui foram referenciados e os que estão na memória, meu muito obrigado!

Interpretar estas garantías procesales en perjuicio del garantizado, como naturalmente lo hacen nuestros tribunales en múltiples fallos, incluida nuestra Corte Suprema, representa una verdadera hipocresía.

Julio B. J. Maier

SUMÁRIO

RESUMO	6
ABSTRACT	7
RIASSUNTO	8
INTRODUÇÃO	9
PARTE I – PREMISSAS TEÓRICAS PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	14
1 SOBRE O PROCESSO PENAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA	15
1.1 PARA QUAL SOCIEDADE?	15
1.2 DE QUE PROCESSO?	21
1.3 DE QUE SISTEMA PROCESSUAL PENAL?	39
2 A TRADICIONAL TEORIA GERAL DOS RECURSOS	56
2.1 DOS “PRINCÍPIOS” RECURSAIS	57
2.2 CONCEITO E “NATUREZA JURÍDICA” DOS RECURSOS	90
2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS RECURSOS	97
2.4 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE	102
2.5 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS	106
2.6 JUÍZO DE MÉRITO	120
2.7 EFEITOS DA INTERPOSIÇÃO DOS RECURSOS	122
2.8 PROCEDIMENTO DOS RECURSOS	129
PARTE II – POR UMA (RE)CONSTRUÇÃO DA TEORIA DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	134
3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – JUSTIFICATIVA DO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO	135
3.1 DO MOMENTO POLÍTICO/JURÍDICO ATUAL	136
3.2 O FATÍDICO HC Nº 126.292 PARA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	144
4 DA TEORIA DOS RECURSOS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	170
4.1 E O SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO?	173
4.2 A (RE)CONSTRUÇÃO TEÓRICA DOS RECURSOS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	198
CONCLUSÃO	228
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	233

RESUMO

Com o objetivo de se estabelecer uma Teoria dos Recursos do Processo Penal brasileiro, esta pesquisa doutoral parte da crítica à teoria geral dos recursos e aponta para uma necessária abordagem do segundo grau de jurisdição fundada na Constituição e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos. A leitura até então existente para a teoria dos recursos no processo penal foi integralmente derivada de uma lógica unitária de processo, entre civil e penal, causando incongruências para a compreensão dos recursos no processo penal enquanto garantia da pessoa. Os recursos como garantia da pessoa são corolários lógicos da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário. Portanto, os princípios da oralidade, da possibilidade efetiva de produção de provas em segundo grau e do duplo conforme passam a ser indispensáveis para a teoria dos recursos, em alguma medida até então ignorados pelos defensores de uma teoria geral. As interseções doutrinárias que fundamentam a compreensão dos recursos e suas práticas no Brasil são impróprias para resolverem os problemas relacionados ao segundo grau de jurisdição no país. Observa-se que a produção teórica sobre recursos, que pauta a prática judiciária, não os distingue entre civil e penal. Assim, torna-se necessário enfrentar os estabelecimentos da teoria geral do processo, os quais limitaram a compreensão da ciência e das problemáticas próprias ao direito processual penal, notadamente no que diz respeito aos recursos. A Constituição assegura os meios e recursos inerentes à ampla defesa para o acusado; não há o que se falar de litigantes (termo de processo civil) no processo penal. Para os recursos no processo penal, o estabelecimento da presunção de inocência, garantia do segundo grau de jurisdição, deve ser feito a partir da proposta constitucional que impõe que não se trate como culpado a quem ainda não tenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Portanto, uma teoria própria ao processo penal deve estar focada em resolver o problema do excesso de recurso e demora na prestação jurisdicional fazendo com que o segundo grau se torne garantia da pessoa. A legitimidade recursal só se justifica para a proteção da pessoa, e por isso a legitimidade recursal do Ministério Público se reduz à interposição do recurso sobre a admissibilidade da acusação, momento em que a acusação atuará de acordo com as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Falta no panorama jurídico o respeito às garantias do acusado que é ressubmetido a julgamento em segundo grau: a possibilidade de produção de provas, a garantia da oralidade, imediação da prova pelos julgadores e o duplo conforme. Somente assim se estará em consonância com a garantia de um recurso efetivo, conforme previsão convencional. Reduz-se os requisitos de admissibilidade ao estritamente indispensável para não burocratizar o acesso da pessoa ao segundo grau. Ressubmeter o acusado a segundo grau com o risco de se piorar a condenação ou converter uma absolvição em condenação é dissonante com o tratamento convencional e fere a proibição de *bis in idem*. Estas são as condições sob as quais se pode estabelecer uma Teoria dos Recursos do Processo Penal brasileiro.

ABSTRACT

This dissertation aims at the establishment of a theory of second degree of jurisdiction in Brazilian criminal procedure. It is advanced from a critique of the general theory of second degree of jurisdiction and proposes an approach to the second degree of jurisdiction based on the Constitution and International Conventions on Human Rights. The existing understanding of a theory of second degree of jurisdiction in criminal procedure was entirely derived from a unitary logic of procedure, between civil and criminal, causing incongruences to the comprehension of appeal in criminal procedure as guarantees for accused persons. Appeal as guarantees for accused persons are logic corollaries from the American Convention on Human Rights, the International Pact on Civil and Political Rights, and the Universal Declaration of Human Rights, all of which Brazil is signatory. Therefore, the orality principles, the effective possibility of production of proof in second degree and the double ratification of conviction are essential to a theory of appeal, largely ignored so far by those who defend a general theory. The doctrinal intersections that substantiate the comprehension of second degree of jurisdiction and its practices in Brazil are inadequate to deal with the problems related to the second degree of jurisdiction in the country. The theoretical production about appeal, the foundation of most juridical practices, does not distinguish between civil and criminal. Thus, it becomes necessary to confront the establishments of the general theory of appeal, as it limited the advancement of the science and problematic proper to criminal procedure law, notably in relation to appeal. Regarding appeal in criminal procedure, the establishment of the presumption of innocence, a guarantee of the second degree of jurisdiction, should consider the constitutional proposal that imposes that no one be treated as guilty before a final decision resulting in conviction. Hence, a proper theory of appeal should be focused in resolving the problem of excess of appeal and delay in the final verdict, transforming the second degree into an effective guarantee of accused persons. The right to appeal can only be justified for the protection of the person, and therefore, the right to appeal of the prosecutor should be limited to the interposition of resource on the admissibility of the accusation, when the prosecutor act in accordance with the decisions of the Inter-American Court of Human Rights. Otherwise, the juridical structure fails to respect the guarantees of the accused persons that are resubmitted to judgment in second degree: the possibility to produce proof, the guarantee of orality, the presence of the judge during the production of proof, and the double ratification of the conviction. It is only when those are respected that the criminal procedure can be said to be in accordance with the guarantees of an effective resource, as predicted by the constitution and the conventions on human rights. To resubmit accused persons to the second degree when they are at risk of a worse conviction or to convert a discharge into conviction is inadequate to the conventional treatment and violates the prohibition of bis in idem. These are the conditions under which one can establish a theory of second degree of jurisdiction of the Brazilian criminal procedure.

RIASSUNTO

Al fine di stabilire una teoria del doppio grado di giurisdizione per la procedura penale brasiliana, questa ricerca di dottorato parte della critica alla teoria generale delle impugnazioni ricorsi e sviluppa un approccio necessario del tema in base alla Costituzione brasiliana e convenzioni internazionali riguardanti i diritti umani. La lettura esistente sulla teoria delle impugnazione è stata interamente derivata da una logica teorica unitaria tra il processo civile e il processo penale, causando incongruenze nella comprensione delle impugnazioni nel procedimento penale come garanzia della persona. I mezzi di impugnazioni come garanzie della persona derivano dalla Convenzione Americana Sui Diritti Umani, il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, di cui il Brasile è uno dei firmatari. Pertanto, il principio dell'oralità, il principio dell'effettiva possibilità di produrre prove in secondo grado e la doppia conformità diventano indispensabili per la teoria delle mezzi di impugnazioni, fino ad allora ignorati dai sostenitori di una teoria generale del processo. Le intersezioni dottrinali che sono alla base della comprensione delle impugnazioni e delle pratiche in Brasile non sono sufficienti per risolvere i problemi legati al doppio grado di giurisdizione. Si osserva che la produzione teorica su entrambe le impugnazioni civili e penali, che stabilisce la prassi giudiziaria, sono indistinti. Pertanto, è necessario affrontare gli stabilimenti della teoria generale del processo, che ha limitato la comprensione della scienza e dei propri problemi della procedura penale, in particolare per quanto riguarda il secondo grado. Per quanto riguarda il doppio grado nei procedimenti penali, l'istituzione della presunzione di innocenza, garantita nel secondo grado, dovrebbe essere fatta dalla proposta costituzionale che impone che non sia trattato da colpevole chi non ha ancora la sentenza penale definitiva. Pertanto, una teoria adeguata ai procedimenti penali dovrebbe essere dedicata a risolvere il problema dell'eccesso di impugnazione e del ritardo nei processi, in modo che il doppio grado sia una garanzia solo per il imputato. La legittimità de appellare può essere giustificata solo per la tutela della persona, e quindi la legittimità del pubblico ministero per la impugnazione si riduce alla ricevibilità del l'accusa, momento in cui l'accusa agirà in base alle sentenze della Corte interamericana dei diritti umani. Manca nell panorama giuridico la osservanza alle garanzie degli accusati in secondo grado di giudizio: la possibilità di produrre prove, la garanzia dell'oralità, l'immediatezza delle prove e la doppia conformità. Solo in questo modo sarà in consonanza con la garanzia di un rimedio efficace, come previsione convenzionale. Inviare nuovamente l'imputato a secondo grado con il rischio di peggiorare condanna giudiziaria o convertire un'assoluzione in condanna è discorde con il trattamento convenzionale e ferisce il non *bis in idem*. Queste sono le condizioni in cui si può stabilire una teoria delle impugnazioni per il procedimento penale brasiliano.

INTRODUÇÃO

A tese que ora se apresenta é fruto da percepção da existência de uma lacuna no campo do direito, quanto à formulação de uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro.

Desde muito, a lógica da teoria geral do processo produz consequências sobre os institutos do direito processual penal. O oferecimento da disciplina denominada “teoria geral do processo” é uma realidade em várias faculdades e, via de regra, seu conteúdo não abrange o direito processual penal. O comum é que essas cadeiras sejam ocupadas por professores de direito processual civil e suas temáticas sejam eminentemente aquelas relativas ao processo civil, que de geral nada têm.

A falta de consonância teórica com a necessidade de tratamento adequado ao direito processual penal derivada de uma herança da teoria geral do processo e de uma forte influência antes hegemônica de uma suposta escola paulista de processo.

Ao tratarem dos recursos no processo penal, os teóricos adeptos à teoria geral do processo deixam de lado os problemas específicos da disciplina do direito processual penal, autonomamente identificado. Esta foi a motivação do presente estudo doutoral, cujo projeto foi apresentado em 2013 à Universidade Federal do Paraná.

A tese, que agora toma corpo, tem por proposta apresentar uma teoria dos recursos do processo penal brasileiro. Deve ser estruturada tal teoria com a epistemologia própria do campo do processo penal e descolada das heranças da tal teoria unitária, já que a pretensão de universalidade é derivada de um positivismo fracassado dos oitocentos. Então, deve se ter o segundo grau garantia efetiva da pessoa.

O estudo se divide em duas partes principais: a primeira delas focada em discutir as premissas teóricas indispensáveis para se compreender o processo penal, com as críticas necessárias ao que se estabeleceu no campo da teoria geral dos recursos; e uma segunda parte se destina à (re)construção da teoria dos recursos no processo penal brasileiro.

A primeira parte se divide, conseqüentemente, em dois capítulos. O primeiro procura identificar a realidade em que se insere a presente discussão teórica. Verificado o excessivo número de processos existentes, não se pode fugir da reflexão sobre sociedade na qual se insere a pesquisa e de qual processo penal se fala. Isso para que se possa pensar, à frente, em uma teoria preocupada com a realidade brasileira.

Importa saber, para além da quantidade avassaladora de processos, o número de

presos e a realidade do sistema penal, como componentes indispensáveis para se pensar nos recursos. Destaca-se que teoria sem apego aos problemas da sociedade na qual se insere é vazia.

No primeiro capítulo também é necessário apresentar qual a identificação de processo penal é possível a partir da Constituição. Neste ponto, desconstruir o paradigma da teoria geral do processo e abraçar uma fundamentação autônoma de processo penal, com sua estrutura própria que permita identificar os problemas referentes ao segundo grau de jurisdição, nos moldes propostos por JACINTO COUTINHO¹, MARCO AURÉLIO NUNES², entre outros, é indispensável.

Sem a separação entre processo civil e processo penal, a resposta acerca dos recursos redundava numa análise simplista tendendo a se importar com a diminuição dos recursos impetrados e com a obstaculização de acesso ao condenado. Sem essa demarcação, portanto, deixa-se de lado a preocupação com os problemas próprios do processo penal, cujo necessário enfrentamento teórico aponta para diversos outros problemas.

Ainda no primeiro capítulo se tem o cuidado de, além da definição dos contornos epistêmicos sobre o processo do qual se fala, identificar o modelo constitucionalmente adequado de sistema. É certo que, pensar o processo penal atualmente, pressupõe a adoção de uma linha de pensamento adequada ao sistema processual penal acusatório, já que é esta a determinação constitucional.

Os recursos, em um sistema inquisitório, atuam como uma forma de preservação do poder, enquanto, no sistema acusatório, os recursos devem, necessariamente, obedecer outra estrutura. A teoria dos recursos do processo penal deve estar atenta, assim, a soluções que protejam a pessoa acusada em um Estado Democrático de direito.

No capítulo 2, discute-se o problema do estado atual do conhecimento sobre os recursos no processo penal brasileiro. Seria a teoria dos recursos produzida pelos porta-vozes autorizados da doutrina fruto de um conhecimento autônomo no processo penal ou mera importação e protoadaptação do direito processual civil?

Para tanto, busca-se analisar as definições teóricas dos autores de processo civil sobre a teoria dos recursos. Quando estudados os princípios, juízo de admissibilidade, requisitos de admissibilidade recursal, análise de mérito, legitimidade, efeitos, etc., verificou-se um quadro de quase nenhuma distinção em relação ao tratamento dado pelos

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

² NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

processualistas penais.

O tratamento dos recursos, tanto pelos autores de processo civil, quanto pelos autores de processo penal, implica, em certa medida, na importação de teorias externas ou categorias ultrapassadas. Aí se incluem, até mesmo, as classificações e distinções como aquelas relativas aos recursos ordinários ou extraordinários; totais ou parciais, etc., que são, desde o ponto de vista adotado no presente trabalho, absolutamente inúteis e impróprias no Brasil. No entanto, praticamente todos os autores trabalham com essas categorias.

Por isso, toma-se o cuidado de evitar pensar o sistema recursal brasileiro a partir da importação de doutrinas estrangeiras e, no sentido oposto, estabelecer uma produção teórica autônoma daquilo que se produziu por décadas no país, superando as inconsistências desses modelos de pensamento.

Que fique claro: não há diferença substancial da teoria dos recursos construída pelos processualistas civis em relação à teoria dos recursos trabalhada pelos principais autores quanto ao tema dos recursos no processo penal. Isso parece ser consequência de uma determinada compreensão sobre a teoria geral. Não raro há meras adaptações pontuais, mas sem conteúdo próprio ao campo do processo penal, o que reflete um praxismo.

Essa é a tradicional teoria dos recursos, em que se não distingue o processo civil do processo penal. Até as doutrinas são as mesmas para qualquer dos campos. Acaba por chamar-se de princípio aquilo que talvez seja obstáculo para recorrer, derivado da ideia de que recurso é direito ou ônus dos litigantes (termo impróprio ao processo penal).

Com essa crítica, procura-se enfrentar o senso comum teórico produzido sobre os recursos no Brasil. Evita-se, aqui, a descoberta da origem histórica dos recursos ou qualquer tentativa de corte histórico, pois o que se deve pensar é o desenho que a Constituição e as Convenções determinam para os recursos no processo penal.

Alguns autores tentaram comparar os sistemas e ordenamentos jurídicos completamente distintos, importando categorias inaplicáveis ao Brasil e ainda impondo uma adaptação semântica àquilo que não contém significado para a estrutura jurídica brasileira. Numa lógica que repete o passado e acaba por alienar a doutrina do presente.

Na segunda parte da tese os esforços estão voltados para o estabelecimento de uma teoria própria dos recursos no processo penal brasileiro.

No capítulo 3, passa-se a enfrentar a identificação da presunção de inocência, que é o fundamento necessário para se tratar do segundo grau de jurisdição.

O acusado no processo penal deve ser tratado como um cidadão presumidamente inocente, muito embora o senso comum teórico dito pelos manuais ou o praticado no

funcionamento do sistema de justiça, impresso na jurisprudência, vagueia neste sentido e traduz um tratamento digno da década de 30, na Itália.

Faz-se necessário, nesse capítulo, tratar da atual discussão sobre a garantia da presunção de inocência e a decisão dada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292 e nas decisões das Medidas Cautelares das ADCs 43 e 44, ambos julgados em 2016.

A alteração de interpretação que revoga texto expresso da Constituição impõe leitura imprópria do dispositivo. Essa alteração de entendimento, por sua vez, só foi possível num contexto político e jurídico caótico, em que se sobrepôs uma preocupação de tornar o processo penal mero ritual para a punição.

Os julgadores, a partir de visões que remetem às heranças do Código Rocco, esvaziaram de sentido a garantia de que se deve presumir inocente o réu até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Também procura-se demonstrar, no decorrer da tese, que o trânsito em julgado, no ordenamento jurídico brasileiro, só ocorre com o julgamento definitivo, seja em sede de recurso especial ou extraordinário, ao contrário do decidido pelo STF.

Este foi o suporte necessário para que, no capítulo 4, seja apresentada a tese de que o segundo grau de jurisdição é garantia da pessoa, o que funda a teoria dos recursos do processo penal brasileiro.

Esta não pode ser uma teoria dos recursos do processo civil. Também não é uma teoria dos recursos para um sistema processual penal inquisitório. Não é uma teoria do processo penal nazista ou fascista, e nem pode parecer ser. Mas sim, uma teoria dos recursos do processo penal brasileiro; a partir da Constituição da República Federativa de 1988 e das Convenções as quais o Brasil se comprometeu em cumprir.

Para fundamentar essa teoria deve-se ter em vista a Constituição, e, no silêncio desta sobre a função do segundo grau de jurisdição, deve ser complementada pelos Pactos e Convenções ratificados pelo Brasil. Então aponta-se para o tratamento convencional acerca dos recursos e das decisões relevantes da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o assunto.

A fundamentação convencional dos recursos enquanto garantia da pessoa impõe um tratamento completamente diferente, em que o acusado passa a ser tratado como pessoa. Não se aceita, a partir da teoria dos recursos do processo penal brasileiro, que o acusado seja tratado tal qual nos moldes inquisitórios, no qual acusado é mera *res* do processo, coisa do processo.

Não pode ser o segundo grau um espaço cenográfico em que ocorre um simulacro de

juízo, revestido de mera reanálise de provas, cujo controle quanto à imediação, pelos juízes do segundo grau de jurisdição, é impossível.

O segundo grau de jurisdição deve ser espaço e momento para garantia da pessoa. Deve-se, assim, preservar a oralidade e a possibilidade de produção de provas, mantendo-se o estado de inocência do acusado. O duplo conforme, o segundo grau efetivo, e a possibilidade de desconstruir a sentença é o tratamento mínimo necessário para preservar a garantia do inocente.

PARTE 1

PREMISSAS TEÓRICAS PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1 SOBRE O PROCESSO PENAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA

O olhar do presente trabalho aponta para os recursos a partir de uma epistemologia própria ao campo do processo penal, descolada da teoria geral do processo e do processo civil (teoria geral dos recursos), que está presente em todas as obras sobre os recursos no processo penal, quer implicitamente, quer explicitamente. Salvo raras exceções, o que se estuda, portanto, é a fundamentação teórica do sistema recursal brasileiro inserido no atual contexto de reformas latinoamericana, especificamente o brasileiro, à luz da concepção do sistema processual penal com o cerne da gestão da prova, fundado no princípio dispositivo.

Quando se fala de recursos, portanto, está a se falar de um novo curso, de investigação que já havia sido instaurada, processo colocado em movimento a partir da ação perpetrada pela acusação e focada em uma jurisdição que se desenvolve para resolver o caso penal. Falar do direito processual penal é, antes, falar sobre o sistema processual penal próprio para o Brasil.

1.1 PARA QUAL SOCIEDADE?

As lições de GILLES DELEUZE³, a partir dos estudos de Foucault, podem ser utilizadas para compreender melhor de que sociedade se fala. Esse demonstra que entre os séculos XVIII e XIX situava-se em uma espécie de sociedade disciplinar. Identifica, pois, o poder mais centralizado do Estado, e das outras instituições vinculadas ao mesmo poder, que visavam o controle do indivíduo através das instituições disciplinadoras, como a família, a escola e, por fim, a fábrica.

Cada esfera da sociedade disciplinar vinha para informar que o indivíduo não se encontrava na esfera de disciplina anterior, família, escola, fábrica e por fim, as prisões. Que, é certo que se identifica diretamente com a obra vigiar e punir⁴ na qual MICHEL FOUCAULT percebe a obra de Jeremy Bentham, o centro penitenciário identificado como panóptico, como fundante para a identidade da sociedade disciplinar.

Em síntese, MICHEL FOUCAULT⁵ mostra que o achincalhamento público de Damians servia para disciplinar a sociedade, pelo exemplo daquele que transgredia a regra da sociedade. Essa disciplina, após a sociedade se identificar com aquele que estava sendo

³ DELEUZE, Gilles. *Conversações: 1972-1990*. São Paulo: Ed. 34, 1992, p. 219-226.

⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

⁵ *idem*.

torturado para o cumprimento da sentença, passa, em certa medida, a tentar controlar a todos os cidadãos a partir da disciplina total do indivíduo, que situado dentro do panóptico, seria disciplinado.

Com a lógica de GILLES DELEUZE⁶ e com a identidade do panóptico é possível dizer para o indivíduo: você não está mais na fábrica. Desta feita, disciplina-se o indivíduo através da punição. É possível um paralelo direto à própria lógica do Direito, que funciona a partir da lógica retributiva. Isso já espelhado diretamente em HANS KELSEN⁷ que impõe ao Direito a identidade da própria Lei de Talião, ou seja, caso haja a transgressão na sociedade pela imputabilidade deverá ser aplicada uma sanção, daí, destaca-se o poder disciplinar aplicado ao indivíduo.

De certa forma, é fácil identificar a lógica do Direito a partir da sociedade disciplinar, pois é um instrumento que, a partir da lógica retributiva, comporta a imediata aplicação da prevenção especial negativa, ou seja, a segregação do indivíduo, que cambiará para a crença na prevenção especial positiva e, assim, a correção do indivíduo.⁸

O direito penal, e o processo penal como mero instrumento deste, passa a comportar uma clara conexão com a sociedade disciplinar, pois carrega a identidade de disciplina do indivíduo a partir da sanção.

GILLES DELEUZE⁹, – ainda a partir de Foucault – dado que este seria nosso futuro próximo, assevera que o novo monstro reside na sociedade de controle. Esta sociedade de controle não quer dizer ser mais dura ou mais tolerável, mas tende a, em certa medida, retirar o indivíduo do confinamento e condicioná-lo para ser disciplinado, pode-se dizer, pelo controle do seu próprio modo de pensar.

Nesta toada, tem-se a adaptação da fábrica, que tratava os indivíduos como blocos, para a empresa, que trata os indivíduos a partir da rivalidade entre quem lá está inserido, para ocupar cargos e aumentar a produtividade. É o salário por mérito. Esta lógica adapta a escola à fábrica e não precisa de recomeço ao trocar de esfera, já que “nas sociedades de controle nunca se termina nada, a empresa, a formação, o serviço sendo os estados metaestáveis e coexistentes de uma mesma modulação, como que de um deformador universal”¹⁰.

⁶ DELEUZE, Gilles. *op.cit.*

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Editora Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁹ DELEUZE, *op.cit.* p. 221

¹⁰ *idem.*

Daí o próprio Direito entra em crise, já que oscila entre os dois modos de vida jurídica, o disciplinar e o de controle. O que se exemplifica com a identidade da sanção premial, defendida pelo já citado HANS KELSEN¹¹, quando diz que a um mal feito, um mal deverá ser feito, enquanto que a um bem realizado, um bem deverá ser feito. A própria retomada do princípio da isonomia pode-se adequar a este estabelecimento, tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade.

Destaca GILLES DELEUZE que o “marketing é agora o instrumento de controle social, e forma a raça imprudente de nossos senhores. O controle é de curto prazo e de rotação rápida, mas também contínuo e ilimitado, ao passo que a disciplina era de longa duração, infinita e descontínua”¹². O homem disciplinado é o homem endividado. Aqueles que não têm nem com o que se endividar também são numerosos demais para se confinar, o que gera a explosão de guetos e, para nosso caso, favelas ou comunidades carentes¹³.

GILLES DELEUZE ainda se preocupa em analisar que o próprio regime das prisões atua nas penas substitutivas e a utilização de “coleiras eletrônicas que obrigam o condenado a ficar em casa em certas horas”¹⁴.

Nas cidades a explosão demográfica causa a difusão das comunidades carentes. Para que se evite um caos na cidade, o tratamento a ferro e a fogo das manifestações populares ocorridas desde junho de 2013, demonstra a disparidade entre a sociedade disciplinar e a sociedade de controle. O Direito tenta aplicar a sua forma para o controle das massas e ser um estabilizador de tensão social, de forma infrutífera.

Como destacado anteriormente, GILLES DELEUZE¹⁵ aponta como característica direta da sociedade de controle a explosão das comunidades carentes. Ainda, destaca que não é possível a contenção de todos os que devem ser disciplinados na inclusão no sistema, é dizer: nem todos serão controlados a partir da subsunção ao capital, notadamente aqueles que não são tratados como cidadãos/consumidores propriamente ditos.

Uma análise possível dos dados estatísticos entre os anos de 2009 e 2014 indica os dados dos presos no Brasil e pode confirmar a compreensão ora trazida.

O Conselho Nacional de Justiça¹⁶ apresentou um censo do sistema carcerário nacional, no segundo encontro nacional do judiciário, em Minas Gerais.

¹¹ KELSEN, Hans. *op.cit.*

¹² DELEUZE, *op. cit.* p. 224.

¹³ *idem.*

¹⁴ DELEUZE, *op. cit.* p. 225.

¹⁵ *idem.*

¹⁶ CNJ *Sistema carcerário nacional*. 2º Encontro Nacional do Judiciário, 16/02/2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres_dr_erivaldo.pdf>, acessado em 15 de setembro de 2014.

Frente aos dados do censo do sistema carcerário já se destaca, tomando como premissa a inserção do Brasil em uma sociedade de controle, a crise do sistema carcerário que o mundo anuncia. Certo que nunca haverá vagas suficientes para todos numa sociedade que preza por resolver seus problemas sociais a partir da esfera penal.

O citado relatório¹⁷ indica dados desde 2000, e apresenta um déficit enorme de vagas. No ano de 2000 o percentual de presos para o percentual de vagas era de 71,51%. Já no ano de 2008, o percentual de presos por percentual de vagas do sistema carcerário era de 53,84%. O que mostra que o número de presos aumentou vertiginosamente, mesmo com o aumento de vagas em mais do dobro (2,13 vezes), para oito anos (de 135.710 vagas para 290.359 vagas).

Em outra análise, com o diagnóstico de pessoas presas no Brasil, também de lavra do CNJ¹⁸, apresentado em junho de 2014, informa-se que o número de presos, em presídio, no Brasil é de 567.655 pessoas. O déficit percentual de vagas diminuiu, ao se comparar com os dados de 2008. Faltam mais de 210 mil vagas no sistema, em tese. No mais, o Estado passa a adotar como solução as “coleiras eletrônicas”, das quais se contabilizam, à época, 148 mil presos domiciliares.

No total, o Brasil alcançou 715.592 presos, pelos dados de 2014, ou seja, ao incluir os presos domiciliares e contabilizar o déficit de vagas, tem-se quase 360 mil vagas em déficit no sistema carcerário. Ou seja, o percentual de presos por percentual de vagas recebe a assustadora cifra de 49,91%.

O número de presos no Brasil subiu de 148.760, em 2000, para 715.592 em 2014. Quase 5 vezes em 14 anos (481%). Alarmante, ainda, pensar que existem quase 374 mil mandados de prisão em aberto no Brasil.

Pensar, então, que no sistema carcerário existe um déficit de vagas de 732.427, demonstra a incapacidade de tal sociedade se apresentar somente como sociedade disciplinar. Para esses que deixam de estar inseridos diretamente no sistema prisional, sejam foragidos, sejam em prisão domiciliar, o efeito da sociedade se dá no controle dessa massa, maior, inclusive, que a massa prisional submetida ao controle disciplinar direto.

Evidentemente que, depois da Lei 12.403/2011, acerca das medidas cautelares diversas da prisão, os estudos vagueiam e se tornam quase impossíveis de análise, até porque foge do objeto da presente tese, já que aqueles que se encontram com alguma cautelar

¹⁷ CNJ *Sistema carcerário op.cit.*

¹⁸ CNJ. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil, 2014*. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/censo-carcerario.pdf>>, acesso em 15 de setembro de 2014.

deferida em um processo penal não poderão ser verificados. Note-se que com isso, poderia até indicar uma diminuição do número direto das prisões cautelares, mas coloca o indivíduo situado na sociedade de controle, já que contra ele incide uma cautelar não verificável por estatísticas, além de não ter sido disponibilizados dados atualizados desde 2014.

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

Esses encarcerados justificados pela ficção jurídica seriam tratados como se fossem sujeitos de direitos. A definição de sujeito de direitos pela disciplina jurídica interioriza de tal forma essa compreensão, não a coloca em dúvida e isso faz parte da própria construção do que vem a ser cidadão.

Pelas lições de JACINTO COUTINHO¹⁹ só surge a compreensão de cidadão quando o “príncipe”, corporificando aí o Estado, submete-se ao princípio basilar da república, que é o princípio da legalidade. É este princípio que dá ao cidadão a sua liberdade. O Estado também se submete ao princípio da legalidade mas, na sua função de tornar o Estado presente, passa a ser compreendido a partir do princípio da conformidade. Ou seja, para o particular, princípio da compatibilidade ou simplesmente legalidade, para o Estado princípio da conformidade ou legalidade estrita, já que deve fazer tudo como e o que está escrito em lei.

Com efeito, o sujeito de direito é sujeito de direitos virtuais, perfeitamente abstractos: animado apenas pela sua vontade, ele tem a possibilidade, a liberdade de se obrigar, designadamente, de vender a sua força de trabalho a um outro sujeito de direito. Mas este acto não é uma renúncia a existir, como se ele entrasse na escravatura; é um acto livre, que ele pode revogar em determinadas circunstâncias. Só uma ‘pessoa’ pode ser a sede de uma atitude destas. A noção de sujeito de direito é, pois, absolutamente indispensável ao funcionamento do modo de produção capitalista.²⁰

A concepção de sujeito de direito, muito embora libertadora, só coloca o cidadão como detentor de direitos virtuais, direitos estes inacessíveis ao cidadão. E tal compreensão é indispensável para se analisar o estado de coisas inconstitucionais do nosso sistema

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *Conceitos jurídicos indispensáveis*. Palestra proferida na EMERJ < disponível nos links parte 1: <<http://www.youtube.com/watch?v=nTyRuwSHFbI>>, parte 2: <<http://www.youtube.com/watch?v=EYkaqijPC1E>> e parte 3: <<http://www.youtube.com/watch?v=g7swmwbjCCg>>, acessado em 9 de fevereiro de 2014.

²⁰ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direitos*. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 118.

carcerário²¹ e com isso afeta, notadamente, parte significativa da população carcerária que ainda responde a processo, ou seja, mesmo que em grau recursal estejam presos.

Só renegando a situação de sujeito de direito se poderia vir a permitir cidadãos sendo presos em um estado de coisas inconstitucionais. Para compreender como se relega os direitos desses cidadãos é indispensável a compreensão dada por JESSÉ SOUZA²² ao explicar esses indivíduos.

Há, de certo, críticas para a forma mais simplificada que MICHEL MIAILLE²³ identifica acerca dos sujeitos de direitos virtuais, para não somente aqueles que se encontrem na classe que ele denomina como dominada. Mas, é indispensável que a compreensão de ralé brasileira e os sujeitos de direitos virtuais dialoguem sobremaneira.

O marco teórico fundado apenas na condição econômica, como explica Jessé Souza, não dá conta da complexidade de coisas acerca da parcela da sociedade; como dirá ele “constroem e permitem um padrão de desigualdade que é o único possível no contexto de desigualdade formal e de democracia aberta típicos da moderna sociedade capitalista”²⁴. O que se deve enfrentar aqui é que a condição de desigualdade não é somente fator atribuído ao menos favorecido, ou ao não sujeito de direito.

Em princípio, parece que o progresso econômico seria a panacéia que retiraria países como o Brasil dos problemas de desigualdade, marginalização e subcidadania²⁵, o que não é realizável.

O padrão econômico torna invisível todos os fatores que levam parcela da sociedade a serem tratados como subcidadãos tal como “precondições sociais, emocionais, morais e culturais que constituem a renda diferencial, confundindo, ao fim e ao cabo, causa e efeito”²⁶. A ralé brasileira ou subcidadania não se resolve a partir do problema da renda ou da economia somente.

O mérito individual se confunde com a possibilidade de ter recebido um bilhete premiado e nascido na parcela escolhida da sociedade para deter a meritocracia. Os padrões,

²¹ Para tanto basta ver o Informativo nº 798 elaborado a partir das notas tomadas na sessão de julgamento pelo STF. Informativo nº 798. Disponível em: “[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental - 8](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema%20carcer%C3%A1rio:%20estado%20de%20coisas%20inconstitucional%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direito%20fundamental%20-%208%26gt;)”, acesso em 12 de setembro de 2016.

²² SOUZA, Jessé. Introdução. In: SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

²³ MIAILLE, Michel. *op.cit.*

²⁴ SOUZA, Jessé, O casamento secreto entre identidade nacional e “teoria emocional da ação” ou por que é tão difícil o debate aberto e crítico entre nós. In SOUZA, Jessé (org.) *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 74.

²⁵ *idem*.

²⁶ SOUZA, Jessé. Introdução. In: SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: op.cit.*, p. 18.

capacidades e habilidades são transmitidas “de pais para filhos por mecanismos de identificação afetiva por meio de exemplos cotidianos, assegurando a reprodução de privilégios de classe indefinidamente no tempo”²⁷.

A “‘ralé’ se reproduz como mero ‘corpo’, incapaz, portanto, de atender às demandas de um mercado cada vez mais competitivo baseado no uso do conhecimento útil para ele”²⁸. Corpo a que se refere o autor, no sentido de ser somente força muscular. A exploração da massa é verificável pelas empregadas domésticas e trabalhos meramente físicos desvalorizados.

Como JESSÉ SOUZA narra: “Se pensarmos nas empregadas domésticas, temos uma ideia de como a classe média brasileira, por comparação com suas similares europeias, por exemplo, tem o singular privilégio de poupar o tempo das repetitivas e cansativas tarefas domésticas”²⁹. Então surge uma reprodução derivada da herança afetiva que a ralé reproduz e naturaliza, qual seja, a desigualdade produz gente, no sentido de massa corporal, e de outro lado, subgente, no sentido de serem relegados a não detentores de direitos plenos.

Compõe, na visão da instância político-jurídica, a pior classe da ralé brasileira o grosso do sistema carcerário e dos processados. Destaca-se que é a própria instância político-jurídica a responsável pelo estado de coisas inconstitucional que se declara ser o sistema carcerário. Portanto, falar dos recursos será falar de como se chega a este problema e, ainda, tratar-se-á em capítulo próprio sobre a presunção de inocência para essa massa de gente tratada como se culpada fosse, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Quando se fala de recursos no processo penal, não se pode desvincular que se falará de recursos também para essa população, em especial a população carcerária e, ainda a que responde processo, principalmente aquela que é relegada a ser somente um corpo que quando não dócil deve ser submetido à prisão pela lógica excludente presente na sociedade brasileira.

1.2 DE QUE PROCESSO?

Antes de se estruturar o modelo de sistema recursal para o processo penal brasileiro, é indispensável que se pense de que processo penal se fala, de tal forma que é necessário estabelecer as bases epistemológicas de compreensão do processo penal para apontar os atuais

²⁷ SOUZA, Jessé. *Introdução*. In: SOUZA, Jessé. *A ralé*, op.cit., p. 23.

²⁸ *idem*.

²⁹ *ibidem*, p. 24.

vícios e as soluções para se adequar os recursos à Constituição e às Convenções Internacionais.

O primeiro dos problemas a ser enfrentado é a crise de paradigmas, que se apresenta quando se olha para a teoria unitária do processo, termo este que será utilizado para quando se estiver tratando da teoria geral do processo³⁰. A pseudounidade teórico-conceitual do direito processual penal ao direito processual civil ainda gera profundos problemas de compreensão do objeto sobre tais ramos da ciência.

Indispensável dizer que o direito processual é chamado pelas disciplinas de base da ciência do direito como um direito adjetivo. Adjetivo no sentido de que só vem acompanhado do direito substantivo, ou seja, na falta deste não existiria o outro.

De certo que chamar o direito processual penal de direito adjetivo coloca-o em situação de subserviência, objeto que será tratado a frente, mas, não se pode ignorar que o uso desta categorização diz mais de quem fala do que sobre o que se é falado.

Na dualidade entre o seu direito substantivo, o adjetivo, processual civil, versa sobre bens, na maioria, disponíveis. Não fosse só isso, é sempre pautado pela substitutividade e possibilidade das partes acordarem pelo fim do próprio processo. Enquanto o processo penal é via indispensável para a afirmação do seu direito substantivo, o penal. Adjetivo aí toma corpo isolado como substantivo, já que sem ele, nada há que se falar de direito penal aplicado ao caso penal.

Indispensável, pois, afirmar: não é possível explicar o direito processual penal a partir da teoria geral do processo.

É certo que, desde na década de oitenta, a desgastada teoria geral do processo recebeu suas principais críticas, o que torna impossível a manutenção da necessidade de subsumir o direito processual penal à teoria unitária de processo³¹.

³⁰ CÂNDIDO DINAMARCO vai afirmar, sobre a Teoria Geral do Processo, que “Não se trata de ‘massificar’ o direito processual, em suas manifestações jurisdicionais ou não, estatais ou não. À teoria geral do processo não passam despercebidas as diferenças existentes entre os diversos ramos, que são independentes a partir do ponto de inserção no tronco comum. Mas a seiva que vem do tronco é uma só, é o poder, a alimentar todos os ramos. Embora cada um deles tome a sua direção, nunca deixará de ser um ramo da árvore do processo. Nem pode afastar-se tanto que dê a impressão de isolar-se do sistema.” Em: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 73 E como se verá no capítulo, isso não se sustenta, já que são faces do poder que lida com esferas de liberdades distintas para o campo processual penal.

³¹ Ver, daqueles autores, principalmente: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989; TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Até mesmo no panorama italiano, a contestação à teoria geral do processo, proposta por Francesco Carnelutti (na obra *Lezioni di diritto processuale civile*, 1926), surge quase que imediatamente. Sobre o tema, ver FLORIAN, Eugenio. *Diritto processuale penale*. 3. ed. Torino: Editrice Torinese, 1939; MASSARI, Eduardo. *Lineamenti del processo penale italiano*. Napoli: Jovene, 1928.

Antes de se enfrentar pontualmente os vícios da teoria unitária, é preciso se discorrer sobre a noção de paradigma científico, já que é de ciência que se fala.

Para se tratar de paradigmas, e que se torne compreensível o debate para aqueles que precisam observar a questão paradigmática como central, utiliza-se da analogia trazida por NORBERTO BOBBIO³² ao tratar do positivismo jurídico, que a norma fundamental recebe este nome por se tratar do fundamento do Direito. O que pode parecer tautológico, na verdade diz muito sobre a estrutura do pensamento jurídico, este é o princípio unificador do sistema jurídico. Para se buscar o fundamento da norma fundamental, continua o autor, é preciso recorrer para fora do prédio onde se fundamenta a ciência do Direito, e recorrer a outros ramos do conhecimento, como sociologia, psicologia, etc.

De tal sorte que, para se compreender o rompimento paradigmático é necessário olhar para as ciências desde fora, para poder se compreender a crise paradigmática apresentada no olhar sobre a teoria unitária para os problemas que nunca serão resolvidos na ciência do direito processual penal, caso contrário, parecerão apenas ruídos ou inconsistências da ciência, quando, na verdade, se o pesquisador tomar outro paradigma como determinante, tudo poderá ficar claro.

Quem explica isso a partir do campo da filosofia é THOMAS KUHN³³ que diz sobre paradigma:

De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal.³⁴

Aquilo que os componentes de uma comunidade científica partilham e comunicam, sem que se dêem conta, é o que pode ser chamado de paradigma. É indispensável que ao se comunicarem esses membros do corpo científico partilhem de um paradigma em comum.³⁵ Ainda que o conhecimento científico não seja cumulativo nem contínuo, este se desenvolve de forma fragmentada, o que pode causar até mesmo ‘involuções’. Por isso mesmo não se trata da acumulação de conhecimento como uma suposta evolução, já que ocorrem rupturas e retrocessos na linha do tempo.

A quebra paradigmática é precedida por questões que são levantadas e não é possível se dar resposta a partir dos parâmetros teóricos-epistemológicos observáveis. Isto leva a uma

³² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 58 e ss.

³³ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

³⁴ *ibidem*, p. 218.

³⁵ *ibidem*, p. 219.

crise de paradigmas que torna indispensável a reflexão crítica sobre o padrão de pensamento da ciência.

Destaca-se que superar um paradigma não é algo suave, linear nem contínuo. Quem se baseia no novo paradigma observa novas questões e problemas que sob o paradigma ultrapassado faz crer ser algo irrelevante. Como se não fosse disso que se falasse, os recursos no processo penal podem parecer apenas um desenrolar da mesma base paradigmática dos recursos para o direito processual civil. E, portanto, pode fazer crer aos incautos ou àqueles presos a paradigmas ultrapassados algo sem relevância. O que ocorre é que os termos comunicacionais de um paradigma não são percebidos em outro pela comunidade científica que está presa ao paradigma anterior.

Pode-se entender paradigma como “uma constelação de concepções, valores, de percepções e de práticas compartilhadas por uma comunidade científica, que dá a forma a uma visão particular da realidade, a qual se constitui a base da maneira como a comunidade se organiza”³⁶.

Não sem destaque, as crises paradigmáticas são exemplificáveis a partir das ciências ditas exatas, nas quais houve a superação de um paradigma por outro, já que não era mais possível explicar determinado fenômeno se o cientista se mantivesse com a visão de mundo ditada pelo paradigma anterior.³⁷

Como aconteceu com GALILEO GALILEI³⁸, que foi obrigado a não propagar suas ideias a partir do novo paradigma do heliocentro até que o Papa, cravado no paradigma anterior, fosse substituído, o paradigma científico se mantém até que a comunidade científica, que detém o lugar da hegemonia discursiva, seja superado e, com isso, perca sua legitimidade.

Quando se aceita um paradigma novo, é necessário se rejeitar o anterior, o que abala o poder discursivo hegemônico até que a comunidade científica aceite o novo paradigma³⁹.

Quando o paradigma se protraí no tempo, mesmo que se não sustente racionalmente, mas apenas a partir de poder hegemônico, pode ocorrer uma paralisia de paradigma⁴⁰. A manutenção de um paradigma que explica apenas parte do fenômeno – como acontece com a

³⁶ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 25.

³⁷ Pode se exemplificar a crise paradigmática que tomou forma a partir de Copérnico, colocou em xeque o modelo tolomaico (de Tolomeu) pela física geocêntrica que gerou posteriormente o heliocentrismo que fez com que Galileu Galiei fosse perseguido como herége até a troca de Papa, à época.

³⁸ Folha Online. *João Paulo 2º pede desculpas pela Inquisição*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u73742.shtml>>, acesso em 18 de setembro de 2016.

³⁹ KUHN, Thomas. *op. cit.*

⁴⁰ LUDWIG, Celso Luiz. *Intervenções em aula do dia 10 de abril de 2014, ministrado no programa de mestrado e doutorado da UFPR*.

teoria unitária, já que talvez seja suficiente para explicar o direito processual civil e não dê conta dos problemas do direito processual penal – força esta paralisia de paradigma. É certo que a comunidade científica do direito processual penal já se destaca em volume dos que estão arraigados à teoria unitária⁴¹.

A mudança entre os paradigmas, em princípio, é lenta, ainda mais no que se refere sobre o discurso jurídico que, por essência, é conservador⁴². Por isso, é indispensável que se enfrente o caráter conservador presente em algumas esferas instituídas de poder e, com isso, renove-se o debate a partir dos diversos modelos explicativos dos fenômenos jurídicos.

Dirá ENRIQUE DUSSEL que: “as ciências humanas ou sociais críticas, então, convivem com as hegemônicas, podem refutá-las com explicações novas a partir de paradigmas novos, que podem mais tarde tornar-se funcionais”⁴³. Já que, conforme explicado inicialmente, é indispensável verificar as estruturas de dominação existentes e não se permitir que aquelas vítimas ignoradas sejam revitimizadas a partir de um discurso hegemônico que ignora a complexidade do objeto de estudo para que se não oprima o réu, a pessoa.

O monismo do direito processual residiria na unidade de jurisdição. Entretanto, o conceito de lide dado por Carnelutti é o eixo central para a teoria geral.

Como destaca MARCO AURÉLIO NUNES⁴⁴, a teoria unitária se funda no conceito de lide, conforme identifica o próprio autor, originariamente. Seria, pois, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita⁴⁵.

A própria compreensão de FRANCESCO CARNELUTTI⁴⁶ (nesse momento lastreada pela lide) não pode afirmar a teoria geral do processo sem utilizar o sustentáculo da própria lide para compreensão. O autor destaca que é a função do juiz civil como a do juiz penal decidir sobre a lide e todo o resto decorre desde este ponto de vista.

⁴¹ Sobre os problemas da teoria geral do processo e sua crise paradigmática para o processo penal foi tratado também em: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; PAULA, Leonardo Costa de. *Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teoria dualista e a cera de abelha*. In: Revista de Estudos Criminais, Ano XV, nº 62 2016, p. 79-102.

⁴² PRADO, Geraldo. *Sobre o debate: teoria unitária do processo vs. teoria geral do processo penal* [mensagem de e-mail enviada para o grupo de discussão sobre direito penal do Instituto dos Advogados do Brasil]. Mensagem recebida por <leocdp@gmail.com> em 14 de março de 2014.

⁴³ DUSSEL, Enrique D. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 455.

⁴⁴ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 32-39.

⁴⁵ Um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita para o autor (CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. reimpr. 1986. Pádua: Cedam, v. IV, 1926. p. 302).

⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sulla reformatio in pejus*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Pádua: Cedam, v. II, 1927, p. 183-184, cujo trecho se destaca: “La funzione essenziale del giudice è quella di decidere una lite. Per me questa è così la funzionedel giudice civile come del giudice penale”.

Os conceitos de lide e pretensão não dão conta da complexidade do processo penal, muito embora alguns autores nela se apeguem⁴⁷, já que são conceitos subjetivistas e se relacionam com a atuação das partes. Para o processo penal, na qual a jurisdição é indispensável, tal compreensão é inaplicável, o que também é identificado por MARCO AURÉLIO NUNES⁴⁸.

Depois de muitas críticas, FRANCESCO CARNELUTTI⁴⁹ desiste da idéia de lide como conceito teórico basilar, em 1940. PIERO CALAMANDREI⁵⁰, um dos objetivistas que se destacou, critica a identidade da lide para o processo penal e afirma:

na realidade o processo penal não tem o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado sobre a existência do fato e da medida da pena, sem que o processo perca a sua razão de ser onde esse desacordo seja amigavelmente composto entre os dois litigantes. (...) A verdade é que no processo penal, em geral, como no processo civil inquisitório, o conceito de lide não é utilizável como elemento distintivo da função jurisdicional, pela simples razão de que os interesses, à regulação dos quais é preordenada a intervenção do juiz, não são disponíveis àqueles que figuram como partes no processo.⁵¹

Portanto, a partir da obra *Lezione sul proceso penale*, 1946, FRANCESCO CARNELUTTI⁵² declarou seu erro em relação ao processo penal, o que aniquila a teoria geral do processo, mas que parece ter passado despercebido pelos adeptos brasileiros.

Por força desses e outros equívocos, alguns autores passaram a se apegar no termo adaptado, lide penal, que se aplicaria ao processo penal⁵³.

⁴⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 94 e ss.

⁴⁸ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *As condições da ação op. cit.*

⁴⁹ Sobre a renúncia ao conceito da lide é indispensável a compreensão do desenvolvimento trazido por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, onde se conclui pela imprestabilidade do conceito de lide para o processo penal. No tema, há de se destacar as intervenções de Piero Calamandrei, Giulio Paoli e Francesco Invrea.

⁵⁰ “Ser objetivista, em última análise, é construir uma estrutura de processo que ‘prescinde inteiramente de consideração dos escopos subjetivos das partes’.” Em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide... op. cit.*, p. 77).

⁵¹ CALAMANDREI, Piero. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Pádua: Cedam, 1930. p. 16-17: “Il processo penale, infatti, non ha scopo di rimuovere un disaccordo esistente tra accusatore ed accusato intorno all’esistenza del reato e alla misura della pena, sicchè il processo perda la sua ragion d’essere la dove questo disaccordo sia amichevolmente composto tra i due ‘litiganti’”; “La verità è che nel processo penale in genere, come nel processo civile inquisitorio, il concetto di lite non è utilizzabile come elemento distintivo della funzione giurisdizionale, per la semplice ragione che gli interessi, al regolamento dei quali à preordinato il necessario intervento del giudice, non sono disponibili da coloro che figurano come parti nel processo”.

⁵² CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*. 2. ed. Roma: Ateneo, 1949. p. 121-122: No trecho: “Circa il contenuto puramente penale del processo io mi sono sbagliato dunque così la prima volta, quando ho riconosciuto al processo penale carattere contenzioso come la seconda, quando ho modificato la mia opinione ritenendolo un tipo intermedio tra il processo contenzioso e il processo volontario”, que pode ser traduzido de forma livre como: “Acerca do conteúdo puramente penal do processo eu estava errado tanto na primeira vez, quando reconheci ao processo penal caráter contencioso, como na segunda o modificar minha opinião mantendo um tipo intermediário entre o processo contencioso e o processo voluntário”.

⁵³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide... op. cit.*, p. 13.

Destaca, ainda, MARCO AURÉLIO NUNES⁵⁴, que houve, então, a filtragem do termo por processualistas penais que estabeleceram a sua teoria a partir da compreensão de lide e, com isso, tentaram salvar parte da teoria com a modificação do termo chave para a teoria geral do processo. Destaca-se, pois, nesta toada, GIOVANNI LEONE, que passam a defini-la como:

(...) uma situação imanente de conflito entre direito punitivo do Estado e direito de liberdade (jurídica) do imputado; e uma situação contingente de relação entre o Ministério Público e o imputado, a qual pode reproduzir a primeira situação ou afastar-se totalmente. (...) Lide, no processo penal, não deve significar conflito de atividade, conflito aparente de interesses, ou seja, qualificado por uma pretensão e uma resistência; lide, ao contrário, no processo penal significa conflito *permanente e indisponível* de interesses e por isso mais vital, enquanto transcende cada reflexo particular e contingente.⁵⁵

Na tentativa de salvar o conceito de lide, agora aplicado ao processo penal, a jurisdição ganha a compreensão de ser o poder de resolver, por uma decisão fundamentada e em conformidade com a lei penal, o conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado.⁵⁶

Os autores que ancoram a compreensão do processo penal como derivado da teoria unitária, portanto, utilizam-se da identidade de que esta seria um “conflito imanente entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu”⁵⁷.

Apesar de que a adaptação do conceito de lide seja mais rebuscada, não é suficiente para dar conta da complexidade do processo, o que se verá a seguir. GIOVANNI LEONE explica:

O princípio da indisponibilidade do objeto do processo é pacificamente entendido como exclusão de qualquer poder das partes de influir com o próprio comportamento sobre a sorte seja da relação processual seja da relação substancial deduzida em juízo (...) O princípio da indisponibilidade no processo penal se desdobra em: A) O Ministério Público:

⁵⁴ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio, *As condições da ação... op.cit.*

⁵⁵ LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1952. p. 31-33 [Tradução livre de: “[...] una situazione immanente di conflitto tra diritto punitivo dello Stato e diritto di libertà (giuridica) dell'imputato; ed una situazione contingente di relazione tra pubblico ministero ed imputato, la quale può riprodurre la prima situazione oppure scostarsene del tutto”; “Lite, nel processo penale, non deve significare conflitto di attività, conflitto appariscante di interessi, cioè qualificato da una pretesa e da una resistenza; lite, invece, nel processo penale significa conflitto permanente e indisponibile d'interessi e perciò più vitale, in quanto transcende ogni riflesso particolare e contingente”].

⁵⁶ LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. 12. ed. Napoli: Jovene, 1988. p. 135.

⁵⁷ Para exemplificar basta: MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1965. p. 11-13; LACERDA, Galeno. Considerações sobre a reforma processual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 355, p. 13, maio 1975; TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. II, 1957. p. 295; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2006. p. 11; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 11-12; TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 51.

a) tem a obrigação de promover a ação penal, também no caso de reputada improcedência da *notitia criminis*.⁵⁸

Quando se fala de recurso é sobre o mesmo processo que se fala. Portanto, faz-se necessário compreender que lide penal é imprópria para explicar a complexidade deste tema. Há que se ter em mente que se o Ministério Público não recorrer de alguma decisão em que a jurisdição poderia dar uma resposta mais grave para ao réu, significa que o acusador abriu mão do seu dever de oferecer o recurso.

Significaria, pois, “dispor do conteúdo processo e [...] colocar o *jus puniendi* em uma situação de impotência”,⁵⁹. Mas os adaptadores do conceito de lide convergiram na identificação da lide apenas para o primeiro grau de jurisdição, para tentar escapar a tais críticas.⁶⁰

Ademais, a impropriedade do conceito de lide como um conflito imanente tem, para o caso brasileiro, um obstáculo intransponível, qual seja, o da indisponibilidade. De tal sorte que não é possível a adaptação⁶¹, já que nesses casos estaria vigendo o princípio da disponibilidade.

O conteúdo do processo é indispensável na elaboração da teoria para o direito processual penal. Tudo que se constrói para o processo penal se desenvolve a partir de tal conceito central. O desenvolvimento dos elementos da trilogia fundamental do direito processual penal – jurisdição, ação e processo – demanda que se perceba o conteúdo do processo. A *lide penal*, como demonstrado, é mera generalização que não explica o fenômeno processual penal, portanto, é necessário que se adote outra compreensão para o processo penal.

⁵⁸ LEONE, G. *Lineamenti...* op. cit., p. 29-30 [Tradução livre: “Il principio di indisponibilità dell’oggetto del processo va pacificamente inteso come esclusione di qualsiasi potere delle parti di influire col proprio comportamento sulla sorte sia del rapporto processuale sia del rapporto sostanziale dedotto in giudizio”]; [“Il principio di indisponibilità nel processo penale si snoda nel modo che segue: A) Il pubblico ministero: a) ha l’obbligo di promuovere l’azione penale, anche nel caso di reputata infondatezza della notitia criminis”].

⁵⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide...* op. cit., p. 131.

⁶⁰ BELLAVISTA, Girolamo. *Studi sul processo penale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, v. I, 1952. p. 12: “[...] poichè alla volontà dei soggetti non è riconosciuto alcun potere dispositivo (tranne che nel regime delle impugnazioni) [...]”; e LEONE, Giovanni. *Manuale...* op. cit., p. 89: “Ora, nel processo penale di primo grado si delinea due situazione diverse: una situazione immanente [...] ed una situazione contingente” [Tradução livre: “[...] uma vez que à vontade dos sujeitos não é reconhecido nenhum poder dispositivo (exceto no regime das impugnações) [...]”]; [“Agora, no processo penal de primeiro grau deliniam-se duas situações diversas: uma situação imanente [...] e uma situação contingente”].

⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide...* op. cit., p. 130.

Aqui se adota o conceito de caso penal tal qual tratado por JACINTO COUTINHO a partir das interseções de Franco Cordero, juntamente com as interseções de MARCO AURÉLIO NUNES⁶².

Quando se processa alguém, a situação de dúvida sobre a aplicação de prova a quem cometeu algum ilícito é submetida a um processo penal; dessa forma, é primado básico que a pessoa esteja diante de uma situação de dúvida, mas antes da admissibilidade da ação.

Após a acusação ser admitida, leva-se sob a forma de processo um estado de dúvida onde se verificará a possibilidade de aplicação de sanção penal⁶³. JACINTO COUTINHO, no Brasil esclarece:

entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. *Caso penal* cumpre o requisito a contento. Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e atua, até o acerto positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva⁶⁴

Ao se utilizar, portanto, de um termo trabalhado fora da identidade de uma teoria unitária e aplicada ao processo penal, não precisa existir compatibilização de conteúdo para explicar uma situação inaplicável ao processo penal, estabelecido para casos que com ele nada se relacionam, como leciona MARCO AURÉLIO NUNES⁶⁵. Com isso, foge-se da elasticidade dos conceitos que se costuma empregar quando se tenta salvar os termos estabelecidos para uma teoria unitária, aplicada a um caso que com ela não se mistura.

O esforço teórico para adaptar a ficção, que explica a realidade do processo penal (outra ficção em si) a partir da teoria elaborada para outro ramo do direito, torna os termos impróprios e inaplicáveis e inúteis. Acabam vertendo a própria linguagem com outros conceitos que das palavras não se extraem para dizer algo que as palavras nunca disseram, tudo pela tentativa frustrada de salvaguardar uma teoria que já nasceu morta.

Há um obstáculo intransponível para os adoradores da teoria unitária: não há pena sem processo. Isso importa na indefectibilidade da jurisdição penal. Daí por que a impropriedade de querer se utilizar palavras que não correspondem àquilo que se trata ao falar

⁶² NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. RJ: Lumen Juris, 2014, pp. 70-72

⁶³ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1966. p. 8. Dirá: “o processo penal serve para verificar se uma pessoa deve ser punida”, É indispensável, pois que a jurisdição seja o veículo necessário a essa verificação.

⁶⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide...* op. cit., p. 138.

⁶⁵ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação ... op.cit.*

de processo penal, termos subjetivos e privatistas que não têm aplicabilidade e não se adequam ao processo penal: pretensão, interesse, vontade, conflito, etc.

Na jurisdição penal, sujeita-se um indivíduo à possibilidade de perda do segundo bem mais importante na escala de direitos protegidos pelo Estado, qual seja, a liberdade. A jurisdição penal não tem qualquer similitude com a jurisdição civil que, em princípio, é quase sempre disponível, a despeito da jurisdição no processo penal ser quase prioritariamente indisponível.

No extremo oposto do processo penal está a realização do direito civil. Este, em regra, pode e deve ser realizado sem a necessidade de um processo. A lei civil estabelece o âmbito de normalidade dos indivíduos e, nesse contexto, o processo civil entra em cena somente quando há dissonância no curso normal da concretização do direito civil.

Valendo-se de uma metáfora – a pesca de repertórios dos “primos processualistas civis” pelos processualistas penais adeptos da teoria geral do processo – FRANCO CORDERO já definiu como de “atraso cultural”⁶⁶ a situação de um direito processual penal marcado pela transposição de conceitos esterilmente aplicados a contextos normativos distintos. A relevância desta crítica é apreensível nas marcas que os esforços seculares de construção de uma teoria geral do processo deixaram na teoria do direito processual penal, que, explicada pela linguagem própria do direito processual civil, trata como equivalentes seus institutos, destacado por MARCO AURÉLIO NUNES⁶⁷.

A doutrina brasileira participou destes esforços quando abraçou, mesmo com mais intensidade do que a própria doutrina italiana, a proposição de uma teoria geral que abarcasse todos os distintos ramos do processo⁶⁸. É evidente que este propósito foi bastante influenciado pela elaboração de Carnelutti, que, no início do século XX, havia erigido uma teoria geral do processo sobre o que entendia ser o conceito nuclear dos sistemas processuais: a lide. Foi, porém, a força da

⁶⁶ CORDERO, Franco. *Procedura...* op. cit., 1991, p. 377: “Sabemos quanto atraso cultural pesava sobre nossa matéria; alguns de seus adeptos pescavam no repertório de seus primos evoluídos (os processualistas civis), às vezes com a mão rude: e, sendo muito diferentes os respectivos mecanismos normativos, estes empréstimos estimulavam discursos esterilmente rebuscados” [Tradução livre: “*Sappiamo quale ritardo culturale pesasse sulla nostra materia; alcuni suoi adepti pescavano nel repertorio dei cugini evoluti (civilproceduristi), a mano talvolta rude: ed essendo molto diversi i rispettivi meccanismi normativi, quei prestiti stimolavano discorsi sterilmente contorti*”].

⁶⁷ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *Ação...* op.cit.

⁶⁸ José Frederico Marques é um dos nomes mais importantes, na doutrina brasileira, a sustentar a ideia de uma teoria geral do processo. O autor influenciou diversas gerações de processualistas no Brasil. Reflexo disso está na obra *Estudos de direito processual penal* (publicada em 1960), o qual reuniu vários artigos publicados desde o ano de 1953. Entre os artigos: “Teoria geral do processo: a unidade do processo – O processo penal dos Estados Democráticos” e “Direito processual: da unidade do processo – Aplicação de conceitos do processo civil no campo do processo penal” in: MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 9-14.

presença de Liebman na Universidade de São Paulo⁶⁹ que parece ter determinado o curso assumido pela doutrina processualista unitária no Brasil.

Não se nega que este contato foi profícuo para o processo civil brasileiro. Entretanto, a atitude de transferência de conceitos ao processo penal confirma o vaticínio de FRANCO CORDERO. E embora a questão pareça singela, as profundas diferenças entre estas realidades é verificável em alguns dos pontos mais sensíveis da teoria do direito processual. A admissibilidade da inicial, por exemplo, possui requisitos que não podem ser os mesmos para o processo penal e para o processo civil. Se o direito penal não pode ser realizado fora do processo, um *interesse de agir* fundado pela instrumentalidade própria do processo civil – assente sobre a necessidade do indivíduo realizar seu direito através do processo – é inútil ao processo penal e não serve como freio ao abuso no exercício da ação processual penal⁷⁰. O escopo da provocação da jurisdição é distinto nos dois casos.

Nas últimas três décadas, é verdade, foram produzidos tensionamentos no discurso hegemônico da teoria unitária, fundamentalmente a partir da crítica que JACINTO COUTINHO⁷¹ e LAURIA TUCCI⁷², cada um a seu tempo e sob distintas premissas, promoveram ao questionar o conteúdo e a função do processo penal, colonizado pelo processo civil sob a linguagem da teoria unitária do processo. O resultado das tensões entre dois modelos teóricos distintos para o processo penal parece ter se reduzido à dicotomia entre as teorias unitárias e dualistas, ocasionalmente revisitada. E ainda que o pensamento italiano, fonte daquelas primeiras ideias brasileiras, tenha avançado no plano teórico – com repercussões no âmbito normativo – para o processo penal ecoaram “tão somente os resultados parciais do muito que se discute na península”⁷³.

⁶⁹ MARQUES, José Frederico. *O direito processual em São Paulo*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 74-75: “Foi ele o ‘mestre’ da Escola Processual de São Paulo, e como tal seu grande guia e orientador. É, por isso, que não se pode falar nessa escola e no desenvolvimento dos estudos processuais em São Paulo, na atualidade, sem mencionar, com letras de ouro, o nome ilustre dessa grande figura que tanto tem enriquecido a literatura jurídica, no campo do Direito Processual Civil. [...]. Embora nascido em outras plagas, ele pertence também ao patrimônio cultural da ciência jurídica de nossa terra, onde a legião de seus discípulos sempre aumenta em número e se amplia e se multiplica, na admiração e devotamento que nunca lhe deixaram de tributar”.

⁷⁰ Tais críticas fora aprofundadas por NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; igualmente em NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *Ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

⁷² TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria geral do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: RT, 2002.

⁷³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide... op. cit.*, p. 115.

Se, como adverte GERALDO PRADO⁷⁴, os debates, lá ou aqui, resumem-se à disputa entre “escolas” sobre a “melhor teoria” – sob modelos de ciência positivistas, de validade universal –, certamente há resultados pragmáticos, mas pouco se caminha no sentido de determinar a função do processo penal. O produto, adverte aquele professor, é a pretensão de uma “teoria da linguagem processual” que tem repercussões políticas concretas, mormente quando está em jogo a compatibilização do sistema acusatório imposto pela Constituição de 1988 com a legislação processual penal brasileira.

Com isto, quer-se afirmar que é preciso reconhecer a inadequação da teoria unitária às funções que um processo penal “alforriado”⁷⁵, dono de suas próprias roupas, pode ter. Daí ser especialmente relevante ter em conta a dinâmica das mudanças paradigmáticas, as rupturas e transições sobre esse conjunto de crenças, valores partilhados pelas comunidades científicas, a que THOMAS KUHN⁷⁶ chamou de paradigma. Determinados argumentos, postos no debate entre “unitários” e “dualistas”, também confirmam a perspectiva da colonização da linguagem ou como as crises paradigmáticas são (ou não) percebidas e preenchidas pela ressurreição do avanço dos discursos unificadores no plano linguístico, obstaculizando o desenvolvimento da teoria do processo penal, com repercussões políticas sobre os sistemas processuais.

Esta é, a propósito, uma reflexão que a análise crítica do discurso proporciona, em especial pela contribuição de NORMAN FAIRCLOUGH, destacado por MARCO AURÉLIO NUNES⁷⁷, que sinaliza para a oportunidade do uso da colonização e hibridização discursiva para se entender o problema da sobreposição da teoria do processo civil no processo penal: “Fairclough demonstra como certas ordens de discursos (uso da linguagem concebido como prática social), por serem hegemônicas, tendem a invadir e a se alastrar, a se hibridizar com outros discursos, porém com prevalência sobre eles”⁷⁸.

Segundo NORMAN FAIRCLOUGH, “há uma hegemonia relativamente estável, as possibilidades de criatividade são provavelmente fortemente restritas”⁷⁹. Ou seja, o modelo

⁷⁴ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sobre o debate: teoria unitária do processo vs. teoria geral do processo penal*. Disponível em <<http://blogcienciaspenais.blogspot.com.br/2014/03/teoria-unitaria-do-processo-x-teoria.html>>, acesso em 30 de outubro de 2016.

⁷⁵ A expressão é empregada por COUTINHO, Jacinto. Nelson de Miranda. *A lide...*, *op. cit.* p. 117, para se referir à separação entre direito material e processual, mas pode ser revisitada para significar a distinção entre o direito processual penal de seus “primos”.

⁷⁶ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 218-219

⁷⁷ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. RJ: Lumen Juris, 2014, pp. 73-74.

⁷⁸ KUHN, Thomas. *op. cit.*

⁷⁹ FAIRCLOUGH, Norman. *A análise crítica do discurso e a mercantilização do discurso público: as universidades*. In: MAGALHÃES, Célia M. (Org.). *Reflexões sobre a análise crítica do discurso*. Belo Horizonte: UFMG, 2001. p. 31 e ss.

linguístico em vigor acaba por limitar o desenvolvimento de outras formas de pensar que, de qualquer maneira, não sejam compatíveis com suas premissas.

A sobrevivência da lide – cunhada no seio do processo civil – como conteúdo do processo penal é um símbolo de um dos pontos em que a linguagem se projeta como persistência, como a metáfora do “leito de Procusto”⁸⁰ – este personagem da mitologia grega cuja cama com o tamanho exato de seu corpo cortava as extremidades ou esticava os corpos dos viajantes que a ela não se adequassem. Se Procusto possuía, secretamente, duas camas e o viajante com seu tamanho era levado à cama oculta, a doutrina brasileira se vale de outros contornos para ajustar o processo penal a seus conteúdos teóricos, que, embora aparentemente impróprios, podem reestabelecer as velhas roupas dessa *Cenerentola*⁸¹.

Nessa já conhecida reflexão de Carnelutti, o processo penal é a Cinderela, subserviente às irmãs – o processo civil e o direito penal – e desprovida de suas próprias roupas. A resistência às rupturas da hegemonia unitária significa, não obstante a crise paradigmática, o apego a um modelo que sufocou o desenvolvimento da teoria do direito processual penal sob o discurso teórico – as roupagens discursivas – do processo civil e que se manifesta na colonização linguística. A contraposição promovida pelas rupturas deste pensamento no Brasil não deve ser entendida sob a velha lógica positivista de disputa da “ciência correta”, senão como emergência de um esforço de compreensão do processo penal por suas próprias características, livres das vinculações de linguagem a outros ramos do direito processual.

Afinal, a realidade do exercício de poder, aqui, é decisiva não só na determinação do conteúdo do processo – o caso penal – como repercute no desenvolvimento dos seus institutos. O surgimento da teoria geral do processo no Brasil tem seu lugar na formação de um discurso científico e isto as rupturas não negam. O que pretendem é superar a paralisia que afasta o processo penal da compreensão de suas funções sob o marco constitucional, acusatório, etc. A teoria unitária do processo, ou uma teoria geral da linguagem processual é

⁸⁰ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre a política e Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 34. O termo leito ainda parece bem adequado, já que até mesmo os defensores da teoria geral do processo se utilizam dele, com a palavra CÂNDIDO DINAMARCO: “Ela não pretende unificar soluções, mas o raciocínio. Os grandes princípios, as grandes garantias, os grandes conceitos, os grandes esquemas lógicos são comuns. Servem como leito lógico disciplinador do raciocínio do processualista. E este, sabendo que são somente três as condições da ação, procura e consegue enquadrar numa delas o título executivo, como condiçãoda ação executiva; conhecendo a teoria da coisa julgada e sua rescindibilidade, é capaz de perceber a maior rescindibilidade da sentença penal condenatória e nenhuma da absolutória (sem renunciar, seja nocível ou no crime, a todo o contexto da coisa julgada, seus limites objetivos, pressupostos para sua configuração, distinção entre ela e sua própria eficácia preclusiva etc.)” DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.* P. 74 e 75.

⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1950. p. 15-21.

afirmação hegemônica que acaba por negar a possibilidade de formas alternativas de pensamento.

Somente pelo aprofundamento do debate – que tomou outros caminhos na matriz europeia – levando em conta o contexto brasileiro, é que se poderia colocar em questão a possibilidade de uma teoria geral. Antes disso, a teoria geral do processo é dogma, profissão de fé.

O uso de uma teoria geral sem uma teoria do processo penal amarra, ao paradigma em crise, a compreensão do seu conteúdo e dos seus institutos. O que se tem é, programaticamente, a negação da vida para o ser vivente, pela suplantação do indivíduo sob a lógica da totalidade⁸². O desenvolvimento da ciência processual penal pode surgir, então, como barreira a esta negação consubstanciada na totalidade que cega o que, no processo penal, destaca-se do geral e é inconciliável com o que se apresenta em outras disciplinas.

Duas manifestações relativamente recentes são interessantes à abordagem do “conflito” e do panorama da discussão. Uma retomada deste embate surgiu a partir de um artigo⁸³ que recebeu a crítica de dois importantes processualistas, que contribuíram decisivamente para a construção da história do pensamento sobre o processo penal no Brasil. À fundamentação da separação imprescindível entre a teoria do processo penal e a teoria do processo civil, sustentada por AURY LOPES JR., AFRÂNIO JARDIM⁸⁴ e ADA GRINOVER⁸⁵ responderam reafirmando a teoria geral do processo, em torno de alguns dos institutos que com maior sensibilidade manifestam a aproximação/afastamento entre as disciplinas – conforme a perspectiva adotada⁸⁶.

⁸² Tal raciocínio está estabelecido em LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 175.

⁸³ LOPES JR., Aury. *Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal*. Publicado em 27 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 26 ago. 2014. Muito embora o autor critique a teoria unitária do processo, sustenta que o objeto do processo penal seria uma pretensão acusatória. (LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 49) em que o Ministério Público exerceria pretensão acusatória. A mesma, se existe, se encerraria no momento do recebimento da denúncia. Desta forma, aqui ainda se sustenta a compreensão de COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo*. *op.cit.* em que o objeto do processo é, sim, o caso penal, já que pretensão é palavra imprópria ao processo penal já que denota desejo, vontade, o que não importa para o processo penal em si.

⁸⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Não crêem na teoria geral do processo, mas ela existe*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O comentário*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

⁸⁶ Sobre este tema, indispensável também as críticas realizadas por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PILATI, Aline Guidalli. *Aury: avise para não mexer tanto no samba*. In: KHALED JR., Salah. *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.*, Florianópolis: Emporio do Direito, 2015, p. 321 a 331 e também MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à teoria geral do processo*. Florianópolis: Emporio do Direito, 2015, p. 16 e seguintes.

Enquanto ADA GRINOVER afirma que a “disputa” fortalece a teoria geral, AFRÂNIO JARDIM (ambos referenciados acima) sustenta que a profusão de obras sobre o tema é, pelo menos, indicativa de sua relevância. Parece evidente, no entanto, que há uma história da teoria geral do processo e uma história de sua incorporação pelo pensamento brasileiro, que não pode ser ignorada. É claro que a presença hegemônica e o descompasso que o desenvolvimento da teoria do processo teve no Brasil em relação às matrizes italianas reforça o sentido de um paradigma paralisado, enquanto conjunto de crenças partilhadas por um corpo de intelectuais reunidos num campo científico. Deixa, igualmente, uma herança ainda sentida, por exemplo, nos programas dos cursos de Direito em nosso país. A questão que se coloca está no nível das projeções políticas e discursivas que esse paradigma, tensionado pela crítica, sofreu.

A profusão a que AFRÂNIO JARDIM⁸⁷ se refere confirma, entretanto, que há uma linguagem hegemônica que floresceu na constituição da chamada Escola Processual de São Paulo e se projetou nos currículos acadêmicos⁸⁸ e em parte das reformas processuais que pretenderam compatibilizar a referência legislativa do Código de 1941 com a Constituição brasileira de 1988.

Como o incremento das perspectivas dualistas é recente e foi, por algum tempo, incipiente, também parece claro que há uma pressão sobre o paradigma vigente, que emana do processo civil. Sinaliza, por outro lado, aquela colonização discursiva e os esforços de resistência a esta imposição⁸⁹.

Uma direção para a qual caminhou o debate, no entanto, aponta para a questão da necessidade da estrutura teórica unitária de processo, que está no cerne da contenda entre processo civil e processo penal. Segundo AFRÂNIO JARDIM:

Assim, o fato de não se poder aplicar a pena senão através do processo penal não o distingue tanto do processo civil e do trabalho. Também só posso recuperar a minha propriedade através do processo, já que é vedado o exercício arbitrário das próprias razões, apenas para dar um exemplo dentre tantos. A diferença que pode haver é a existência do princípio dispositivo. Entretanto, ele existe na ação penal de iniciativa privada e é mitigado na ação civil pública [...].⁹⁰

⁸⁷ JARDIM, Afrânio Silva. *Não crêem. op.cit.*

⁸⁸ Na Região Sudeste, mas não apenas, praticamente todos os cursos de Direito têm a disciplina Teoria Geral do Processo e, não por coincidência, adotam o livro GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Destaca-se que o livro já alcançou a trigésima edição.

⁸⁹ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 70 e ss.

⁹⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Não crêem. op.cit.*

Ignora o autor, então, o Código Civil diga, em seu art. 1.210, que dita: “o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”. O centro da distinção está na impossibilidade de realização do direito penal material fora da estrutura do processo penal, enquanto, no direito civil, o direito é estruturado para ser realizado fora do processo, que só existe quando há uma “luta jurídica” que caracteriza a lide.

Como MARCO AURÉLIO NUNES⁹¹ destaca, acontece a mesma coisa em relação às condições da ação penal, quando se ignora o fato de que as condições da ação devem servir como filtro, obstáculo à provocação da jurisdição insuficiente em seus fundamentos. O juízo de admissibilidade da acusação só tem sentido se for capaz de separar a acusação fundada da infundada. A acusação infundada, porém, nem sempre é uma situação extrema e totalmente desprovida de sentido. A injustiça, a ilegalidade e a inconstitucionalidade não estão apenas no extremo.

Possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir pertencem a uma linguagem própria do direito processual civil. Seu transporte para o processo penal, cuja realidade é absolutamente distinta, caracteriza a colonização discursiva. Em casos limite esse empréstimo ocorre, mas o juízo de admissibilidade da acusação merece a análise de condições erigidas com fundamentos próprios para o processo penal. Em regra, as condições da ação do processo civil não se adéquam à acusação, que está diretamente ligada ao conteúdo do processo penal, diferentemente do que ocorre nas excepcionalidades do *habeas corpus* ou na revisão criminal. Nestes casos, a forma está presa ao direito a ser dito e necessariamente deverá passar pela jurisdição, enquanto no processo civil, em resposta aos bens jurídicos lá tutelados, pode-se abrir mão da forma. Tais instrumentos são, em verdade, reações diretas ao exercício de poder punitivo e estão a ele ligados.

Diferentemente do que ocorre no processo civil, no processo penal responde-se a uma questão irresolúvel fora do processo (ainda que se fale de medidas cautelares). O cidadão sempre está submetido a um poder exercitado pelo Estado, fato que impõe a jurisdição.

É a crença de que um paradigma que luta para sobreviver será reforçado pelo debate. Não é isso que a história mostrou: sempre quando em choque um paradigma, é possível perceber a sobrevivência dessas teorias, por insistência. Todavia, quando se torna evidente que

⁹¹ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 111 e ss.

não mais dão conta da complexidade da realidade, os cientistas devem tratar de se amoldar aos novos paradigmas.

Quando se afirma que a teoria geral do processo tem uma história no Brasil e que há uma crise paradigmática em torno desta teoria, aponta-se para a necessidade de reconstruir, por meio da crítica, o caminho de sua ascensão e a repercussão política da adesão a ela sobre nosso sistema processual. Se um paradigma é partilhado por um campo científico, não é irrelevante que o pensamento produzido com base neste paradigma se encontre nos modelos que, nas últimas décadas, protagonizaram o ambiente de reforma do processo penal brasileiro. Daí é que, tendo em conta a perspectiva de um processo penal com suas próprias “roupas teóricas”, é possível empreender a crítica a um sistema com base no tensionamento da teoria geral.

O Direito processual no Brasil incorporou, em larga medida, as ideias produzidas na Itália, embora não tenha acompanhado, no decorrer do século XX, o debate que lá se seguiu. Na Europa, a mudança desse conjunto de ideias partilhadas repercutiu, em primeiro lugar, na Universidade e, depois, nos ciclos de reforma da legislação processual. Em nosso contexto, o caminho seguido pela disciplina foi distinto, em boa parte graças à formação da Escola de São Paulo. Dada a penetração que a teoria teve, soa natural que a maior parte das reformas do Código de Processo Penal de 1941 tivesse como protagonistas autores que partilhavam – e partilham – deste paradigma. Cabe questionar, então, com base na elaboração teórica das últimas décadas, se o caminho das reformas e a influência do marco da teoria geral permite a realização do projeto constitucional, aproximando o sistema processual do modelo acusatório.

Fato é que, por aqui, o período em que Liebman lecionou no Largo de São Francisco repercutiu mais do que as posições que o próprio adotou após seu retorno à Itália e mais ainda do que o debate sobre a adequação da aplicação de um conceito essencial à teoria geral, como o da lide, ao processo penal. Na Itália, a centralidade da lide como núcleo do processo – segundo a primeira proposição de Carnelutti – já era objeto de discussão entre os processualistas, quando Liebman desembarcou no Brasil. PIERO CALAMANDREI foi um dos primeiros responsáveis pela crítica à lide como conteúdo do processo⁹², seguido posteriormente, sob perspectivas distintas, por Giulio Paoli e Francesco Invrea. Nas polêmicas, réplicas e tréplicas entre os processualistas italianos, o próprio Carnelutti passou a

⁹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide... op. cit.*, p. 39-46.

rever suas ideias e a “caminhar para sua negação”⁹³, questionando a aplicabilidade do conceito “lide” ao processo penal⁹⁴.

JACINTO COUTINHO⁹⁵ demonstra como houve certa apropriação do conceito de lide pelos processualistas penais que o utilizaram num sentido que não pertencia àquela formulação inicial carneluttiana – conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita⁹⁶. Embora o próprio FRANCESCO CARNELUTTI tenha modificado seu conceito central, chegando à alteração de suas estruturas a partir da reflexão sobre o processo penal. Se essa apropriação ocorreu no contexto italiano, fortemente influenciado pelo debate sobre o conteúdo do processo e a legitimidade da lide como seu núcleo, na realidade brasileira, com maior força, “a lide que passa ao processo penal não é aquela de FRANCESCO CARNELUTTI. Afinal, quando a mesma vem a ser apresentada ao país, o autor já havia mudado de posição”⁹⁷.

Assim é que as bases teóricas de muitos dos principais processualistas brasileiros foram construídas a partir do pensamento que Liebman havia edificado para o processo civil, no qual a lide estava inserida, e que não acompanhava a discussão italiana. Dentre estes autores, destacam-se José Frederico Marques, Candido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, tendo sido esta última uma das mais destacadas protagonistas nos movimentos de reforma do processo penal brasileiro, no período pós-Constituição de 1988. Para esta autora, a lide, forjada pelo processo civil, seria própria do Direito Processual e, de tal forma, definida naquelas bases do “conflito de interesses resistido pela outra parte”⁹⁸, sendo a lide penal desenvolvida entre o Estado na pretensão punitiva e o acusado ou suspeito na pretensão de resistência.⁹⁹

Porém, uma das elaborações com maior impacto sobre o processo penal italiano – que guarda alguma semelhança com o que se passou no Brasil pela relação entre as teorias unitárias e os movimentos de reforma do processo penal – foi aquela desenvolvida por GIOVANNI LEONE¹⁰⁰, que, reafirmando o conflito de interesses, definia a lide no processo

⁹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide... op. cit.*, p. 75.

⁹⁴ *idem.*

⁹⁵ *ibidem*, p. 80-81.

⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Pádua: CEDAM, 1926, reimpressão 1986, v. IV, p. 302.

⁹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide... op. cit.*, p. 121.

⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Palestra intitulada *Revistando a Teoria Geral do Processo*, ministrada na PUC-Rio, no dia 05 de março de 2015.

⁹⁹ *idem.*

¹⁰⁰ LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2 ed., Napoli: Jovene, 1952, p. 31.

penal como uma situação de conflito imanente entre direito punitivo do Estado e direito de liberdade do imputado e contingente entre Ministério Público e imputado.

O pensamento de Leone guarda alguma semelhança com o embasamento da Comissão Ada Pellegrini Grinover, não só na definição da lide penal como conteúdo do processo, mas também em função da visão que se tinha sobre a possibilidade de alteração do Código Rocco italiano e do Código brasileiro de 1941, salvando-os mediante ajustes e alterações. Por trás está a forte influência de uma teoria unitária do processo.

Deve-se ter em mente as palavras de MARCO AURÉLIO NUNES:

deve- reconhecer a autonomia do direito processual penal ao direito penal e ao direito processual civil, neste último caso, no sentido da negação a uma teoria geral (unitária) do processo, em face dos diferentes postulados.
Sem dúvida, (...) tem importância imediata para a proposta de elaboração científica do processo penal a partir de uma episteme própria que leve em conta suas próprias características e não procure, a martelo, impor a estrutura científica processual civil, que não é a sua. A consequência de não o fazer é seguir sofrendo com a falta de enfoques teóricos autônomos, focados nos fenômenos processuais penais, situação que tanto prejudica o desenvolvimento científico da disciplina.¹⁰¹

Exatamente as mesmas conclusões se tem no atual tópico. Não se pode, no estágio atual da ciência do processo penal, os atores científicos ficarem arraigados a uma produção não autônoma de conhecimento. Essa é a base do trabalho doutoral.

O que leva a se discutir, adiante, o papel dos sistemas processuais penais e de qual sistema processual penal se é possível falar a partir da Constituição de 1988.

1.3 DE QUE SISTEMA PROCESSUAL PENAL?

MARCO MILETTI¹⁰² destaca que não há mais grandes perspectivas para a teoria geral do processo na Itália, onde a cátedra de processo penal se consagrou nos anos 1950¹⁰³ e os manuais de processo penal se direcionaram no sentido da nova Constituição. No Brasil, há persistência, embora nosso direito processual esteja umbilicalmente ligado ao italiano, seja no plano teórico, seja na força da influência do Código Rocco sobre o Código de 1941.

É verdade que, na Itália – cuja revisão normativa do processo penal pode ser dividida em distintos ciclos, que serão analisados em seguida – as tentativas de ajustes do Código

¹⁰¹ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *Um breve ensaio sobre os pressupostos epistemológicos ao discurso científico do direito processual penal*. In: BONATO, Gilson. *Processo penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 601.

¹⁰² MILETTI, Marco Nicola. *Um vestito per cenerentola. L'identità del diritto processuale penale all'alba della repubblica*. In: NEGRI, Daniele e PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia Repubblicana*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 383-385.

¹⁰³ MILETTI, Marco Nicola. *op. cit.*, p. 371.

Rocco retardaram a produção de um código eminentemente republicano que pudesse se enquadrar a uma Constituição com esta roupagem. No Brasil, o mesmo ocorreu depois da redemocratização. Em 2000 foi criada uma comissão destinada a promover alterações em nosso Código para dar alguma aparência acusatória ao nosso processo penal. O resultado, contudo, foi a postergação do princípio inquisitivo no Código de Processo Penal.

Assim é que a teoria geral do processo e a incompleta visão sobre sistema acusatório e sistema inquisitivo acabaram por se abraçar no desenho do processo penal brasileiro, com todas as suas mazelas.

Nos dez anos de vigência do Código de Processo Penal italiano de 1930, VINCENZO MANZINI¹⁰⁴, um de seus insuspeitos comentadores, pode avaliar com autoridade o alcance dos resultados prometidos pela codificação. Destacava, para tanto, a simplificação dos procedimentos, o reforço do princípio da autoridade, a eliminação de formalidades e a prevalência da substância sobre a forma. É bem verdade que “ninguém duvida que o advogado de Mussolini (...) *camicia nera* desde sempre, foi quem escreveu o projeto do Codice com a cara do regime”¹⁰⁵, mas, apesar do relativo descompasso no plano da discussão teórica entre processualistas italianos e brasileiros, os comentários de Manzini não são tão distantes da exposição de motivos elaborada pelo Ministro Francisco Campos, que apresentava o Código brasileiro de 1941, ainda vigente:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus (...) um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade (...) O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.¹⁰⁶

Na Itália, Manzini creditava o sucesso do Código ao senso comum político que conduziu uma reforma adequada ao espírito do estado fascista¹⁰⁷. Boa parte do estudo está pautado na própria comparação entre o vestido da Cinderela e a aurora da República, traçado por MARCO MILETTI¹⁰⁸. No Brasil, a inspiração italiana é um elemento importante para se entender por que, feitas as devidas ressalvas sobre os respectivos contextos históricos, o Código de 1941 sobreviveu incólume aos regimes que se sucederam entre 1941 a 1945 e, após

¹⁰⁴ Acerca dos dez anos de Processo Penal Italiano, Vincenzo Manzini, citado por: MILETTI, Marco Nicola. *op.cit.*, p. 363.

¹⁰⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 175, jun. 2007, p. 11

¹⁰⁶ CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*.

¹⁰⁷ MILETTI, Marco Nicola. *op. cit.*, p. 363.

¹⁰⁸ *idem*.

curto lapso de democracia, de 1964 a 1988, adequando-se ao “senso comum político” desses períodos. De fato, nosso Código de Processo Penal só se tornou dissonante após a redemocratização do país, sob a égide da nova Constituição.

Este Código, que luta para sobreviver, começou a passar por uma crise de identidade sob o novo marco constitucional, em 1988. Nesse contexto, as reformas parciais parecem – ao menos por suas intenções – falsear a percepção sobre a natureza inquisitiva do Código e as alterações de 2008 se inserem nessa lógica, ainda que tenham ocorrido com 20 anos de vigência da Constituição.

Na Itália de Manzini, o Código de 1930 sofreu forte ataque em 1945, no pós-guerra. MARCO MILETTI¹⁰⁹ observa que a discussão instaurada girava em torno da possibilidade de retornada dos códigos anteriores, de 1889 e 1913; da elaboração de uma nova codificação; e da reforma do *Codice Rocco*, com a modificação do que se considerava incompatível com o regime democrático.

De plano, a possibilidade de “represtinação” dos Códigos anteriores foi descartada, por ser entendida como um passo atrás, um verdadeiro retrocesso. Giovanni Leone, adepto da teoria geral, já havia defendido, em 1944, a filtragem do Código de 30, para “limpá-lo” das influências do regime fascista. Para tanto, sustentava que, à exceção de certos pontos de menor importância, o *Codice* seria compatível com um novo regime de democracia e liberdade¹¹⁰. Neste esforço de “compatibilização”, Leone capitaneou as iniciativas de estudos para a limpeza do Código de 30, durante o Congresso Nacional jurídico-forense de Firenze, em 1947. A partir daí se traçaram as rotas das alterações do processo penal italiano das décadas de 50 e 60.

RENZO ORLANDI¹¹¹ divide os movimentos de alteração do processo penal italiano a partir da distinção entre três ciclos temporalmente demarcados. O primeiro, entre 1944 a 1961, no pós-guerra; o segundo, entre 1961 a 1988; e o terceiro marca o período posterior a 1989. No primeiro caso, os anos seguidos ao fim da segunda guerra foram, evidentemente, tormentosos e de recuperação da catástrofe pela qual não só Itália, mas toda Europa havia passado.

¹⁰⁹ MILETTI, Marco Nicola. *op. cit.*, p. 365.

¹¹⁰ LEONE, Giovanni. *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*. In Prolusione AL curso ufficiale di procedura penale nell'Università di Napoli, em 16 de janeiro de 1948, in Riv. It. Dir. pen.. p. 33-62. apud MILETTI, Marco Nicola. *op. cit.*, p. 368.

¹¹¹ ORLANDI, Renzo. *Diritti individuali e processo penal nell'Italia repubblicana*. In NEGRI, Daniele e PIFFERI, Michele. *L'inconscio inquisitorio*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 54.

Com as devidas ressalvas históricas, o sentido de recuperação e reestruturação pode encontrar alguma semelhança com o que o Brasil viveu após o fim do regime militar – mesmo após quase três décadas – o que está refletido sobre o escopo jurisdicional, que não experimentou uma transição substancial. A repercussão, na academia, também não foi sonora. Este ciclo brasileiro poderia compreender o período entre 1988 e 2008, se comparado àquela divisão feita por RENZO ORLANDI¹¹². Isto porque, em 2000, foi instituída a comissão ADA GRINOVER¹¹³, encarregada de apresentar proposta de reformas do Código de Processo Penal de 1941, à semelhança da empreitada de Leone. Há similitude, fundamentalmente, na defesa do fato de que seria suficiente a mera retirada dos vícios que fixavam a incompatibilidade do Código vigente, nos dois contextos, com os novos marcos republicanos. A citada comissão foi presidida por Ada Pellegrini Grinover, também presidente de honra do Instituto de Brasileiro de Direito Processual por sua indiscutível contribuição à ciência do processo, falecida em 2017.

Em 2009, contudo, o Senado Federal instituiu uma nova comissão de juristas destinada a elaborar projeto de novo Código de Processo Penal, substituindo o Código de 41. Esta proposta de substituição foi corporificada pelo PLS 156/2009¹¹⁴. A Itália assistiu a este processo de projetos de substituição no ciclo que vai de 1962 a 1988, quando se discutia a adoção de um novo Código de Processo Penal que por fim deu origem ao Código Vassali¹¹⁵. Não é absurdo se pensar que, no contexto brasileiro, ainda não tenhamos superado esta fase, diante da sobrevivência do Código de 41, a despeito da iniciativa de discutir uma nova codificação adequada à Constituição.

De 1962 a 1989, a Itália havia experimentado um *boom* econômico¹¹⁶, período no qual superou o modelo antigo, “dominado indubitavelmente pela figura de Giovanni Leone”¹¹⁷, no sentido de um processo adversarial compatível com a Constituição Italiana de 1947¹¹⁸. Na realidade brasileira, o período anterior foi protagonizado pela então escola paulista de processo, capitaneada por ADA GRINOVER, voz da teoria geral do processo, representada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, no qual “assumiu a liderança

¹¹² ORLANDI, Renzo. *Diritti individuali e processo penal... op.cit.*, p. 54.

¹¹³ A referida Comissão é citada textualmente no parecer de CASAGRANDE, Renato. *Da comissão temporária de estudo da reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: SENADO FEDERAL, 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=71657>>, acesso em 05 de março de 2015.

¹¹⁴ Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>, acesso em 08 de março de 2015.

¹¹⁵ Sobre este Código, importante obra é CARDONA, Martín Eduardo Botero. *El sistema procesal acusatorio: el justo proceso (estructura y funcionamiento prospectiva de Italia para América Latina)*. Perú: Ara Editores, 2009.

¹¹⁶ ORLANDI, Renzo. *Diritti individuali e processo penal... op. cit.*, p. 55.

¹¹⁷ *idem*.

¹¹⁸ *ibidem*, p. 56.

operacional do Instituto renovado”¹¹⁹. Assim é que, a partir de 2008, o estabelecimento da comissão encarregada de elaborar novo Código de Processo Penal pode ser lido como a iniciativa de adequação à Constituição de 1988, que se não concretizará sem que o legislativo adote a solução, superando a codificação inspirada no Código Rocco.

A comparação entre os ciclos de reforma e modificação do processo italiano e brasileiro – acompanhada da reflexão sobre a relevância política da afirmação e crítica da teoria unitária no âmbito do pensamento produzido no campo¹²⁰ do processo penal – não é descompromissada. Serve, sobretudo, para se pensar saídas em direção a um processo acusatório, adequado à Constituição.

Se, como aponta JACINTO COUTINHO¹²¹, o Código de Processo Penal brasileiro é uma cópia mal feita do Código de Rocco, é importante compreender como a busca da prova e os ritos se assemelham nestes dois marcos legais.

O Código de Rocco previa, a partir de seu artigo 295, dentre as atividades dos sujeitos processuais, que caberia ao juiz instrutor dar cumprimento rápido a todos os atos da instrução necessários à comprovação de verdade, sendo a ele facultada a oitiva do denunciante, querelante ou ofendido, em contraditório com o réu (art. 300)¹²².

As perguntas eram feitas pelo juiz, que ouvia as respostas e as ditava, sendo excepcional que a parte diretamente o fizesse (art. 302). Também é interessante observar que era apenas facultado ao Ministério Público, durante a instrução formal, fazer requerimentos quanto aos atos praticados. Contudo, não havia previsão de participação do réu ou de seus defensores na prática dos atos de instrução, sendo assegurado apenas o direito de obter cópia de alguns documentos (art. 305), de modo que as provas eram limitadas pela lei civil (art. 308). Dentro do espectro de poderes do juiz, incluía-se a realização de inspeções pessoais, a avaliação sobre a utilidade das testemunhas para a determinação da verdade, havendo a

¹¹⁹ IBDP. *História*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?historia>>, acesso em 08 de março de 2015.

¹²⁰ Compreende-se a ideia de campo jurídico com Bourdieu com sua precisa análise sobre o campo jurídico contribui em muito para a discussão acerca da possibilidade de compreensão do fenômeno processo penal, e a partir dele é possível perceber as razões do apego à uma superada teoria geral do processo. Quando analisa o poder simbólico e os instrumentos de dominação, percebe Bourdieu que: “a cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (...), portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções e para a legitimação das distinções”, em BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1989, p. 10.

¹²¹ COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. *O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 175, jun. 2007, p. 11.

¹²² Por inacessibilidade da versão original, se optou por utilizar a tradução do Código de Processo Penal Italiano de 1930 contida na obra: MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. tomo V, Buenos Aires; El Foro, 1996, p. 414 e ss.

previsão de que deveriam ser evitadas perguntas sugestivas que comprometessem a “sinceridade” das respostas.

Sobre o interrogatório do imputado, o juiz deveria informar ao acusado o fato atribuído e os elementos de prova existentes contra ele, podendo comunicar suas fontes. O acusado era, em seguida, convidado a confessar e indicar provas em seu favor. Sua negativa era registrada. Pela previsão dos artigos 365 a 368, era dever do juiz investigar todos os fatos e circunstâncias às quais o imputado se referia no interrogatório.

Assim é que, encerrada a instrução, o juiz comunicava o procurador-geral do tribunal do júri ou o procurador (art. 369). Seria possível a continuação da instrução e, ao fim dela, somente após o depósito dos registros do processo poderia o defensor a eles ter acesso.

Ao fim da instrução, deveria ser proferida decisão que deveria conter: a identificação do acusado; a indicação do fato e do delito; com as circunstâncias agravantes; bem como a indicação do requerimento do Ministério Público e a exposição sumária de todos os motivos de fato e de direito da decisão (art. 385). Desta decisão, o acusado poderia interpor o chamado recurso de cassação.

Somente após este juízo de admissibilidade o processo seguiria para o julgamento, com debate em audiência oral e pública, na qual o presidente ou pretor deveria ler as imputações e declarar abertos os debates. Cabia ao juiz – a Corte de d’Assise ou o juiz pretor, conforme o caso – a presidência do debate, iniciado pelos interrogatórios, sendo feito então um juízo de admissibilidade da prova. O interrogatório do acusado precedia os das testemunhas, que deveriam ser inquiridas isoladamente, entre si, pelo juiz, na ordem que este considerasse oportuna. As perguntas eram dirigidas ao juiz, que igualmente decidia sobre sua oportunidade. Ao fim, caso entendesse necessário, o juiz poderia determinar a produção de novas provas, conforme o art. 457 do Codice. Dada a palavra do Ministério Público e à defesa, sob o rígido controle do presidente, o processo iria para a sentença.

Diante deste quadro, LORENZO ZILETTI¹²³ aponta que a transição para o novo Código não afastou, por si só, a cultura inquisitorial. De fato, quando se chegava ao ato de *dibattimento*, de debates orais, passada a instrução, aqueles que não estivessem familiarizados com os autos não conseguiriam entender o processo, pois havia, em verdade, um simulacro de debates com a passagem de testemunhas que repetiam narrativas monossilábicas, simplesmente confirmando o que havia sido dito na instrução¹²⁴. Se houvesse interrupções nas

¹²³ ZILLETTI, Lorenzo. *Il mondo nuovo e gli errori del 1988*. In NEGRI, Daniele e PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e processo penale nell’Italia Repubblicana*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 147 a 149.

¹²⁴ ZILLETTI, Lorenzo. *op. cit.*, p. 147.

narrativas monossilábicas o juiz alertava severamente a testemunha, de sorte que qualquer incongruência entre os depoimentos era rechaçada com a ameaça de caracterização do crime de perjúrio¹²⁵.

Este tipo de situação não seria absurda na realidade processual brasileira, onde, por muito tempo, tornou-se lugar comum a referência, na inquirição das testemunhas em juízo, ao depoimento prestado em sede policial.

Para além da semelhança entre as previsões do Código Rocco e as do Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, há, também no Brasil, reminiscências de uma certa cultura inquisitiva que, dividida entre a atuação policial e a instrução, excluía os debates e deixava o juiz ter apreensão de tudo, baseado em uma única fase, quando questionava diretamente as testemunhas e o acusado.

No Código Rocco, assim como no Código de 1941 em sua redação original, a função do juiz era a de presidente, ofuscando as possibilidades de intervenção da acusação e da defesa. A separação só ocorria claramente naquele impulso inicial que dava origem ao processo. A aproximação é mais evidente quando se compara os textos originais dos artigos 185 a 188 do CPP brasileiro¹²⁶.

O mesmo raciocínio é extraído das leituras dos dispositivos que preveem o nosso rito comum ordinário, pois, ainda que os atos de instrução, na Itália, fossem presididos por juízes, em nosso sistema, seus equivalentes são ainda realizados, via de regra, pela autoridade policial em sede de investigação preliminar. A vinculação direta ao sistema da escrituração também era uma característica da legislação brasileira que, no plano da cultura inquisitiva, foi

¹²⁵ ZILETTI, Lorenzo. *op. cit.*, p. 148.

¹²⁶ Assim dispõem os artigos originais do Código de Processo Penal de 1941: “Art. 185. O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado./Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa./Art 187. O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas./Art. 188. O réu será perguntado sobre o seu nome, naturalidade, estado, idade, filiação, residência, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce a sua atividade e se sabe ler e escrever, e, depois de cientificado da acusação, será interrogado sobre: I - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; II - as provas contra ele já apuradas; III - se conhece a vítima e as testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas; IV - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer dos objetos que com esta se relacione e tenha sido apreendido; V - se verdadeira a imputação que lhe é feita; VI - se, não sendo verdadeira a imputação, tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a que deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela; VII - todos os demais fatos e pormenores, que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; VIII - sua vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, no caso afirmativo, qual o juízo do processo, qual a pena imposta e se a cumpriu. Parágrafo único. Se o acusado negar a imputação no todo ou em parte, será convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações.”

pouco tocada pelas reformas de 2008. Neste ponto, o Código Rocco preservava a oralidade no momento dos debates¹²⁷.

É evidente que os modelos de gestão da prova consagrados tanto no Código Rocco quanto no Código brasileiro de 1941, adéquam-se ao sistema inquisitivo. No entanto, os projetos que, fruto dos movimentos que se constituíram no período em que dominou o pensamento capitaneado pela escola de São Paulo, concretizaram-se nas reformas de 2008, centralizaram o diálogo entre sistema presidencialista e *adversarial system*, derivado do Direito anglo saxão. A questão que se coloca é, portanto, a suficiência destas alterações para a aproximação de nosso sistema processual ao modelo acusatório.

ADA GRINOVER sustentava, neste sentido, que esta relação, enfocada pelas leis 11.689, 11.690 e 11.719/2008, podia ser lida a partir da mudança do sistema presidencialista para a estrutura da instrução após as reformas:

O que tem a ver sim, com os poderes instrutórios do juiz no processo é o denominado “adversarial system”, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao “inquisitorial system”, da Europa Continental e dos países por elas influenciados. Denomina-se “adversarial system” o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No “inquisitorial system”, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. Vê-se por aí a importância do correto entendimento dos termos acusatório-inquisitório (no sentido empregado no n. 2 deste trabalho) e *adversarial-inquisitorial* (no sentido empregado agora). O termo processo

¹²⁷ Ainda por preciosismo se colaciona os artigos originais que dizem respeito ao rito ordinário do Código de Processo Penal: Art. 394. O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do querelante ou do assistente./Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas./Art. 396. Apresentada ou não a defesa, proceder-se-á à inquirição das testemunhas, devendo as da acusação ser ouvidas em primeiro lugar./Parágrafo único. Se o réu não comparecer, sem motivo justificado, no dia e à hora designados, o prazo para defesa será concedido ao defensor nomeado pelo juiz.(...)/Art. 498. No processo dos crimes da competência do juiz singular, observar-se-á, na instrução, o disposto no Capítulo I deste Título. (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008)./Art. 499. Terminada a inquirição das testemunhas, as partes - primeiramente o Ministério Público ou o querelante, dentro de 24 horas, e depois, sem interrupção, dentro de igual prazo, o réu ou réus - poderão requerer as diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução, subindo logo os autos conclusos, para o juiz tomar conhecimento do que tiver sido requerido pelas partes. (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008)./Art. 500. Esgotados aqueles prazos, sem requerimento de qualquer das partes, ou concluídas as diligências requeridas e ordenadas, será aberta vista dos autos, para alegações, sucessivamente, por três dias:(Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008)./I - ao Ministério Público ou ao querelante;(Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008)./II - ao assistente, se tiver sido constituído;(Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008)./III - ao defensor do réu.(Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008)./§ 1º Se forem dois ou mais os réus, com defensores diferentes, o prazo será comum.(Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008)./§ 2º O Ministério Público, nos processos por crime de ação privada ou nos processos por crime de ação pública iniciados por queixa, terá vista dos autos depois do querelante.(Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008)./Art. 501. Os prazos a que se referem os arts. 499 e 500 correrão em cartório, independentemente de intimação das partes, salvo em relação ao Ministério Público. (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008)./Art. 502. Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em cinco dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade. (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008)./Parágrafo único. O juiz poderá determinar que se proceda, novamente, a interrogatório do réu ou a inquirição de testemunhas e do ofendido, se não houver presidido a esses atos na instrução criminal.(Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

inquisitório, em oposição ao acusatório, não corresponde ao *inquisitorial* (em inglês), o qual se contrapõe ao *adversarial*. Um sistema acusatório pode adotar o “adversarial system” ou o “inquisitorial system”, expressão que se poderia traduzir por “*processo de desenvolvimento oficial*”. Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial.¹²⁸

Entretanto, MARCO AURÉLIO NUNES demonstra que mesmo para os autores da tradição anglo-saxã:

não parece possível afirmar que ‘um sistema acusatório pode adotar o ‘adversarial system’ ou o ‘inquisitorial system’. Isto porque não é possível dizer que a expressão ‘sistema acusatório’, por seu conteúdo e abrangência, pode ser compatibilizada com a expressão ‘inquisitorial system’. Como se viu, um processo não-acusatório, segundo a tradição jurídica anglo-saxônica, vai marcado pela iniciativa judicial na instrução probatória e, quando há iniciativa das partes, pelo controle do juiz sobre a admissão das provas. Em suma, o *adversary* é inerente ao *accusatory system*.¹²⁹

Assim como os italianos, convictos da incapacidade de conferir ao Código Rocco natureza acusatória, criaram a categoria do “processo inquisitivo de partes”,¹³⁰ deu-se ao processo penal brasileiro pós-reformas parciais a denominação de sistema acusatório formal, porque, em sua forma, o processo tem a aparência acusatória, mas a função do juiz e os modelos de atividade jurisdicional indicam que, no fim das contas, resta nas mãos deste sujeito processual a busca da prova, afastando o sistema, portanto, do acusatório.

Existe uma dialética entre eficiência e garantia, como alerta ALBERTO BINDER¹³¹, ao se analisar os sistemas processuais e cada um dos sistemas resolvem de diferente maneira a posição de forças. No processo acusatório a oposição entre as forças se resolve com um maior conteúdo de garantias.

Existem, evidentemente, incompreensões sobre a função do juiz no processo penal e, o que é mais relevante, sobre o que distingue o sistema acusatório do inquisitivo. Há, sobretudo, a inobservância do princípio unificador de cada sistema como responsável pela definição de sua natureza. No processo penal, este princípio é identificado pela gestão da prova, como leciona JACINTO COUTINHO¹³².

Neste sentido, CAMILIN DE POLI assevera que “tendo em vista que a prova é o meio pelo qual o conhecimento chega ao processo, é necessário identificar como elas são

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, n. 18, v. 1, 2005, jan-jul, p. 15-17.

¹²⁹ NUNES DA SILVEIRA, *A ação processual*. op. cit., p. 47.

¹³⁰ PRADO, Geraldo. Aula sobre “*Sistemas Processuais Penais*” ministrada na Pós-graduação de Processo Penal e Garantias Fundamentais, no dia 09 de agosto de 2015.

¹³¹ BINDER, Alberto M. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 94.

formadas e introduzidas no processo, bem como quem são os sujeitos processuais responsáveis para tanto” uma vez que “o processo penal é um instrumento de produção de conhecimento, pois para decidir (sentenciar) é preciso se ter o conhecimento.”¹³³

A gestão da prova, então, é algo que determina, no âmbito do processo, os limites de atuação do Estado e das partes. Um processo em que o juiz tem poderes instrutórios – supletivos ou não – é, à toda evidência, um processo regido pelo princípio inquisitivo. Só é acusatório o sistema cujo princípio unificador é orientado pela separação das funções de acusar, defender e julgar e, sobretudo, quando o ônus das provas incumbe necessariamente às partes (acusação e defesa), e não ao juiz. Assim, será acusatória a estrutura na qual as partes têm o dever de trazer à tona o conhecimento; são elas que dispõem das provas. Contudo, ainda que tenham esse poder/dever, mas for possível ao juiz também buscar a prova, suprindo a acusação, será um processo inquisitório. É certo, também, que não existe sistema misto, uma vez que não há princípio unificador próprio¹³⁴. O que se deve analisar, portanto, é a possibilidade ou vedação à busca da prova.

Com a mesma base de pensamento AUGUSTO JOBIM DO AMARAL afirma:

Ao inverso, *inquisitório* seria todo sistema processual penal em que o juiz proceda de ofício a busca, recolhimento e valoração da prova, chegando ao juízo depois de uma instrução secreta e escrita de que estão excluídos ou, em qualquer caso, limitados o contraditório e o direito de defesa. O que não obstará dizer que é elemento constitutivo importante de todo o modelo teórico acusatório e pressuposto lógico/estrutural dos demais a isto significa, sobretudo, atualizando e potencializando o que há de necessário para esta garantia da separação das partes: ela representam por uma parte, uma condição essencial de imparcialidade (...) como garantia orgânica do juiz a respeito das partes; por outra, um pressuposto da carga da imputação e da prova, que são as primeiras garantias processuais do juízo. A identificação do núcleo fundante, quer dizer, a percepção do *princípio dispositivo* que funda o sistema acusatório está na *gestão da prova confiada às partes* frente a um *juiz espectador*, árbitro, *sujeito passivo e desinteressado* das funções da acusação. Doutro modo, a gestão da prova estando nas mãos do julgador, de um *juiz-ator*, fundado estará um *sistema inquisitório*. Partindo-se da premissa do respeito às “regras do jogo”, alicerçado na ideia da divisão de tarefas de acusar, defender e julgar alheio à satisfação do resultado obtido a qualquer modo (como no *processo inquisitório*), no *processo acusatório* é sobre a defesa dos direitos fundamentais do acusado que deve pesar o “*formalismo accusatorio: quanto meno spazio ocupa l’organo giudicante, tanto più pesano i riti*”. Assim são os atos que estes sujeitos praticam que hão de diferenciar os vários modelos processuais. A gestão da prova e

¹³² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. (orgs.) *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹³³ POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas processuais penais*. 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 33-34.

¹³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. *op.cit.*

a acusação são atividades que devem ser olhadas tendo em vista os sujeitos que as realizam, e assim se verá se estarão exercendo tarefas alheias a sua função ou não.¹³⁵

No modelo brasileiro, os reformados artigos 156 e 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal, mantiveram-se as funções das partes, permitindo, contudo, ao juiz ordenar, por sua iniciativa, a produção da prova. Assim, no curso e até antes da instrução, antes de proferir a sentença, o Código autoriza o juiz a determinar, de ofício, a realização de diligências, sob o pretexto de dirimir dúvidas. Ao juiz também seria permitida a formulação de perguntas sobre pontos não esclarecidos ou como forma de complementar a inquirição. Como o que ficou previsto nos artigos alterados a ordem de inquirição das testemunhas deveria se iniciar pelas partes, passando, ao final, para o juiz. Já é digno de críticas o juiz inquirir, em qualquer momento, testemunhas, mas a ordem de inquirição tornou indiferente para a jurisprudência¹³⁶. mesmo que haja a determinação de observância da ordem de inquirição pela parte que postulou a prova testemunhal, afinal, o Superior Tribunal de Justiça considerou irrelevante o início da inquirição pelo juiz, mesmo após a vigência do novo artigo¹³⁷.

¹³⁵ AMARAL, Augusto Jobim. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 172.

¹³⁶ A inversão da ordem de inquirição não gera nulidade para os ministros. Basta verificar o Informativo de Jurisprudência que traz à página 22 alguns julgados nesse sentido. Disponível em: <<https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=488>>, acesso em 20 de julho de 2017. Crítica sobre a falta de comprometimento do juiz com o artigo 212 do Código de Processo Penal disponível em: STRECK, Lenio Luiz. *E a professor disse: “você é um positivista”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>, acesso em 20 de julho de 2017. Tais críticas também foram diagnosticadas pelo mesmo autor em: STRECK, Lenio Luiz. *Nas so(m)bras da filosofia da consciência*. In: BONATO, Gilson. *Processo penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 468, quando discorre: “Onde reside a perplexidade? Vejamos o art. 212, alterado em 2008, passou a conter a determinação de que ‘as perguntas serão formuladas pelas partes, diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida’. No parágrafo único fica claro que ‘sobre pontos não esclarecidos é lícito ao magistrado complementar a inquirição’. Consequentemente, parece evidente que, respeitados os limites semânticos do que quer dizer cada expressão jurídica posta pelo legislador, houve uma alteração substancial no modo de produção da prova testemunhal. Repito: isso até nem decorre somente do ‘texto em si’, mas de toda a história institucional que o envolve, marcada pela opção do constituinte pelo modelo acusatório. Por isso é extremamente preocupante que setores da comunidade jurídica de *terrae brasilis*, por vezes tão arraigados aos textos legais, neste caso específico ignorem até mesmo a semanticidade mímica que sustenta a alteração. Daí a minha indagação: em nome de que e com base em que é possível ignorar ou ‘passar por cima’ de uma inovação legislativa aprovada democraticamente? É possível fazer isso sem lançar mão da jurisdição constitucional?”

¹³⁷ No artigo BARROS, Flaviane Magalhães de. *O papel dos sujeitos processuais nas reformas do Código de Processo Penal: A necessidade de discutir a formação dos juizes*. SILVEIRA, Vladmir Oliveira, ROVER, Aires José. In *Processo e jurisdição*. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 386-410, discorre sobre a decisão do STJ no HC 121.216 e 131.091, pela 5ª Turma do STJ, cuja a análise realizada fica aqui indicada. Documento disponível online em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8430b32b5bac908e>>, acesso em 08 de março de 2015.

A reforma, como se vê, apesar de suas disposições que não afastam a gestão da prova das mãos do juiz está imersa em um caldo inquisitório. Na Itália, LORENZO ZILETTI¹³⁸ observa que as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Penal italiano não foram seguidas de imediato. Ainda que tendencialmente acusatório, o Código foi moldado por um corpo burocrático dotado de uma cultura inquisitorial, sendo rejeitado pela prática. Feita a observação de que, antes da modificação do texto do art. 111 da Constituição italiana, que se destinou a compatibilizar a mesma ao modelo acusatório¹³⁹, a contaminação inquisitiva da magistratura italiana a levou a buscar na própria Carta a sublimação do novo Código de Processo Penal.

A Constituição brasileira, por sua vez, já prevê a imparcialidade do juiz, a inércia da jurisdição, a presunção de inocência, consagrando a gestão da prova nas mãos das partes, prevendo, portanto, um sistema de natureza acusatória. Após 1992, o Brasil incorporou, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos da ONU, no mesmo ano. Ainda assim, a Constituição não tem sido ponto de partida, sendo preterida diante do Código de 41 reformado, que dá mais poderes ao juiz. Chega-se ao ponto de determinados autores defenderem a existência de dois sistemas em vigência: o da Constituição – acusatório – e o das normas infraconstitucionais – inquisitório. Onde há evidente contradição, no entanto, acaba não se enxergando qualquer problema de ordem prática, pois, na prática do sistema de justiça criminal, o modelo inquisitório é o adotado, o que fere as lições mais comezinhas até mesmo da teoria pura do direito de HANS KELSEN¹⁴⁰.

Por isso, a crítica ao modelo de processo pós-reformas deve ser repisada. Como afirma JACINTO COUTINHO, “a questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41”¹⁴¹ o qual é “marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório”¹⁴². Assim:

ao defender que o juiz deve suprir eventuais deficiências na produção da prova pelas partes, GRINOVER afirma que ‘o juiz não pode e não deve ter poderes investigatórios, porque isso não compactua com o sistema acusatório, mas o juiz não

¹³⁸ ZILLETTI, Lorenzo. *op. cit.*, p. 147-148.

¹³⁹ Nova redação disponível em: <https://www.senato.it/1025?articolo_numero_articolo=111&sezione=135>, acesso em 08 de março de 2015.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 175, jun. 2007, p. 11.

¹⁴² *idem*.

pode permanecer inerte durante a instrução processual, ele é o destinatário da prova e é com base na prova que vai julgar.

Porém, é devido insistir que se não pode adulterar o significado da expressão ‘sistema acusatório, que tem conteúdo histórico, para que se encaixe em uma ou outra teoria. A expressão ‘sistema acusatório’ vai carregada de uma carga histórica inalienável, que não pode ser confundida com a do princípio da demanda (ou acusação).¹⁴³

GERALDO PRADO já alerta que a “ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, se efetivamente incorporado ao processo”¹⁴⁴.

Se quem pergunta sabe a resposta que espera, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedor da imparcialidade do julgador.”¹⁴⁵ Por isso, “desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir.”¹⁴⁶

O único problema que GERALDO PRADO entende possível para o poder probatório do juiz se encontra na fragilidade material da defesa do imputado, mas “o destinatário da posição jurídica favorável não pode ser prejudicado pela aplicação, contra si mesmo, daquele benefício instituído pela Constituição.”¹⁴⁷ A leitura dos artigos referenciados do Código de Processo Penal demonstra ser incompatível a iniciativa instrutória do juiz com o critério constitucional que prevê que a dúvida, no processo penal, mantém-se o estado de inocência do acusado, como decorrência do princípio *in dubio pro reo*. Ou isso, ou a Constituição se curva ao Código reformado, ou não.

Existe quem entenda que seja dispensável discutir os modelos entre acusatório e inquisitório, já que poderia ocorrer a compreensão de conteúdo variável para tais termos¹⁴⁸ ou, ainda, de que a “noção histórica somente ajuda a obscurecer, confundir e impedir a leitura

¹⁴³ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual. op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 218 no arquivo digital disponível em: <https://www.academia.edu/8507492/Sistema_Acusatorio_A_Conformidade_Constitucional_3a_ed>, acesso em 08 de março de 2015.

¹⁴⁵ *idem*.

¹⁴⁶ *idem*.

¹⁴⁷ *ibidem*, p. 218-219.

¹⁴⁸ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 93. O autor identifica em substituição a princípio dispositivo um “critério de democraticidade” que não tem qualquer conteúdo linguístico para o processo penal, já que democrático permite uma pluralidade de compreensão de outra ciência. E, ainda, diz exatamente o mesmo que princípio dispositivo se tornando apenas um neologismo para o significante antes compreendido historicamente. É de se salientar que a construção teórica parte de outra base filosófica, derivada da teoria dos sistemas, de onde se traz o próprio termo “ponto cego”, mas que as inserções do autor são de extrema relevância para a discussão.

constitucionalmente adequada dos lugares e funções do e no processo penal, especialmente quando adotada a teoria dos jogos”¹⁴⁹. FAUZI CHOUKR já assinala que a “noticiada superação da dicotomia desses modelos não é nova no direito comparado, possuindo nuances distintas de acordo com a fonte donde provém a crítica do divisionismo”¹⁵⁰

Mas, uma situação fica insolúvel: caso a Constituição se altere, toda a produção teórica produzida para aquilo que foi afirmado a partir de uma Constituição pode se esvaír quando da sua troca? Sim, é possível a troca da Constituição quando da ruptura institucional, por exemplo. Não diferente do que acontece quando uma corte constitucional decide dizer o que bem entender sobre os institutos jurídicos contidos na carta constitucional, é preciso lembrar que “*não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa* e depois buscar a justificativa.”¹⁵¹

Justamente por essas e por outras que desapegar da construção dos conteúdos de institutos demarcados historicamente pode causar danos irreparáveis para a produção teórica, pois poderia-se dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, já que simplesmente apegado a um documento legislativo. Além disso, submetido ao crivo de uma interpretação jurisprudencial. Enquanto que o conteúdo da teoria, à ciência pertence.

Sobre isso também se manifestou JACINTO COUTINHO, quando informa que o fato do sistema acusatório estar previsto na Constituição “Isso significa, em *ultima ratio* que, no Brasil, o sistema acusatório é um imperativo constitucional (...) do qual não se pode abrir mão, mesmo depois de se ter passado mais de vinte e cinco anos da CR/88 e ainda se conviver com a estrutura do CPP, indiscutivelmente inquisitorial.”¹⁵²

A abordagem da penetração e difusão da teoria unitária de processo no Brasil, quando se quer discutir a possibilidade de aproximação de processo penal brasileiro ao

¹⁴⁹ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 289-290.

¹⁵⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Modelos processuais: uma discussão (ainda) necessária?* In: Boletim Informativo IBRAPP (hoje IBRASPP). Ano 01, nº 01, 2011/02.

¹⁵¹ Exaustivamente tem sido alertado por STRECK, Lenio Luiz. *Como se prova qualquer tese em direito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito>>, acesso em 20 de julho de 2017.

¹⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro?* Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>, acesso em 20 de julho de 2017, merece destaque, também, a conclusão do autor: “Por isso, atenção, muita atenção. É preciso ter paciência; que se não concilia com resignação. Afinal, esperança é de democracia; e ela, seja lá em que face se apresente, não é nunca o que se quer e sim sempre o que se conquista. Por isso é preciso muita paciência, tanto quanto resistência para não se desistir nas primeiras ou mesmo nas mais duras dificuldades; e luta porque, no jogo pela democracia, muitos não querem saber de fair play, começando por aqueles que, como diziam os romanos, pensam-se em um lugar de legibus solutio. Trata-se, portanto, de uma receita amarga, de luta dura; mas é a que se pode ter se não se quiser fazer a racionalidade ou manter tudo como está ou – pior – fazer um novo sistema que seja igual ao que se quer superar.”

modelo acusatório, não é descompromissada. É preciso compreender as repercussões políticas da colonização deste pensamento sobre a teoria do processo penal e os movimentos de reforma legislativa iniciados com a promulgação da Constituição de 1988.

O descompasso com a discussão da matriz italiana sobre o processo penal, a consagração da “pesca” conceitual da linguagem própria do processo civil, associados a uma visão sobre os sistemas processuais penais que não enxergam o centro do problema, gera efeitos concretos que repercutem na permanência do caráter inquisitório do processo penal brasileiro.

Esse descompasso é evidente quando é feita a comparação entre os ciclos italiano e brasileiro. O peso da teoria geral no pensamento de Leone esteve colado às proposições de reforma que, no pós-guerra, procuraram limpar o Codice Rocco das marcas do regime fascista. Contudo, para além da cultura predominantemente inquisitorial, as reformas parciais não tornaram o processo italiano acusatório. Foi preciso que o Código fosse substituído e sedimentasse a atuação dos sujeitos processuais para que se construísse um modelo mais próximo do republicano. A comunhão com o contexto italiano reside precisamente na filiação à teoria geral e nos esforços de construção da ideia de lide penal.

É preciso observar o centro do problema nas reformas processuais penais, que não passa pelas reformas parciais ou pela centralização do contraditório, como já alertado por MARCO AURÉLIO NUNES¹⁵³ o qual explica que o sistema acusatório tem uma carga histórica apegada a este e que não se resolve somente por uma identidade do contraditório.

Sem embargo das propostas de releitura da teoria geral, parece evidente que o novo Código de Processo Civil produziu abalos em suas normas de base. As mudanças ocorridas na codificação que entrou em vigor em 2016 repercutem diretamente sobre as bases das leituras da teoria geral, diferente do que ocorre no direito processual penal, que está demarcado notadamente pela distinção entre acusatório e inquisitório, categorias que carregam conteúdo histórico.

Para além do desenvolvimento de uma teoria do processo penal, o simples apego ao contraditório, descolado de uma compreensão e estruturação sistêmica pode conduzir ao retorno inconsciente à teoria geral do processo¹⁵⁴. Neste sentido, novamente, é interessante observar o que ADA GRINOVER sustentara:

¹⁵³ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação... op. cit.*, p. 48.

¹⁵⁴ Sobre este aspecto, publicado em: PAULA, Leonardo Costa de. *Ainda processo?* disponível em <<http://www.jurisconsultos.org/2014-3-7-processo.html>>, acesso em 08 de março de 2015.

Ele [o procedimento] toma hoje um destaque diferente. Porque essa veste aparentemente forma de rito não é só isso. Luhmann diz que processo se legitima pelo procedimento porque esse procedimento deve ser aparado por Garantias Constitucionais. Contraditório, ampla defesa, motivação, publicidade. Em primeiro lugar esse procedimento tem que ser legitimado pelas garantias constitucionais. (...) Pela Constituição e pelas leis nacionais ou não, diz que tem que haver contraditório pleno no procedimento administrativo que faz dele virar procedimento. E todas as garantias constitucionais se aplicam ao procedimento administrativo.(...)
 Processo muda de roupagem para passar para procedimento em contraditório, o procedimento se levanta para instrumento para se chegar a solução do conflito.¹⁵⁵

O que determina a natureza acusatória do sistema é a gestão da prova. Se a gestão está nas mãos do julgador será inadequado ao que consta na Constituição. As alterações parciais, orientadas por uma visão que não lança os olhos para o centro do problema e é marcada por uma linguagem fortemente influenciada por uma teoria cujas molduras não servem ao problema político de definição das funções no processo penal em um contexto democrático, ou seja, as reformas processuais não servem para esta Constituição.

Também é imprescindível discutir a formação dos juízes, como alerta FLAVIANE MAGALHÃES¹⁵⁶. Sem isso, o caldo inquisitorial será um óbice de difícil transposição mesmo com a adoção de um novo Código alinhado ao modelo constitucional, reproduzindo as mazelas atuais. O modelo inquisitório brasileiro também possui sua forte carga de historicidade, tanto no pensamento, quanto na formação das estruturas de exercício de poder.

RONALDO VAINFAS demonstrou que “a estréia da Inquisição no Brasil ocorreu em 1591, com a primeira visitação do Tribunal de Lisboa à Bahia e a Pernambuco.”¹⁵⁷ BRUNO FEITLER também narra que “durante as famosas visitações do Santo Ofício em fins do século XVI e começo do XVII, foram forjados tribunais itinerantes. Houve inquéritos, julgamento de casos considerados leves e até a celebração de autos de fé, a cerimônia da leitura das sentenças.”¹⁵⁸ Por sua vez, Aldair Carlos Rodrigues explica que “entre 1718 e 1742, por exemplo, a Inquisição expediu diligências a Gaspar Gonçalves de Araújo, comissário no Rio de Janeiro, 36 vezes”¹⁵⁹. O Brasil conviveu, portanto, com a Inquisição e com a tradição do pensamento inquisitivo, que recebeu outras contribuições ao longo dos últimos séculos para formar esse caldo de cultura inquisitiva que marca nosso processo penal.

¹⁵⁵ GRINOVER. Palestra anteriormente referenciada.

¹⁵⁶ BARROS, Flaviane Magalhães. *O papel dos sujeitos processuais nas reformas do Código de Processo Penal: a necessidade de discutir a formação dos juízes*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8430b32b5bac908e>>, acesso em 09 de março de 2015.

¹⁵⁷ VAINFAS, Ronaldo. *O que a inquisição veio fazer no Brasil*. In Revista de História da Biblioteca Nacional. Subtítulo da edição: *Inquisição à brasileira*. Ano 7, n. 73, out 2011, p. 21.

¹⁵⁸ FEITLER, Bruno. *Por que não foi criado um tribunal da inquisição no Brasil*. In Revista de História da Biblioteca Nacional. Subtítulo da edição: *Inquisição à brasileira*. Ano 7, n. 73, out 2011, p. 27.

¹⁵⁹ RODRIGUES, Aldair Carlos. *A inquisição era subordinada à Igreja*. In Revista de História da Biblioteca Nacional. Subtítulo da edição: *Inquisição à brasileira*. Ano 7, n. 73, out 2011, p. 30.

Não é possível desprezar a história das práticas e da formação do pensamento que suportam o que se fala sobre sistema processual penal.

Da mesma forma, ISABELA CORBY¹⁶⁰ fez estudo sobre os cadernos do promotor, nas quais analisou as denúncias que se fizeram na Inquisição em Minas Gerais, tudo isso aponta para uma estrutura inquisitorial, que se não pode negar, teve palco o Brasil.

MARCO MILETTI¹⁶¹ apontou que, na Itália, a dogmática presa à teoria geral do processo custou à disciplina uma paradoxal dissociação do debate acerca da justiça penal, que era indispensável para a fixação de uma agenda política. Esse foi o preço que se pagou pela tentativa de conferir sobrevida ao Código Rocco, convivendo-se com a cultura que ele havia gerado.

Para condensar o que aqui foi tratado, importante o pensamento de JACINTO COUTINHO:

Desde este ponto de vista, ninguém duvida –salvo os hipócritas ou os ignorantes–, que a CR agasalhou o sistema acusatório e, por conseguinte, não recepcionou a estrutura que com ela era incompatível, ou seja, a inquisitória. Eis por que os tribunais já deveriam ter declarado a inconstitucionalidade de tudo o que fosse incompatível com a CR, mas não é tarefa simples. Os órgãos jurisdicionais apostam, sem dúvida, que o Congresso Nacional vai fazer a sua parte e, assim, legislar devidamente, no tempo adequado –algo que não acontece.¹⁶²

A estrutura deste código aponta para um tratamento ao réu como se coisa do processo e, no segundo grau de jurisdição, que se tratará adiante, não deixa ser diferente, pois é o último espaço para que se afirme o Direito. Neste sentido é que se deverá identificar como tratam o segundo grau de jurisdição, se ele é uma afirmação do sistema inquisitivo e como ele deve ser estruturado para ser espelho de um sistema acusatório.

E é disso que se tratará nos próximos capítulos.

¹⁶⁰ CORBY, Isabela de Andrade Pena Miranda. *A Santa Inquisição nas Minas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

¹⁶¹ MILETTI, *op. cit.*, p. 389. Paráfrase do seguinte trecho: “*Quella macchinosità dogmatica costò alla parte più retriva della disciplina una paradossale dissociazione dal dibattito sulla giustizia penale, che intanto s'imponneva come priorità e poi come emergenza nell'agenda politica del Paese. Era questo il prezzo da pagare per aver voluto perpetuare nell'Italia democratica il codice di rito Rocco e la cultura che lo aveva generato*”.

¹⁶² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Para passar do sistema inquisitório ao sistema acusatório: jouissance*. In: GONZÁLEZ, Leonel. *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago; CEJA, 2017, p. 73.

2 A TRADICIONAL TEORIA GERAL DOS RECURSOS

Com o intuito de demonstrar que a base da teoria geral dos recursos estabelecida pelos processualistas penais é a mesma sobre a qual os processualistas civis estruturaram as suas teorias dos recursos, é necessário verificar o estado da arte da teoria baseada no CPC de 1973, no caso do processo civil, o qual serviu de fundamento para a edificação dos recursos no processo penal até o momento. Muito embora o processo civil tenha passado por uma substancial mudança de codificação, isso não ocorreu no âmbito do direito processual penal, de sorte que subsiste sua estrutura de acordo com a lógica do sistema anterior. Assim se justifica a seleção dos autores de processo civil a partir de 73 e antes do nCPC.

Inicialmente, ao se verificar as obras sobre recursos, destaca-se a similitude entre as duas teorias até mesmo no plano dos supostos princípios que noteiram os dois. A metodologia utilizada neste capítulo foi de analisar e esclarecer o pensamento sobre a teoria geral dos recursos para o direito processual civil, sem se ater profundamente nas divergências entre autores, mas destacando a consonância de pensamento deles, ao passo que primeiro será apresentado a estrutura de pensamento em cada tópico para diversos autores do processo civil, na sequência para diversos autores de processo penal e, em seguida, serão apresentadas as críticas relativas a tais pontos que fundamentarão uma teoria própria dos recursos no processo penal brasileiro, nos terceiro e quarto capítulos. Há de se destacar que mesmo que se tenha elegido autores sem nenhuma unidade teórica e o pensamento sem divergências entre eles demonstra que o conjunto representa o pensamento hegemônico sobre recursos.

A partir dessa metodologia poderá se demonstrar que o pensamento estabelecido para cada tópico das teorias dos recursos se repete de forma praticamente idêntica para ambas as searas. O que comprova a necessidade de se estabelecer uma teoria dos recursos própria ao direito processual penal, adequada ao estabelecido na Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos, ou seja, consagrando os recursos no processo penal como garantia da pessoa.

Essa estrutura dará fundamento para que, no capítulo quarto, para que se possa pensar a “natureza jurídica” dos recursos no direito processual penal como uma garantia da pessoa, sob a proteção da presunção de inocência como previsto expressamente na Constituição, tratado no capítulo 3, e o que se pode extrair dela e, assim, refundar a teoria em bases próprias para o direito processual penal.

Os tópicos apresentados são derivados da tradicional teoria geral e foram baseados nos principais livros de recursos no processo civil e no processo penal. Mas, seria indiferente

a escolha, entre civil e penal, justamente porque quando se trata de recursos, na estrutura do pensamento hegemônico estabelecido, tudo que se fala é praticamente idêntico. Tanto os institutos quanto o que os funda os autores citados, se repetem, até mesmo suas referências.

2.1 DOS “PRINCÍPIOS” RECURSAIS

SANDRO KOZIKOSKI estabelece a base lexical para explicar que o termo princípio “encerra a ideia de começo, origem, daí por que se segue a ideia de que não se faz possível a elaboração de qualquer ‘ciência’ sem o apontamento de seus princípios diretores.”¹⁶³ Informa o mesmo autor que os “os elementos que gravitam em torno de um determinado sistema de direito organizam-se em torno de seus princípios jurídicos”¹⁶⁴. Estranhamente, o referido autor antes de estabelecer a organização do sistema de direito pelo início, estabelece em seu trabalho outras coisas que são apresentadas antes, (por exemplo, trata da admissibilidade recursal e seus requisitos antes de tratar dos princípios¹⁶⁵, o que é sintoma de que princípio, doravante, não se trata) o que contradiz a própria estrutura de pensamento, já que apresenta a teoria dos recursos despedada dos princípios, como se pudessem ser vistos de forma separada ou em qualquer momento.

NERY JÚNIOR¹⁶⁶ estabelece, como princípios dos Recursos Cíveis: a) o duplo grau de jurisdição; b) a taxatividade; c) singularidade; d) fungibilidade; e) dialeticidade; f) voluntariedade; g) irrecorribilidade em separado das interlocutórias; h) complementaridade; i) proibição da *reformatio in pejus*; e, j) princípio da consumação.

ARAKEN DE ASSIS¹⁶⁷, a seu turno, estabelece exatamente os mesmos princípios, na mesma ordem, à exceção do princípio da proibição da *reformatio in pejus* e o da consumação – que estão invertidos – na sequência do primeiro autor referenciado.

NELSON LUIZ PINTO¹⁶⁸, a seu turno, observa que os princípios dos Recursos Cíveis são praticamente os mesmos, citados anteriormente, porém, não incluindo neste rol, os princípios da dialeticidade, complementaridade e consumação.

FELIPPE BORRING ROCHA¹⁶⁹ lista, como princípios dos recursos, aqueles

¹⁶³ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos em espécie*. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 141.

¹⁶⁴ *idem*.

¹⁶⁵ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 13-14.

¹⁶⁷ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 9-10.

¹⁶⁸ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁶⁹ ROCHA, Felipe Boring. *Teoria geral dos recursos cíveis*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. XVIII.

informados inicialmente, com exceção do princípio da complementaridade, mas acrescentando o princípio do *ne ius novorum*.

SANDRO KOZIKOSKI¹⁷⁰ traz por lista de princípios dos recursos Cíveis todos os mesmos princípios com exceção do princípio da consumação, informados NERY JÚNIOR, referido acima.

Delimitou-se a análise de algumas doutrinas para que se não fugisse do foco central do capítulo, que é apresentar a ideia geral que permeia a doutrina processual civil e a doutrina processual penal, com a mesma base de pensamento e, não raro, de forma idêntica.

Nessa medida, pontos fora da curva (que são apenas um pequeno ponto de divergência dados entre os porta-vozes autorizados do Direito), acabam por não serem tratados para que não se torne uma pesquisa compendista e sim, crítica.

Então, os princípios serão apresentados na sequência para os autores de ambas as disciplinas.

a) O duplo grau para de jurisdição e os porta-vozes autorizados

NERY JÚNIOR¹⁷¹ aponta que o princípio do duplo grau de jurisdição se destina a evitar a abusos por parte do Estado juiz, mas isso não quer dizer que juízes de uma hierarquia superior decidirão melhor do que o magistrado de primeiro grau. Mais do que isso, o duplo grau de jurisdição é uma garantia fundamental de boa justiça¹⁷² e este princípio não teria incidência ilimitada¹⁷³.

O princípio seria de ordem pública, ou seja, “as partes não podem estabelecer cabimento de apelação onde a lei estipula ser aquela a última instância; nem criar um terceiro grau; nem suprimir o segundo.”¹⁷⁴

BARBOSA MOREIRA¹⁷⁵, por sua vez, leciona que é tradicional a correlação entre os recursos e o princípio do duplo grau de jurisdição, segundo o qual as lides ajuizadas devem ser submetidas a sucessivos exames para que se alcance uma boa solução. Justificar-se-ia, assim, que uma segunda reflexão conduziria a uma conclusão mais exata, pois se projetaria luz sobre ângulos ignorados.

BARBOSA MOREIRA¹⁷⁶ informa, em termos genéricos, que o princípio decorre da

¹⁷⁰ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *op. cit.*, p. 14.

¹⁷¹ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 35.

¹⁷² NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p.37.

¹⁷³ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷⁴ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 44-45.

¹⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 235-238.

¹⁷⁶ MOREIRA, Barbosa. *op.cit.* p. 236.

necessidade de permitir nova apreciação da causa por órgão em nível superior na hierarquia jurisdicional.

O citado autor chega a tentar explicar os recursos por razões diversificadas:

desde a sincera convicção que o órgão *a quo* decidiu de maneira errônea, até o puro capricho ou espírito emulatório, passando pelo desejo de ganhar tempo, pela irritação com dizeres da decisão recorrida, pelo intuito de pressionar o adversário para induzi-lo a acordo, e assim por diante. Não fica excluída a hipótese de que a vontade de recorrer esteja menos no litigante que no advogado, receoso de ver-se atingido em seu prestígio profissional pela derrota, ou movido por animosidade contra o patrono da parte adversa. É intuitivo, por outro lado, que fatores também múltiplos e variados influem na opção final entre interpor e não interpor o recurso: a estimativa das despesas com este relacionadas, a previsão do tempo que fluirá até o julgamento, a qualidade da decisão proferida, a existência ou inexistência de orientação jurisprudencial firme sobre a questão de direito, e até a situação do mercado de trabalho na advocacia...¹⁷⁷

Ou seja, meras elocubrações, o que apagaría e diminuiria o exercício de uma garantia, que, por seu turno, estaria espelhada em um princípio. Embora a função e explicação do segundo grau de jurisdição venha a ser tratada em capítulo próprio, destaca-se a contaminação na visão dos discursos sobre os recursos, muitas vezes pautada em meras afirmações que não têm nada de paupável.

Ainda, são essas elocubrações que acabam maculando o estudo científico da garantia do duplo grau de jurisdição; e isso feito apenas por porta-vozes autorizados e sem pesquisa metodológica para afirmar suas elocubrações.

Alguns autores fundamentam que o duplo grau de jurisdição é derivação e exigência do *due process of law*. O duplo grau propriamente dito se dividiria em dois aspectos: um instrumental e outro estrutural¹⁷⁸. Este último estaria pautado em um princípio de organização do Judiciário, com duas instâncias, enquanto o primeiro aspecto, o instrumental, trataria do direito de recorrer.

Ocorre que compreender o duplo grau de jurisdição como desenrolar do devido processo legal, somente perpassa por uma compreensão básica. Enquanto os recursos no direito processual civil se desenrolam por falta de vontade das partes no direito material civil de resolver a lide, o devido processo legal para o direito processual penal é indisponível, caminho necessário, o que demonstra a complexidade do tratamento para os distintos ramos do direito, uma vez que não é possível aceitar a aplicação de pena sem se passar pela jurisdição.

Não se pode ignorar que BORRING ROCHA, ao tratar dos recursos cíveis,

¹⁷⁷ MOREIRA, Barbosa. *op.cit.* p. 236.

¹⁷⁸ Por todos, ROCHA, Felipe Boring, *op. cit.*, p. 56 e 57 e NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 40.

compreende que o “direito ao recurso, por sua vez, visa identificar no recurso um desdobramento do poder de ação como um direito subjetivo processual, instrumental básico do exercício da jurisdição”¹⁷⁹.

O duplo grau, para o direito processual civil, asseguraria aos interessados e às partes a disposição dos meios aptos a provocar o duplo exame, de modo a alcançar um novo juízo sobre a decisão que permita retratação, integração, esclarecimento ou revisão.

O duplo grau de jurisdição estaria, portanto, impresso no art. 5º, LIV, da CRFB, segundo o qual “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A vinculação recursal estaria prevista no mesmo artigo, inciso LV: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Acontece que o significante que está presente neste item da CRFB é sinônimo de “meios” e não necessariamente consagra, necessariamente, o recurso como duplo grau de jurisdição. Note que o próprio dicionário Priberam informa como conteúdo da palavra recursos “7. Bens, riquezas, meios de vida 8. Expedientes, tramoias. 9. Conjunto de meios disponíveis para serem utilizados”¹⁸⁰. Ainda, o signo recurso aí disposto é referente à ampla defesa, sobre isso se retornará no capítulo quarto.

É indispensável frisar que o duplo grau de jurisdição foi adicionado à nossa Carta Magna para além da redação expressa da Convenção Americana de Direitos Humanos. Conforme BORRING ROCHA se lê “que em seu art. 8º, 2, h, estabelece como garantia judicial ao acusado por delito o “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”¹⁸¹. Porém, a norma estabelecida pelo Pacto diz muito mais do que isso, pois não trata somente de acusado. A redação Convenção, determina:

“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.”

¹⁷⁹ ROCHA, Ricardo Borring, *op. cit.*, p. 57.

¹⁸⁰ Dicionário Priberam, disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/recursos>>, acesso em 03 de maio de 2017. Muito embora no verbete conste como conteúdo da palavra “recurso” 1. Ato de procurar auxílio ou socorro. 2. Meio, o que serve para alcançar um fim. 3. Refúgio ou proteção. 4. Remédio, cura. 5. [jurídico, jurisprudência] Pedido de indenização, de reparação. 6. Apelação, ato de recorrer a outra instância superior.” A compreensão que se pode extrair do texto constitucional é de que recursos está aproximado com a identidade de meios. Da mesma forma que não seria legítimo pressupor que o legislador constitucional inseriu este termo para compreender que seria o conjunto de tramoias que se poderia utilizar para exercer a ampla defesa e contraditório, não é legítimo pressupor que em uma redação como esta estaria prevista a compreensão da garantia do segundo grau de jurisdição.

¹⁸¹ ROCHA, Ricardo Borring, *op. cit.*, p. 59.

As normas que desse texto se extraem são muito mais amplas do que a mera garantia individual do acusado de delitos, já que o texto é expresso ao afirmar que “toda pessoa”, independente de ter sido acusada ou não de delito, em plena igualdade, tem direito à garantia de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. O texto do Pacto nunca foi restritivo somente ao processo penal neste plano, muito embora alguns autores assim o pensem, quanto às alíneas do item 2, do artigo 8º, o que valida ainda mais a compreensão como garantia para os recursos no processo penal brasileiro.

ARAKEN DE ASSIS informa que o duplo grau “repele a ausência de limites às impugnações contra os pronunciamentos desfavoráveis do juiz. A falta de contigenciamento às impugnações das resoluções judiciais, em nome do valor justiça, geraria intolerável elastério aos trâmites processuais”¹⁸². De certo que, a partir desta compreensão, mesmo não declarada no título da obra, percebe-se que só pode o autor estar tratando de recursos para o direito processual civil, uma vez que sequer é abordado o tratamento atualmente dado ao recurso em sentido estrito, presente na codificação processual penal.

Esta tese mostra justamente que as compreensões comuns aos ramos despegados do direito penal e processual penal podem até ser vistos em conjunto, o que não ocorre quando são estudados os recursos no direito processual penal, garantia da pessoa.

ARAKEN DE ASSIS diz mais:

É o que basta. O acerto ou o desacerto das resoluções tomadas, no primeiro e no segundo momento, não podem ser levados em conta na concepção de uma estrutura judiciária garantística e equilibrada: o vencido nunca se conformará com o provimento desfavorável, de um lado, e se ele é justo ou injusto é questão insolúvel da qual se ocupam os filósofos sem muito sucesso.¹⁸³

Acontece que, quando se trata do direito processual penal, a justificativa do tratamento do segundo grau de jurisdição não pode traduzir uma preocupação com o que pensa o réu ou não. Em verdade, há uma questão ética subjacente, que diz respeito à possibilidade de se justificar racionalmente e aceitar o indivíduo como inocente, ainda que condenado. É disso que se trata quando se olha para o bem mais precioso que o Estado pode ceifar do indivíduo quando ausente um estado de guerra declarada. É importante destacar isso pois o próprio livro do autor referenciado acima trataria de um manual dos recursos, independente da área. E, é necessário falar que quando se trata de direito processual penal, não se dará por elocubrações de que o vencido nunca se conformará com a resolução, isso não

¹⁸² ASSIS, Araken de. *op. cit.* p. 69.

¹⁸³ *idem.*

se adéqua a realidade, nem pode ser afirmado empiricamente¹⁸⁴.

Ainda com ARAKEN DE ASSIS¹⁸⁵, no “duplo grau, sempre há um sacrifício, ora da rapidez, ora da segurança. O duplo grau concilia, em termos práticos, as necessidades simultâneas de restaurar a paz social perturbada pelo litígio e, malgrado a utopia, de fazer justiça.”.

ARAKEN DE ASSIS¹⁸⁶ dispõe que a justificativa do duplo grau reside na possibilidade do primeiro grau se sujeitar a erros e imperfeições, destinando-se igualmente à correção de vícios do juízo – *error in iudicando* - ou de vícios de atividade – *error in procedendo* –, sendo, assim, necessário o reexame.

Não se poderia pressupor que o segundo ato jurisdicional não seria mais acertado que o primeiro. Seria, apenas, superior. Isso porque o atributo da experiência e sabedoria acumulada não se estende a todos os magistrados além de não socorrer a todos do primeiro grau, o que deixaria em voga passar todos os julgamentos diretamente ao segundo grau, como opina o mesmo autor¹⁸⁷.

ARAKEN DE ASSIS¹⁸⁸ informa:

O conjunto revela que há bons argumentos a favor e contra o princípio do duplo grau. A generalizada aceitação do princípio indica sua pertinência. Os resultados da respectiva aplicação, no curso da história dos aparatos judiciários, podem ser considerados altamente positivos, garantindo uma boa Justiça. E a causa provável se situa no emprego pelo órgão *ad quem* do material já trabalhado com afinco pelo órgão *a quo*, em seguida submetido à crítica das partes, recorrendo ou respondendo ao recurso, e a uma segunda ponderação.

ARAKEN DE ASSIS¹⁸⁹ separa do que foi dito acima (que seria o fundamento do duplo grau) da base política do princípio do duplo grau, que não seria por acaso estar previsto no art. 102, II da CRFB a competência para o STF julgar, mediante recurso ordinário, causas

¹⁸⁴ Há várias histórias de inocentes que acabaram por aceitar *plea bargain* para poder fugir da possibilidade de pena de morte, ou penas muito severas e que posteriormente, ao recorrerem, se provou sua inocência. Empiricamente, então, é impossível afirmar que qualquer pessoa recorre, ou de que o vencido não se conformará com a decisão. NOUGHTON, Michael. *Wrongful convictions and innocence projects in the UK: help, hope and education*. Disponível em: <<http://www.innocencenetwork.org.uk/wp-content/uploads/2014/09/wrongful-convictions-innocence-project.pdf>>, acesso em 20 de julho de 2017 e, de igual medida, talvez para aqueles que afirmarem sobre ser natural o vencido não se conformar com a decisão que lhe prejudique, como ficaria o caso documentado em JUSTIÇA. Direção e produção de Maria Augusta Ramos. Documentário. Brasil: produção independente, 2004. 1 DVD (100 min). Ntsc, son., color. Port. Neste documentário, um dos réus acaba por aceitar a condenação para que se possa começar a cumprir pena no sistema penitenciário logo. Portanto, desprovido de qualquer base empírica a narrativa dos autores que assim se justificam, falam, talvez, por si com aparência de doutrinar.

¹⁸⁵ ASSIS, Araken de. *op. cit.* p. 69.

¹⁸⁶ *ibidem*, p. 70.

¹⁸⁷ *idem*.

¹⁸⁸ *ibidem*, p. 72.

¹⁸⁹ *idem*.

específicas que daria conta do seu conteúdo político.

Informa também, o autor, que meios e recursos inerentes à ampla defesa, mencionados no inciso LV, comporiam somente àqueles instituídos pelo legislador originário. Além disso, observa que o princípio do duplo grau e do devido processo legal “não se mostram interdependentes, nem há relação com as garantias básicas do primeiro sem o reexame obrigatório de todos os atos decisórios”¹⁹⁰.

Isto se dá de modo diferente da base técnica do princípio do duplo grau, que, “tecnicamente, no sentido próprio e estrito, o princípio do duplo grau não consiste na possibilidade sem freios de reapreciar todos os atos decisórios do órgão judiciário, sob pena de o processo jamais chegar ao seu fecho”¹⁹¹.

O princípio do duplo grau estaria, por ARAKEN DE ASSIS, embriagado por uma “ideologia da recorribilidade, e desviado de seus rumos por dois generosos tribunais de superposição”¹⁹², acompanhado de um duplo grau exponencial, no qual um terceiro grau desponta no STJ, propenso a eliminar obstáculos ao cabimento do recurso especial, convertendo este em um tribunal de apelação, além de um suposto quarto grau, o do STF¹⁹³.

Os vícios do sistema recursal brasileiro contribuiriam para a sensação de retardo para o fim do processo, mas ARAKEN DE ASSIS¹⁹⁴ destaca a inocência do princípio do duplo grau relacionado com a sentença de mérito e a apelação. Assim, não se deveria eliminar o duplo grau para ganhar tempo e suprimir a esperança de aperfeiçoar a decisão da causa.

Por evidente que, se talvez se pensar sobre o direito processual civil, deva estar correta esta forma de pensar. Mas, para o direito processual penal há uma estrutura diferente: o duplo grau é garantia do indivíduo. A garantia serve para preservar o inocente, e só se justifica para proteção do indivíduo. Além do que, ignora o autor que só há o primeiro grau e o segundo grau, no que se refere aos recursos ao STJ e STF sua definição veio definidia constitucionalmente e não compõe outras vias recursais, mas a via própria para indagar sobre as questões previstas por tal competência.

O que se não confunde com o pensamento do direito processual civil, (que parte da substitutividade) as partes que não resolveram seu problema de forma pacífica decidem invocar o poder público para dirimir aquele problema, diferente do caso do direito processual penal em que há a obrigatoriedade da jurisdição para que se aplique uma pena a um

¹⁹⁰ ASSIS, Araken de. *op. cit.* p. 74.

¹⁹¹ *ibidem*, p. 75.

¹⁹² *ibidem*, p. 77.

¹⁹³ *idem*.

¹⁹⁴ *idem*.

indivíduo).

SANDRO KOZIKOSKI¹⁹⁵, ao tratar do princípio do duplo grau, discorre sobre o papel da jurisdição e sua unicidade, já que o duplo grau de jurisdição pode pressupor que existam duas jurisdições. Entretanto, é só como o termo passou a ser compreendido e que não há efetiva separação entre jurisdição de primeira instância ou de segunda instância, já que partes da mesma função jurisdicional.

Pelo citado autor se afirma que, independente das críticas que os demais apresentaram sobre os recursos, a “possibilidade de reexame das decisões judiciais atende a uma exigência inerente ao espírito humano. Sem dúvida, do ponto de vista psicológico, pode-se mesmo afirmar que o recurso expressa o inconformismo do ser humano em relação ao conteúdo da decisão judicial que o desagradou.”¹⁹⁶ Não se pode ignorar que, pelo critério da substitutividade, o segundo grau não garante maior acerto do que a decisão anterior. O que se busca é impugnar a decisão judicial. A tradição brasileira assegura como regra geral a duplicidade de instâncias, nominando de duplo grau de jurisdição, embora em hipóteses específicas possa ocorrer a inexistência do duplo grau de jurisdição¹⁹⁷.

Destaca, ainda, o autor, que, no sistema da atual Constituição, não existiria consagração explícita do princípio do duplo grau de jurisdição. O duplo grau se encontra implícito por conta da irradiação das normas constitucionais que estruturam e definem a competência dos tribunais e dos tribunais superiores.¹⁹⁸

Já no âmbito dos autores sobre o processo penal, GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES entendem que acerca do duplo grau de jurisdição dois princípios devem ser conciliados. O “princípio da justiça leva a pensar que, quanto mais se examinar uma decisão, mais possível será a perfeita distribuição da justiça. Do outro lado, a observância do princípio da certeza jurídica impõe a brevidade do processo, a exigir que a decisão seja proferida de uma vez por todas”¹⁹⁹ desde que sem procrastinação e no menor tempo possível.

Qual seria o princípio da justiça? O que seria princípio para os autores? Meros valores? Não há no livro fundamentação do que é princípio e, menos ainda, qual a definição do princípio da justiça ou do princípio da certeza jurídica. Então, um princípio, que é o do

¹⁹⁵ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *op. cit.*, p. 145-147.

¹⁹⁶ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *op. cit.*, p. 152.

¹⁹⁷ *ibidem*, p. 162.

¹⁹⁸ *ibidem*, p. 154.

¹⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal brasileiro*. 6 ed., revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 19.

duplo grau de jurisdição é conciliação de dois princípios que não trazem qualquer definição e nem explicação sobre os temas.

A análise de que os recursos trazem natureza de insegurança jurídica pode ser verificada também em HÉLIO TORNAGHI quando assim explica:

Essa possibilidade de recorrer acarreta maior probabilidade de acerto e, portanto, de justiça. Mas, de certa forma, traz consigo a insegurança, pois, enquanto uma situação litigiosa não se define, ninguém, principalmente nenhum litigante, pode ter a certeza tranquilizadora. Tranquilizadora, paradoxalmente, até para o que sucumbe, pois, ao menos, cessa o estado de luta. Dai a necessidade de se encontrar uma forma de compromisso que assegure a maior paz com a mais perfeita justiça.²⁰⁰

Evidentemente, que o acima referido autor está demarcado pela própria estrutura unitária de processo ao apontar que dentro da relação jurídica processual penal há o papel de litigantes.

E, sob o mesmo prima unitário GRINOVER; GOMES FILHO E FERNANDES, o duplo grau atende a uma inconformidade natural do vencido em relação à decisão que lhe foi contrária, ademais essa também pode estar incorreta²⁰¹.

Acontece que, como se apresentará em capítulo próprio, o duplo grau se fundamenta por outra base de pensamento, a partir do inocente. O agir ético estatal que justifique uma condenação é que a decisão tenha sido revisada por órgão jurisdicional superior, o que deve ser garantido pelo duplo conforme. Do contrário, o Estado não teria como submeter alguém a uma pena.

É muito recorrente os autores fundamentarem os recursos com o uso do exemplo de um médico, com um diagnóstico definitivo, dentre eles e por eles TOURINHO FILHO²⁰² indica ao responder suas próprias perguntas sobre a existência do recurso e destaca a situação da falibilidade humana. Complementa essa visão de que se deve evitar a autotutela, da qual não cabe recurso e é irracional, assim, a adoção das vias recursais permitem que seja possível o reexame das questões decididas em primeira instância.

Isso não se mostra suficiente, ao se observar um inocente e vez que a insatisfação dele contra uma decisão condenatória é inerente, já que inocente. Isso se deve ao fato de que se deve pensar o acusado como inocente e, assim, aquele que foi condenado em primeiro grau

²⁰⁰ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Vol 2. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 319.

²⁰¹ *idem*.

²⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume 4. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 404-405. Essa máxima é repetida quase que sacramente, acrescido da identidade simplista do inconformismo do vencido: “Podemos concluir que os recursos tem como base a falibilidade humana e o inconformismo natural daquele que é vencido e deseja submeter o acso ao conhecimento de outro órgão jurisdicional” Em: ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; PAIVA, Rodrigo Cambara Arantes Garcia de; PAIVA, Sara Beatriz de Freitas Barbosa. *Recursos e ações de impugnação no processo penal*. Leme: Imperium Editora, 2008, p. 18.

é inocente e deve ser garantido um novo julgamento.

GUSTAVO BADARÓ percebe que existem vários fundamentos para a compreensão dos recursos. Do ponto de vista psicológico haveria a necessidade do recurso satisfazer uma “necessidade psicológica, inata no ser humano, de que ninguém se contenta com um julgamento desfavorável. O ser humano não quer e não gosta de perder. E se perde, é comum afirmar que ‘perdeu a batalha, mas não a guerra’”²⁰³.

Acontece que tal afirmação não se coaduna com a realidade, pois muitas vezes o próprio réu pode vir a não desejar o recurso, portanto, não parece ser o fundamento factível como fundamento dos recursos.

Tanto processualistas civis, quanto processualistas penais pensam que a existência do segundo grau de jurisdição compele o juiz a julgar melhor. Também o segundo grau de jurisdição é composto em geral por magistrados “de maior experiência e cultura, uma vez que a magistratura, em muitos países, é organizada em carreira, com promoções por antiguidade e merecimento”²⁰⁴.

Destaca GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES que “nada garante que a decisão do tribunal seja melhor do que a do juiz de primeiro grau, que pode ter feito justiça e ver sua decisão reformada. Até porque foi o juiz recorrido que teve, em geral, o contato imediato com as partes e as provas”²⁰⁵, o que é chamado de princípio da imediação, muito embora não explicado por eles. Assim, os autores destacam a forte tendência que existe de que o duplo grau seja “reservado à apreciação das questões de direito, enquanto as questões de fato não deveriam ser revistas pelo tribunal, a menos que toda a prova fosse reproduzida

²⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 35. Também sobre vinculação psicológica trata TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume 4. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 405, *in verbis*: “Em primeiro lugar porque o recurso é, antes de mais nada, uma necessidade psicológica. Ademais na generalidade dos casos os recursos são dirigidos a órgãos superiores, constituídos de Juizes mais velhos, mais experimentados, mais vividos, e tal circunstância oferece-lhes maior penhor de garantia. Por outro lado sabendo os Juizes que suas decisões poderão ser reexaminadas, procurarão eles ser mais diligentes, mais estudiosos, tentando fugir do erro e da má-fé.”

²⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 19. Além disso, é importante destacar questões divergentes sobre este fato. Muito embora a composição do segundo grau de jurisdição seja feita por magistrados mais antigos, há situações que devem ser trazidas a lume por força da sua incongruência com uma possível crença ou visão geral. Há pouco foi muito debatido pela própria imprensa. Exemplo disso: a Mariana Fux foi indicada e tomou posse aos 35 anos de idade como desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relata a matéria (JUSTIFICANDO. *Aos 35 anos filha de Luiz Fux é nomeada para vaga de desembargadora*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/08/aos-35-anos-filha-de-luiz-fux-e-nomeada-para-vaga-de-desembargadora/>>, acesso em 22 de maio de 2017), que a agora desembargadora teve sua candidatura impugnada “por falta de prática jurídica, além de denúncia que seu pai fizera intensa pressão para que sua filha fosse indicada”.

²⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 20.

em segundo grau”²⁰⁶.

O problema é perceptível a partir da crítica ao paradigma unitário do direito processual penal e processual civil. Observa-se que um dos problemas do segundo grau de jurisdição é justamente a ausência de produção de provas. Uma vez que a ordem constitucional adotou o sistema acusatório é indispensável que o juiz tenha contato direto com a prova e é o corolário indispensável do princípio da oralidade, sobre o que se voltará a falar no quarto capítulo.

Destacam os autores que “a decisão em grau de recurso é inútil quando confirma a de primeiro grau, infringindo o princípio da economia processual. E a decisão que reforma a recorrida é sempre nociva, por apontar uma divergência que dá margem a dúvidas quanto à correta aplicação do direito”²⁰⁷.

O paradigma unitarista, novamente se faz presente, pois a decisão que confirma a de primeiro grau justificou eticamente a atuação do Estado, enquanto que a decisão que a reforma demonstra a preocupação de que o Estado prioriza em dar a melhor decisão jurisdicional para o caso. De tal sorte que, talvez se justifique esta compreensão somente a partir do paradigma dos autores em que o segundo grau não reflete uma garantia da pessoa²⁰⁸.

Sobre o fundamento político do duplo grau de jurisdição esclarecem GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES que nenhum ato estatal pode escapar de controle. “A revisão das decisões judiciais – que configuram ato autoritativo estatal, de observância obrigatória para as partes e com eficácia natural em relação a terceiros – é postulado do

²⁰⁶ *idem*. Sobre o tema da imediação, já se nota a identidade de que a mesma não ocorre em segundo grau e a conclusão seria moldar o recurso ao que é mais conveniente ao que a lei determina, alguns chegam inclusive a identificar Codificação estrangeira para justificar esta situação, como pode ser visto em: CONSTANTINO, Lúcio Santoro. *Recursos criminais, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23, quando afirma: “Entrementes, a par de tudo que foi dito, é de se destacar alguns aspectos que colidem com a figura recursal. O fato de o magistrado de primeiro grau ter, em razão dos princípios da imediação e da identidade física do juiz, um contato mais aproximado com as provas e as partes, permite a conclusão de que estaria mais preparado para o justo convencimento do que o tribunal, o qual permaneceu distante da feitura probatória e dos protagonistas processuais, Por esta razão veio o entendimento de que o recurso deveria, apenas, rever questões de direito, e não aspectos fáticos do julgar [em nota de rodapé autor informa que: ‘O Código de Processo Penal argentino, Província de Tucuman, estabelece que as apelações só poderão versar sobre assuntos que envolvam questões de direito’]”.

²⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁸ Veja o que Amilton Bueno de Carvalho apresenta sobre estudo empírico realizado por ele na Câmara em que trabalhou e informa que em uma sessão levou a julgamento 61 apelações, com um total aproximado de quatrocentos e quinze anos de pena, que passaram a cento e setenta e nove anos de pena aplicada. Abateu-se mais da metade das penas, entre absolvições e condenações. Em plano macro pode se observar que as apelações julgadas pelo dito desembargador resultaram em uma melhora substancial para a sociedade, quanto sofrimento foi poupado? Em CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9-10.

Estado de Direito”²⁰⁹. Este controle é um tipo de controle interno, pois realizado pelo próprio poder do qual o ato emanou.

Também há quem identifique o ponto de vista político dos recursos, como GUSTAVO BADARÓ²¹⁰, e quem assim pensa diz que todo o poder, aí incluído o jurisdicional, deve ser submetido a controle para que não se verta em autoritarismo ou arbítrio e de tal forma deve estar sujeito a controles. É aí que surge a figura do recurso para permitir o controle dos atos estatais e diz que toda decisão estatal deve estar sujeita a reexame, do contrário se teria um poder ilimitado e absoluto.

Pela Constituição brasileira o duplo grau se enquadra como garantia fundamental de boa justiça e GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES indicam a Convenção Americana dos Direitos Humanos, no seu art. 8, n. 2-h, para fundamentá-lo, informando, também, que “o princípio não vem mais expressamente inserido na Lei Maior”²¹¹.

GUSTAVO BADARÓ complementa que o “fundamento jurídico do direito ao recurso: o princípio do duplo grau de jurisdição, que assegura o direito ao reexame das decisões por um órgão jurisdicional diverso daquele que proferiu a decisão, em grau de hierarquia superior”²¹². Isso, porém, não é suficiente para fundamentar o recurso para o direito processual penal, que se verá nos capítulos seguintes.

Diz o autor que o “direito ao duplo grau de jurisdição assegura o direito a um único reexame. Diante da organização judiciária brasileira, em que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal podem funcionar, respectivamente, como terceiro e quarto graus de jurisdição”²¹³.

A simplificação que as vezes deriva da compreensão unitária entre direito processual civil e penal pode ocasionar esta mesma compreensão. Uma coisa é o duplo conforme (que será tratado no quarto capítulo); outra coisa é a limitação recursal e coisa julgada, o que leva a alguns autores confundir o grau revisional cindido em diferentes tribunais com uma espécie de terceiro e quarto graus, que não tem qualquer relação com a realidade.

É da opinião de GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, que “o princípio do duplo grau se esgota nos recursos cabíveis no âmbito da revisão, por uma única vez. Os

²⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 20.

²¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 36.

²¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 20.

²¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 36.

²¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 37. Se sustenta o autor para dizer que os recursos ao STJ e STF funcionariam como terceiro e quarto grau em GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, indicados na próxima nota de rodapé.

recursos de terceiro grau das Justiças trabalhista e eleitoral, o recurso especial, para o STJ, e o extraordinário, para o STF, não se enquadram na garantia do duplo grau.”²¹⁴

A garantia do duplo grau, apesar de implícita é autônoma e de base constitucional, decorre da Lei Maior já que esta estrutura os órgãos da chamada jurisdição superior. Ela também é “extraída do princípio constitucional da igualdade, pelo qual os litigantes em paridade de condições devem poder usufruir ao menos de um recurso para a revisão das decisões, não sendo admissível que venha ele previsto para algumas e não para outras.”²¹⁵ Além de ser uma forma de controle da legalidade e da justiça das decisões e o juízo único fere o devido processo legal, segundo os mesmos autores²¹⁶.

A paridade de armas no processo penal não pode ser um reducionismo e, assim, é necessário se indagar como ela pode ser resguardada para o direito processual penal. Senão, deve-se pensar: é possível iniciar um processo para declarar o réu inocente? Não, pois ele é presumidamente inocente. É possível o acusado pleitear a prisão da outra parte? Não, pois não teria conexão com o que se pode afirmar naquele processo, com o caso penal. De tal sorte que simplesmente reduzir tudo a igualdade, ou paridade, no caso do processo penal pode apresentar justificação insuficiente e ser sintoma da adoção de premissas teóricas impróprias para a seara do direito de que trata.

Tal qual vários outros autores, GUSTAVO BADARÓ²¹⁷ também indica uma ausência de previsão explícita do duplo grau de jurisdição na atual Constituição, apesar de previsto expressamente na Constituição do Império (1824), em seu artigo 158²¹⁸.

Quanto aos limites do duplo grau, essas se limitariam ao “reexame da decisão, por uma única vez”²¹⁹. Acrescenta-se que, no que se refere à matéria, tanto o *error in iudicando* quanto ao *error in procedendo* são passíveis de correção por intermédio de recurso, ou seja, sujeitos ao duplo grau de jurisdição, tanto no que se refere à matéria quanto no que se refere ao direito. Já no que se refere às decisões, esclarecem os autores que há decisões interlocutórias irrecorríveis e, caso haja dano irreparável à parte, poderão ser impugnadas por *habeas corpus*, reclamação, correição parcial ou mandado de segurança²²⁰.

²¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 21.

²¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 21.

²¹⁶ *idem.*

²¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 37.

²¹⁸ Constituição de 1824, “Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos.”

²¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 24.

²²⁰ *idem.*

Ora, os citados autores chegam a ser contraditórios, pois disseram acima²²¹ que a tendência é que o segundo grau abarque mais as questões de direito por não ter tido contado direto com a prova, de tal sorte que fica frágil pensar que o segundo grau de jurisdição possa resguardar efetivamente a reanálise do mérito do processo.

GUSTAVO BADARÓ alude que pouco importa se o recurso está implícito ou explícito no ordenamento já que o fundamental é definir se é possível que uma decisão penal, a exemplo da sentença absolutória ou condenatória, poderia ser irrecorrível. Se negativa a resposta passa a ser necessário compreender a abrangência do meio impugnativo e sua finalidade. Neste sentido, como o recurso permitiria uma depuração do conteúdo do decidido e que em regra o julgamento seja monocrático, a injustiça se reduz a um só erro, o que num órgão colegiado estaria minimizado, pois, nos tribunais estariam magistrados mais experientes. Sem ignorar o fato de o juiz passar a ter mais cuidado ao decidir, já que sua decisão poderá ser reanalisada por órgão superior, embora nada assegure uma decisão melhor em segundo grau²²².

Sobre o conteúdo do duplo grau de jurisdição diz GUSTAVO BADARÓ que:

Do conteúdo semântico da expressão “duplo grau de jurisdição” e com alguma complementação lógica, o mínimo a se extrair de tal direito é que seria um modelo de sistema judiciário segundo o qual o conteúdo das decisões de mérito poderia ser objeto de duas estatuições sucessivas, por órgãos diversos, sendo que a decisão posterior prevalece sobre a anterior.²²³

Com a ressalva de que o recurso deve ser julgado por composição colegiada e órgão diverso da decisão do juiz *a quo*. Ainda, o direito ao duplo grau exercitável por recurso “não é absoluto ou totalmente incondicionado podendo a lei subordinar seu exercício ao cumprimento de determinadas condições, entre nós denominadas ‘requisitos de admissibilidade recursal’”²²⁴, desde que não impeça o acesso ao duplo grau, complementa o citado autor.

Daí que o duplo grau de jurisdição, na visão apresentada pelos autores de direito processual, seja cível, seja penal, não fornece meios de compreender sua função no processo penal. O que se pode verificar na tratativa dos porta-vozes autorizados é que a preocupação referente a isso deve espelhar a prática judiciária em termos dogmáticos, para assim

²²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 20. “nada garante que a decisão do tribunal seja melhor do que a do juiz de primeiro grau, que pode ter feito justiça e ver sua decisão reformada. Até porque foi o juiz recorrido que teve, em geral, o contato imediato com as partes e as provas” ,

²²² BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 38-40.

²²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 40.

²²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 41.

fundamentá-los. Acontece que o duplo grau de jurisdição no processo penal, assume uma face de direito fundamental, já que é ele que resguarda a existência da presunção de inocência.

b) Do princípio da taxatividade, unicidade e unirrecorribilidade

Segundo NERY JÚNIOR, não se deixaria “ao alvedrio das partes a possibilidade de criação de recursos para exercitarem”²²⁵, menos ainda a escolha do melhor recurso para manejarem. Assim, no primeiro caso, a vedação de novos recursos se dá pelo princípio da taxatividade, enquanto que a vedação à escolha do melhor recurso se dá pela condição de *numerus clausus* da lei federal. Não poder escolher os demais recursos estaria vedado pelo princípio da singularidade dos recursos, já que “existe único e típico recurso para cada decisão judicial impugnável”²²⁶.

BARBOSA MOREIRA²²⁷ anota que, na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, a taxatividade está ligada à ideia de unicidade do recurso, manifestando-se na impossibilidade de interposição de mais de um recurso contra a mesma decisão *lato sensu*. Em decisões mais complexas, haveria a composição de distintitos requisitos de admissibilidade para os diferentes recursos.

O princípio da singularidade, unirrecorribilidade ou unicidade, informa que para cada ato judicial haveria um único recurso previsto no ordenamento²²⁸. De tal sorte que para delimitar qual o recurso cabível deve ser feita a aferição “*finalística do conteúdo desse mesmo ato*”²²⁹ a partir da definição da natureza do pronunciamento judicial.

Para BARBOSA MOREIRA, depois das abstrações das decisões irrecorríveis, tem-se que “tanto no direito anterior como no vigente, porém, a regra geral era e continua a ser a de que, para cada caso, há um recurso adequado e somente um. É o que se denomina princípio da unicidade do recurso”²³⁰.

De forma lata, há a impossibilidade de interposição de mais de um recurso contra uma única decisão. Tal princípio sofreria mitigação e não se aplicaria em decisões complexas em que para capítulos distintos conglome requisitos de admissibilidade de recursos diferentes já que cada capítulo seria uma decisão *per se*²³¹.

ARAKEN DE ASSIS sobre este item consigna que “nenhum ordenamento jurídico pode deixar à autonomia dos litigantes a instituição dos meios hábeis para impugnar as

²²⁵ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 45-46.

²²⁶ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 46.

²²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 247.

²²⁸ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 90.

²²⁹ *idem*.

²³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 247.

²³¹ *idem*.

resoluções judiciais”²³². Não caberia aos litigantes escolher a via de impugnação possível, de tal sorte que a tipicidade do recurso seria predeterminada, chamando-se isso de taxatividade.

O autor nos informa que o CPC de 1939 adotava expressamente a singularidade, também conhecida por unidade recursal ou unirrecorribilidade. A normativa seguinte, de 1973, foi omissa acerca desta questão, esclarecendo-se que a regra continuou a ser a de que, “para cada caso, há um recurso adequado, e somente um”²³³, apesar do próprio ordenamento poder comportar exceções à unirrecorribilidade.

KOZIKOSKI, a seu turno, indica que o princípio da taxatividade veda “aos recorrentes o exercício aleatório de suas razões de irresignação”²³⁴. Destaca ainda, o autor, que “as normas que tipificam os recursos não comportam interpretação extensiva ou analógica, de forma a garantir a taxatividade prevista em lei”²³⁵.

É pacífico, assim, que os recursos dependem de previsão legal (...), de modo que o rol dos mesmos, bem como as hipóteses de cabimento respectivas, configura um elenco exaustivo. Em outras palavras, a lei confere um determinado tipo de recurso para cada ato de conteúdo decisório, sendo que, por óbvio, para fixação dos contornos desse princípio, necessário se faz o enfrentamento acerca da natureza jurídica do provimento jurisdicional.²³⁶

É de se perceber que praticamente o mesmo enfoque é dado pelos processualistas penais, adeptos da teoria geral do processo, como GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES. Sobre este ponto definem que os recursos demandam previsão legal, com um rol taxativo e com as hipóteses de cabimento previstas taxativamente. Então, a submissão de alguma decisão judiciária à revisão deve estar prevista em lei. Diriam os autores que “na tentativa de equilibrar as garantias do valor justiça e do valor certeza, não se pode admitir que a via recursal permaneça infinitamente aberta, o que sacrificaria o princípio da segurança jurídica.”²³⁷

Sobre a taxatividade (na visão dos autores) ainda é importante ressaltar que “sendo a garantia do duplo grau de jurisdição princípio inerente ao Estado de Direito, enquadrável no ‘devido processo legal’ se da decisão de primeiro grau não couber recurso, ficará sempre aberta ao interessado a via das ações autônomas de impugnação”²³⁸ que funcionariam até mesmo como sucedâneo do recurso.

²³² ASSIS, Araken. *op. cit.*, p. 77.

²³³ ASSIS, Araken. *op. cit.*, p. 83-84.

²³⁴ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *op. cit.*, p. 173.

²³⁵ *idem*.

²³⁶ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *op. cit.*, p. 173-174.

²³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 32.

Em tópico separado, GRINVOER, GOMES FILHO e FERNANDES²³⁹ tratam sobre a unirecorribilidade das decisões que diz com a possibilidade de um único recurso para cada decisão, mas que não fere a unirecorribilidade as decisões complexas em que a lei preveja recursos concomitantes.

Ora, a aparente simplificação que o princípio da unicidade ou taxatividade traz impõe um disfarçado tratamento acerca desta matéria. Não conseguem os autores explicar de forma racional a interposição em conjunto do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, o que aponta para aquilo que já se alertou acima, isto é, a explicação e estruturação dos supostos princípios dos recursos comporta muito mais uma explicação da prática judiciária do que o estabelecimento de uma teoria dos recursos propriamente dita. A recorribilidade dos recursos especial e extraordinário ocorrem ao mesmo tempo pois a competência para sua análise em cada uma das cortes fará análise de aspectos distintos da mesma decisão, inclusive, às vezes, na sua integridade.

Para GUSTAVO BADARÓ o “princípio da taxatividade determina que somente podem ser utilizados os recursos expressamente previstos em lei e nos casos em que ela os admite.”²⁴⁰ Mas, o princípio da taxatividade carrega uma dupla face, na primeira delas deve estabelecer quais decisões são passíveis de recursos e qual o recurso seria adequado para cada decisão, ou seja, a taxatividade é dos meios de impugnação²⁴¹.

GUSTAVO BADARÓ compreende que o princípio da unirecorribilidade das decisões, ou unidade recursal (o qual impõe que cada decisão recorrível somente seria adequado um único recurso) ou seja, “a cada decisão corresponderá um recurso. Ou, o que é reverso da mesma medalha, uma decisão não poderá ser impugnada por mais de um recurso. Só se pode usar um recurso, cada vez”²⁴². Destaca o autor que ao se deparar com “decisões objetivamente complexas com capítulos distintos, se possa interpor um recurso distinto para cada capítulo”, que se possa interpor uma parte de um acórdão o qual violou a lei federal e outra que violou a Constituição, logo, seria possível a interposição por recurso especial e extraordinário respectivamente²⁴³.

Os princípios espelham, na verdade, uma tentativa de se adequar a compreensão pseudocientífica para a explicação prática dos recursos.

²³⁸ *idem.*

²³⁹ GRINVOER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 32-33.

²⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 83.

²⁴¹ *idem.*

²⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 87-88.

Os recursos e o duplo grau de jurisdição, nesse sentido, são garantia da pessoa. A previsibilidade de um recurso garante a ela a utilização dessa via para rever, jurisdicionalmente, o posicionamento da decisão. Neste sentido, o que se opera não é a unirrecorribilidade das decisões judiciais, mas, sim, o exercício da garantia prevista legalmente. Aí concorda-se que há a presença do devido processo legal, mas efetivamente como estruturante da possibilidade de ver e rever o seu processo a partir da proteção da garantia de uma decisão correta. De tal sorte que é muito mais compreensível se perceber as coisas assim do que tentar nominar um pseudo princípio para suplantiar uma questão basilar, o caminho pelo qual é necessário o Estado trilhar para submeter alguém à pena.

c) Princípio da Fungibilidade

O princípio da fungibilidade não estava previsto no CPC de 1973, mas, segundo informa NERY JÚNIOR²⁴⁴, por se tratar de princípio, não precisaria estar expresso. Serve, então, para preservar a parte que teria usado um recurso cuja utilização poderia gerar dúvidas, ao invés de implicar na utilização de outro mais adequado. Assim, ter-se-ia o cuidado de se evitar a promiscuidade em matéria de recursos e, em alguns casos, até a má-fé de difícil comprovação²⁴⁵.

Aduz o autor que no CPC de 1939 existia uma “verdadeira promiscuidade em matéria de recursos”²⁴⁶, “mas também pelos numerosos recursos previstos pelo código, dificultando o rápido andamento do processo, além de causar perplexidades às partes, que, não raro, ficavam sem saber qual o recurso correto para impugnar determinada decisão judicial.”²⁴⁷

Isso chega a ser relatado na própria exposição de motivos do CPC de 1973²⁴⁸, que demonstra a preocupação dos autores do Código em simplificar o sistema recursal. No entanto, NERY JÚNIOR²⁴⁹ narra que, mesmo assim, restam dúvidas e divergências doutrinárias e jurisprudenciais para que se deixe qualquer das partes prejudicadas por conta da interposição de via considerada imprópria.

Para que haja a fungibilidade recursal é necessário que se sigam algumas regras, quais sejam: dúvida objetiva sobre qual recurso cabível; inexistência de erro grosseiro;

²⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 88.

²⁴⁴ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 109.

²⁴⁵ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 109-113.

²⁴⁶ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 109.

²⁴⁷ *idem*.

²⁴⁸ Fundamentalmente nos itens 31 a 33 BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>, acesso em 10 de julho de 2017, p. 29-30.

²⁴⁹ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 110.

irrelevância do prazo do recurso próprio, ou prazo menor. ARAKEN DE ASSIS²⁵⁰ explica que era notável a sistemática recursal contra os atos decisórios de primeiro grau. Casos de dúvida objetiva serviriam as questões controversas, seja na doutrina ou jurisprudência, acerca do recurso próprio para algum ato decisório específico. Trata o autor da admissibilidade do princípio da fungibilidade, por se tratar de norma então implícita a partir de 1973 e, por fim, demonstra as condições para a aplicação do princípio da fungibilidade.

Também esclarece ARAKEN DE ASSIS²⁵¹ que não importa a má-fé para não se aceitar a admissibilidade do recurso, pois a parte poderia interpor o recurso de má-fé ou apresentar recurso próprio. Chama-se atenção para que se aceite um recurso pelo outro, desde que haja dúvida objetiva, inexistência de erro grosseiro e que o recurso erroneamente interposto tenha sido manejado dentro do prazo daquele que se pretende transformá-lo.

SANDRO KOZIKOSKI²⁵² discorre que houve encampação do princípio da fungibilidade após uma divergência doutrinária. Como normas otimizadoras de conduta, aceita-se o princípio implicitamente. Embora tenha havido simplificação do sistema recursal, não se eliminou toda e qualquer dúvida quanto ao recurso adequado, o que limitaria a plenitude do duplo grau.

Assim: “revela-se o princípio da fungibilidade a partir da possibilidade de que, sempre que exista dúvida objetiva acerca de qual recurso cabível, em face de uma decisão judicial, e acaso interposta outra modalidade recursal que não aquela considerada admissível”²⁵³, ele será processado desde que “obedecidos aos demais pressupostos e requisitos. O próprio vocábulo fungível evoca a ideia substanciada no princípio de que ora se cogita. Com efeito, a fungibilidade é uma qualidade de que um determinado objeto que contempla a sua permuta por algo compatível”²⁵⁴.

Deve-se perceber que nem mesmo sobre o suposto princípio da taxatividade tratam, pois, ao se tratar de fungibilidade está se afastando a taxatividade. Mas, como explicitado, tudo isso fora vertido para a compreensão do que se deve tratar acerca da prática judiciária. A problemática da fungibilidade aparece quando a norma a prevê, e assim a doutrina acaba por enfrentar essa problemática. Por força de mudança, a ausência faz com que permaneça na doutrina mesmo sem previsibilidade na legislação.

Informam GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES que “recurso

²⁵⁰ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 86 a 92.

²⁵¹ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p.92

²⁵² KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *op. cit.*, p. 178.

²⁵³ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *op. cit.*, p. 179.

²⁵⁴ *idem.*

erroneamente interposto pode ser conhecido pelo outro, desde que não haja má-fé. Há (...) aproveitamento do recurso erroneamente interposto, mediante sua conversão no adequado, em homenagem ao princípio de que o processo não deve sacrificar o fundo pela forma.”²⁵⁵. Os autores²⁵⁶ destacam que, mesmo quando houver interposição fora do prazo do recurso correto a ser interposto, poderia ser recebido, como aconteceria, segundo os próprios, no processo civil. Muito embora o artigo 570 do Código de Processo Penal preveja o oposto. Assim, se realmente houver incerteza sobre o recurso adequado deveria ser aceito o prazo que não prejudicasse à parte.

GUSTAVO BADARÓ²⁵⁷ esclarece que o princípio da fungibilidade recursal está expressamente previsto no artigo 579 do CPP, a única exceção a conhecer de um recurso inadequadamente interposto seria o caso de má-fé, no caso de a fungibilidade recursal se tratar de mecanismo de manobra para o *improbis litigator*. É indispensável identificar que a má-fé não se presume, como informa o autor, de tal sorte que direciona o citado artigo ao conhecimento dos recursos. Ainda, com o próprio autor, a prática forense tem identificado a inocorrência de má-fé pela ausência de erro grosseiro e a interposição do recurso impróprio no prazo do recurso cabível, se menor.

Também apresenta a preocupação de que, em ocorrendo dúvida sobre o recurso cabível, deveria ser aceito o recurso impróprio impetrado com maior prazo e deveria, neste caso, ser conhecido como se fosse o próprio recurso adequado. O que não ocorrerá quando não houver dúvida objetiva, que indicaria a má-fé²⁵⁸.

Destaca o referido autor que “o princípio da fungibilidade recursal deve ser aplicado, também, em relação às ações autônomas de impugnação. Há muita semelhança entre o *habeas corpus* e o mandado de segurança.”²⁵⁹ Ainda se considera que ambas têm a mesma natureza jurídica por se tratar de ações constitucionais de rito expedito, as quais garantem direitos fundamentais do indivíduo.

A própria fungibilidade, em si, é instituto que pode ser compreendido melhor ao se verificar os recursos com o foco no indivíduo, da pessoa. É necessário resguardar o interesse da pessoa no processo penal. De tal sorte que ao ser intimada de uma decisão, deve ter a possibilidade de se manifestar contrário a ela, se deseja recorrer. Ora, é o que se poderia

²⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 34.

²⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 36.

²⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 90.

²⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 92-93.

²⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 93-94.

aplicar quando se presume alguém inocente. Acontece que a escolha correta de cada recurso deve ser pautada a partir da defesa técnica, mas, sem dúvidas, não se pode exigir do indivíduo o discernimento se é cabível um recurso ou outro.

A existência da fungibilidade abarca a compreensão de um sistema muito complexo e que não fortalece as garantias, pois a interposição de recursos deve se pautar mais no interesse de recorrer do que efetivamente em qual recurso deve se manejar. Isso, por evidente, com foco na garantia da pessoa inocente.

d) Da dialeticidade

O Princípio da Dialeticidade cinge-se ao porquê do recurso, ou seja, a parte deve apresentar as razões discursivas para recorrer, o que se traduz por uma exigência legal da motivação²⁶⁰.

Entendem os processualistas civis que, quando não há previsão de forma especial para interposição do recurso, será por “petição, acompanhada das razões do inconformismo e do pedido de nova decisão”²⁶¹.

Compreende NERY JÚNIOR²⁶² que o contraditório só pode ser efetivado a partir das alegações, frente ao juízo *a quo*, e com isso se fixa o limite de aplicação da jurisdição levada pela substitutividade. Diante dos motivos da decisão recorrida, existirão as razões do recurso sobre as quais se debruçará o tribunal *ad quem*. A ausência dessa razão causaria seu não conhecimento.

Diz NERY JÚNIOR que “sem as razões seria impossível formar-se o contraditório, pois o recorrido não saberia o que rebater”²⁶³ e também seria quase impossível estabelecer a devolutividade do recurso pois devolve-se “ao conhecimento do tribunal somente a matéria impugnada”²⁶⁴.

ARAKEN DE ASSIS informa que “o ônus de o recorrente motivar o recurso no ato da interposição”²⁶⁵ é o que se pode entender por princípio da dialeticidade. Faz, inclusive, uma analogia à petição que forma o processo, ou seja, será inepto o recurso se “desprovido de causa hábil para subsidiar o pedido de reforma, de invalidação ou de integração do ato impugnado (...) através da qual partes e terceiros deduzem pretensões”²⁶⁶.

²⁶⁰ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 146.

²⁶¹ *idem*.

²⁶² NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 147.

²⁶³ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 148.

²⁶⁴ *idem*.

²⁶⁵ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 94.

²⁶⁶ *idem*.

O autor²⁶⁷ chama atenção, neste ponto, à distinção para o processo penal, no qual alguns recursos não teriam obrigatoriedade de serem imediatamente motivados. Complementa que no exemplo do direito português seria possível que as razões do recurso possam ser consideradas deficientes, obscuras ou incongruentes e, neste caso, o relator do recurso mandaria que a parte apresentasse, completasse, esclarecesse ou sintetizasse as razões, assegurado neste caso o contraditório²⁶⁸.

É possível observar, então, que a depender do ordenamento o princípio da dialeticidade pode estar lá para proteger o indivíduo, ou seja, se for obscuro, a razão de recorrer, no sistema português, como acima relatado, poder-se-ia acrescentar as razões recursais, isso tudo para proteger e permitir que a parte tenha protegido o seu direito ao recurso ou até a garantia de recorrer a tribunal superior.

ARAKEN DE ASSIS ainda informa que é indispensável a simetria entre o decidido e o alegado no recurso, ou seja, “a motivação deve ser, a um só tempo, específica, pertinente e atual”²⁶⁹.

SANDRO KOZIKOSKI trata do princípio da dialeticidade como “decorrência expressa do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório”²⁷⁰. Até porque são as alegações do recorrente que possibilitam o contraditório frente ao juízo *ad quem*. Complementa que “o princípio do contraditório em matéria recursal deve balizar, inclusive, os julgamentos monocráticos na esfera dos tribunais brasileiros”²⁷¹.

Pensamento quase idêntico pode ser visto pelos processualistas penais já que o princípio da dialeticidade impõe que o recorrente “deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal”²⁷². As razões e contrarrazões compõe, nesta visão, elementos indispensáveis para a reanálise do mérito do recurso, no pensamento dos aludidos autores a sua falta ocasionará o não conhecimento do recurso.

O princípio da dialeticidade impõe que além “da manifestação de vontade de impugnar o ato o recorrente deverá expor as razões pelas quais recorre e a parte contrária terá o direito de apresentar contrarrazões.” Este princípio se desenvolve na própria estrutura do

²⁶⁷ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 94 a 95.

²⁶⁸ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 94 a 95.

²⁶⁹ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 96.

²⁷⁰ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo, p. 193.

²⁷¹ *idem*.

primeiro grau, baseada no contraditório, que garante a participação dos “interessados no ato final de poder, também tem função heurística, por permitir que, pelo confronto dialético entre tese e antítese, o juiz chegue a uma síntese de melhor qualidade”²⁷³.

Considerações sobre o princípio da dialeticidade traçadas por GUSTAVO BADARÓ²⁷⁴ impõem que o recurso não poderia ser julgado sem o efetivo exercício do contraditório, além é claro, da subida do recurso sem as razões, para os casos de recurso em sentido estrito e apelação, já que o tribunal não teria elementos para julgar o recurso sem nem saber se houve erro *in procedendo* ou *iudicando*.

É evidente que o órgão *ad quem*, que é quem virá a analisar os recursos deve saber os motivos de insatisfação do recorrente. Mas o segundo grau não pode ser espécie de falsa impressão de reanálise. Isto porque é necessário que o órgão *ad quem* tenha contato direto com a prova para os recursos que atacam o mérito da decisão e, em princípio, há revolvimento da matéria fática, caso contrário, poder-se-á criar a compreensão de que o segundo grau se torne apenas mera afirmação do trabalho do primeiro grau, ou uma instância de punição a mais.

e) Princípio da voluntariedade

O princípio da voluntariedade, a seu turno, seria a manifestação expressa sobre a vontade de recorrer, o que integraria o elemento volitivo, atrelado ao elemento descritivo da insatisfação sobre a decisão. De certo que “a vontade de recorrer deve ser indubitavelmente manifestada pela parte que teria interesse na reforma ou invalidação do ato judicial impugnável”²⁷⁵.

Se o recurso foi “interposto sem o conhecimento e vontade da parte recorrente não pode ser reconhecido”²⁷⁶, sustenta NERY JÚNIOR²⁷⁷. Da mesma forma, não pode o juiz interpor recurso pela parte, mesmo com grau de incapacidade ou hipossuficiência. Também, a manifestação do interesse de recorrer deve ser indubitosa.

Ao instituto da voluntariedade importa a renúncia ou desistência, os quais são fatos impeditivos e extintivos do poder de recorrer²⁷⁸.

ARAKEN DE ASSIS informa que é ônus da parte procurar maior benefício do que aquele que foi concedido, na decisão, através de recurso. Somente pelo ato de recorrer, o

²⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 36.

²⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 96.

²⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 97.

²⁷⁵ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 149.

²⁷⁶ *idem*.

²⁷⁷ *idem*.

recurso passa a existir no mundo jurídico, o que se desenvolve pelo princípio da voluntariedade, e diz que é “lícito ao legitimado a recorrer dispor do recurso, renunciando ou desistindo.”²⁷⁹ Isso comporta a própria identidade do voluntário.

Dirá ARAKEN DE ASSIS que “a voluntariedade surge no recurso *ex officio*. Constitui simples faculdade o recurso interposto pelo presidente do Tribunal contra “decisões proferidas em dissídio coletivo”²⁸⁰(...) o recurso *ex officio* na Justiça do Trabalho é uma faculdade, e não um dever do presidente do Tribunal”²⁸¹. Já que, pelo autor, é ele quem decide se recorre.

Vozes sempre terão para defender até mesmo que o recurso *ex officio* tem “natureza jurídica” de recurso, apesar de não ser voluntário pois traz o que seria essencial que é “por excelência, de todo recurso: o suscitamento de reexame do julgado”²⁸². Estes vão compreender que o recurso ou reexame necessário não estão em desconformidade com a Constituição.²⁸³ Necessário pois as palavras de LEONARDO MARINHO “tome por exemplo o Recurso de Ofício, que em vez de tutelar o direito de defesa e ampla argumentação, tinha por objetivo a reafirmação do poder central e o controle do poder delegado. Em especial controlava-se o poder que tinha o Juiz para iniciar uma investigação”²⁸⁴ além de controlar o poder do juiz ao se inflingir tormentos e valorar provas.

SANDRO KOZIKOSKI vai um pouco além e traz que o princípio da voluntariedade é “decorrência lógica do princípio dispositivo (cujos postulados são basilares e fundantes da ciência processual), eis que se exige a iniciativa da parte para fins de interposição do recurso e, de igual forma, confere-se ao recorrente a liberdade de fixar o âmbito de abrangência”²⁸⁵. E é por este princípio que o recorrente delimita o âmbito de sua impugnação, além de ser esse facultado de dispor do recurso interposto ou renunciar do direito de recorrer²⁸⁶.

Isso tudo dito para o processo civil, comporta uma forma de compreensão sistêmica deles. Entretanto, quando transposto ao processo penal, começa a elasticidade hermenêutica para tentar adaptar o conteúdo para a ciência do processo penal.

²⁷⁸ *idem*.

²⁷⁹ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 96.

²⁸⁰ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 97.

²⁸¹ *idem*.

²⁸² SANTIAGO. Nestor Eduardo Araruna. *Do recurso ex officio no processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 62.

²⁸³ FISCHER, Douglas. *Recursos, habeas corpus e mandado de segurança no processo penal*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

²⁸⁴ MARQUES, Leonardo Marinho. *A hiper-racionalidade inquisitória*. In: BONATO, Gilson. *Processo penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 483.

²⁸⁵ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *op. cit.*, p. 187.

²⁸⁶ *idem*.

GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES²⁸⁷ tratam da voluntariedade quando discorrem sobre os recursos de uma forma geral, sem se tratar dos princípios. Para este tópico os ditos autores tratam da disponibilidade dos recursos no tópico dos princípios. É da própria natureza dos recursos a impugnação voluntária das decisões. Os autores informam que “A regra da disponibilidade sofre, porém, exceções no processo penal, em que a relação jurídica de direito material controvertida é de natureza indisponível, havendo limitações à disponibilidade dos recursos quando estejam em jogo os direitos de acusar e de defender.”²⁸⁸

Para esses autores, então a voluntariedade se liga à interposição do recurso, ou seja, seu contrário é a renúncia. Enquanto que a desistência se liga ao recurso já interposto e estes têm efeitos preclusivos e irrevogáveis. Em havendo renúncia do réu, e interposição de recurso pelo defensor torna-a inválida, entendem GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES²⁸⁹ que deve prevalecer a vontade do defensor sobretudo para a melhor garantia do direito de defesa.

Perceba-se que há dissonância do que se trata como voluntariedade para o processo civil, mas não se consegue explicar necessariamente como se dá a diferença. O que valerá é a possibilidade de que mais aproveite ao réu só se explica e se fundamenta na compreensão do recurso ser garantia da pessoa. Dessa forma, é possível perceber que, mesmo que o indivíduo não saiba ou esteja resignado sobre a decisão jurisdicional, a disparidade se funda no conhecimento técnico do defensor, que saberá se é caso de interpor o recurso, em alguma medida. Assim, o sistema se adequa para aproveitar e proteger a pessoa, garantia que é.

Pelo paradigma da teoria unitária do processo penal é possível pensar que “o MP não é obrigado a recorrer, mas, por disposição expressa do Código não pode desistir do recurso interposto”²⁹⁰. Nem seria possível o Ministério Público restringir o âmbito da interposição do recurso já que isso importaria em desistência parcial²⁹¹. Paira dúvida sobre o assunto e havendo disparidade entre a vontade de recorrer do réu e do seu defensor o que se fará? A única resposta dada pelos autores é de que prevalece a vontade da defesa técnica, o que talvez não faça do recurso palco de garantia da pessoa.

Sobre a voluntariedade dos recursos GUSTAVO BADARÓ²⁹² já aponta a

²⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 37.

²⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 37.

²⁸⁹ *idem.*

²⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 38.

²⁹¹ *idem.*

²⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 75.

impropriedade do dito recurso de ofício e que estes não deviam ser aplicados. Passa a fazer a leitura do recurso como uma garantia do acusado, como reforço ao seu estado de inocência. Ainda sobre este ponto, como por existir uma pressuposição de erro da decisão recorrida e pela possibilidade de prejudicar o réu, todas as definições legais de recurso de ofício do Código de Processo Penal “não devam ser consideradas recepcionadas, pela nova ordem constitucional, nenhuma das previsões legais do chamado recurso *ex officio*”²⁹³.

Tratado tal princípio como disponibilidade, também, já que “a disponibilidade recursal significa que a interposição ou não do recurso é deixada à livre escolha da parte. A parte prejudicada não é obrigada a recorrer”²⁹⁴. Então, a disponibilidade se manifesta “na possibilidade de a parte renunciar ao direito de recorrer, bem como de desistir do recurso já interposto”²⁹⁵.

Mas GUSTAVO BADARÓ²⁹⁶ entende que o Ministério Público, muito embora não esteja obrigado a recorrer, não poderia desistir do recurso ou mesmo restringir o âmbito do recurso interposto, com o destaque para as classificações: se pleno ou parcial também não poderia restringi-lo.

O que parece que falta ao autor é justamente compreender que se o segundo grau de jurisdição é proteção da pessoa, perceberia que o Ministério Público sequer tem legitimidade recursal como entendida pela lógica do recurso enquanto garantia da pessoa, pela leitura correta do Pacto de São José da Costa Rica, a qual será verificado no último capítulo.

f) Princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias

O princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias se presta, de acordo com NERY JÚNIOR²⁹⁷, a impedir que se paralise todo o curso do processo para preservar a concentração dos atos processuais e garantir, ainda, a economia processual, apesar de não importar diretamente a irrecorribilidade das decisões interlocutórias de forma ampla, já que na processualística civil existe a figura do agravo.

“O que define a questão é a locução *em separado*, que significa impugnação com a suspensão do processo”²⁹⁸. Inibe-se, pois, o efeito suspensivo dos recursos para atacar decisões interlocutórias. Esta separação não se dá sobre o mundo físico, até porque se destaca dos autos principais a decisão a fim de que se não paralise o processo principal, embora este

²⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 78.

²⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 98.

²⁹⁵ *idem.*

²⁹⁶ *idem.*

²⁹⁷ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 150.

²⁹⁸ *idem.*

princípio comporte exceções²⁹⁹.

ARAKEN DE ASSIS³⁰⁰ informa que representa um problema de política legislativa admitir recurso das decisões interlocutórias e isso define a espécie de processo que é utilizado no país, por conta da celeridade do procedimento de primeiro grau. Com essa definição se corrige os problemas do processo escrito, já que andavam os recursos em comum com o conjunto da receita da oralidade que teria empolgado elaboradores do CPC de 1939 e causou ruptura com a tradição proveniente do reinado³⁰¹.

Com isso o agravo nos autos do processo assegurava a irrecorribilidade em separado das interlocutórias, mas o autor do projeto abandonou a sua concepção originária e impôs a admissibilidade do agravo contra todas as interlocutórias. Assim, este princípio, o da irrecorribilidade em separado “das interlocutórias se expressa na ausência de efeito suspensivo, diretamente auxiliado pela formação de autos próprios para a tramitação do agravo de instrumento”³⁰².

Assim como a processualística civil, GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES indicam como princípio dos recursos a irrecorribilidade das interlocutórias e informam que a regra no processo penal é a irrecorribilidade, com exceção para as decisões previstas pelo recurso em sentido estrito. As demais decisões que não poderiam ser atacadas por recurso poderão ser impugnadas no recurso remanescente, apelação, já que não resta preclusão e, em caso de dano irreparável à parte “poderão ser imediatamente impugnadas por *habeas corpus*, mandado de segurança, correção parcial ou reclamação.”³⁰³

Justamente como se tem indicado os então considerados princípios dos recursos, tanto para a processualística civil quanto penal, são aquilo que a prática judiciária disser que é. Basta uma nova previsão legal que a teoria se verta a tão somente explicar o que a lei propõe em termos de prática judiciária.

Acontece que para esses existe a necessidade de tratar da irrecorribilidade de decisões interlocutórias se acaso o sistema tratar da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. É como se uma lei pudesse desfazer um princípio. Ou isso, ou não é princípio e não cabe na teoria, porque não é de teoria que se trata.

²⁹⁹ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 151.

³⁰⁰ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 98.

³⁰¹ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 98.

³⁰² ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 98-99.

³⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 38.

GUSTAVO BADARÓ³⁰⁴ ao tratar deste tópico apresenta a discussão acerca do tipo de procedimento de primeiro grau. Se um procedimento concentrado, não se terá a possibilidade de recorribilidade das interlocutórias; se, do contrário, um procedimento é cindido pelo tempo, poderia se adotar uma possibilidade de recorribilidade das interlocutórias. Nesse ponto, destaca que entre os dois sistemas opostos pode ser estabelecido um rol de possíveis decisões que poderiam ser submetidas a recurso, mesmo se interlocutória. Informa o autor que o CPP de 1941 adotou esta sistemática, ou seja, não é qualquer interlocutória recorrível, apenas as expressamente previstas pelo recurso em sentido estrito.

O autor indica que ao “ao lado da defesa, decisões interlocutórias que causassem gravame ao acusado e gerassem uma ameaça à sua liberdade de locomoção, poderiam ser impugnadas por meio da ação autônoma de *habeas corpus*.”³⁰⁵ Ou seja, para fora do âmbito recursal, devendo ser tratado por nova relação processual³⁰⁶.

Então, é o que comprova que ou não cabe na teoria a previsão de irrecorribilidade, ou a teoria, na verdade fora nominada erroneamente e deveria se chamar descrição da práxis judiciária. Pois o que se tem sobre a irrecorribilidade das interlocutórias, na verdade é um subprincípio da oralidade³⁰⁷, que tem uma razão pela qual existe, qual seja, preservar o procedimento oral, já que a interposição de recurso interromperia o andamento e macularia a preservação de todo o complexo de coisas que se preserva com um sistema oral, qual seja, imediação, identidade física do juiz e audiência una.

g) Princípio da complementaridade

Para o direito processual civil, é bem demarcado o princípio da complementaridade, que importa dizer que os recursos devem ser impetrados no prazo previsto na sua completude. A despeito do que ocorreria no Código de Processo Penal em que se abre prazo para as razões, diferente da interposição como no recurso de apelação e sentido estrito, ou seja, interposição e razões cindidos³⁰⁸.

Compreende-se, portanto, que caso a interposição não venha acompanhada das razões de interposição do recurso, “não poderá mais praticar o ato processual de fundamentar

³⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 99.

³⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 99.

³⁰⁶ Sobre *habeas corpus*, obra indispensável é MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus: direito constitucional e processual comparado* Tomo I e II. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1979. E também PACHECO, José Ernani de Carvalho. *Habeas corpus*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1974.

³⁰⁷ Sobre o assunto da oralidade já foi estudado no artigo em co-autoria em: PAULA, Leonardo Costa de. *O princípio da oralidade no processo penal brasileiro – leis 11.689, 11.690 e 11.719 de 2008*. In: CASARA, Rubens R.R.; LIMA, Joel Corrêa de. *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 551 e ss.

³⁰⁸ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 151.

o recurso por já haver passado a oportunidade de fazê-lo”³⁰⁹, é o que se chamam de preclusão consumativa.

ARAKEN DE ASSIS explica que “a motivação e o pedido de reforma, de invalidação ou de integração predetermina a extensão do recurso”³¹⁰. Se preocupa a processualística civil em explicar casos em que se utiliza a via recursal logo que o prazo em comum se abre para a interposição de recurso, e uma parte, por exemplo, interpõe apelação, enquanto a outra parte interpõe embargos de declaração. O princípio da complementaridade permite que se complemente o recurso com as razões relativas àquela parte contra a qual não era possível recorrer.

Exatamente da mesma forma que o anterior, tratam GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES que “pelo princípio da complementaridade, o recorrente poderá complementar a fundamentação de seu recurso se houver integração ou complementação da decisão, em virtude do acolhimento dos embargos de declaração”³¹¹. E assim se preservaria o princípio da complementaridade caso tenha ocorrido alguma alteração por força de concessão do recurso de embargos de declaração a parte poderá complementar o recurso.

Observa-se muito mais uma suposta teoria espelhada para explicar seu sentido meramente prático. Em se tratando de recurso como garantia, por evidente que será indispensável intimar a parte da nova decisão; e se deve complementar o recurso, mas é muito mais um procedimento de ordem prática do que um princípio propriamente dito.

h) Princípio da consumação

O princípio da consumação, a seu turno, estabelece que “uma vez já exercido o direito de recorrer, consumou-se a oportunidade de fazê-lo, de sorte a impedir que o recorrente torne a impugnar o pronunciamento judicial já impugnado”³¹². Exceção a essa é o que se passa na questão tratada no tópico precedente, quando há o deferimento de embargos e o recurso principal já havia sido manejado. Para a parte alterada, não haveria operado a preclusão consumativa. Compreendem então que o recurso já foi consumado, entretanto se permite complementar aquele da parcela nova de suas razões.

NERY JÚNIOR. chama atenção para a questão do recurso adesivo, que só existe pelo fato de que a parte estaria de acordo “com o pronunciamento judicial que lhe fora parcialmente desfavorável, aquiescendo a ele com a condição de que a parte adversa não

³⁰⁹ *idem*.

³¹⁰ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 99.

³¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 34.

³¹² NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 161-162.

recorresse. Como a condição se verificou, oferece-lhe o CPC a oportunidade de também interpor recurso, não de forma independente mas pela via adesiva”³¹³. Realidade que a prática processual penal desconhece pela ausência de previsibilidade.

ARAKEN DE ASSIS, por seu turno, informa que “o princípio da consumação tem larga explicação no campo dos recursos (...), as razões de apelação, por exemplo, não comportam modificações”³¹⁴. E, na questão adesiva, a consumação “explica satisfatoriamente a inadmissibilidade de a parte que já recorreu em caráter principal aderir ao recurso autônomo de outra parte”³¹⁵.

GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES³¹⁶ ao tratar sobre a variabilidade dos recursos e preclusão consumativa informa que o princípio da variabilidade quer dizer que a interposição de um recurso não se atrela ao recorrente, o que permite que ele possa interpor outros recursos no prazo. Acontece que isso estava previsto somente no CPC de 1939 e não fazia parte do CPC de 1973. Isso ocasionou a vedação da variabilidade e não impede o uso da fungibilidade quando possível. Os autores são expressos em tratar que a preclusão não impede a complementação do recurso pelo prazo original, acrescentando-se fundamentos, por exemplo.

O fundamento para a complementaridade fica vazio de conteúdo, pois, os diversos autores entendem recurso como direito, às vezes ônus, às vezes como ambos. Mas é desnecessário discutir esta possibilidade se o recurso fosse estabelecido como garantia da pessoa com procedimentos próprios a preservar o melhor interesse desta, evidentemente, quanto ao processual penal.

i) Princípio da proibição da *reformatio in pejus*

O princípio da proibição da *reformatio in pejus* estabelece que a situação mais vantajosa se imponha em relação à decisão impugnada, desde que seja uma única parte a intentar o recurso. NERY JÚNIOR leciona que seria um sinônimo do princípio do efeito devolutivo ou princípio da defesa de coisa julgada parcial, já que o recurso não poderia “piorar a situação do recorrente, ou porque extrapole o âmbito de devolutividade fixado com a interposição do recurso, ou, ainda, em virtude de não haver recurso da parte contrária”³¹⁷.

A própria expressão traduz um paradoxo em si mesma, pois carrega a reforma e

³¹³ NERY JÚNIOR, Neslon. *op. cit.*, p. 165.

³¹⁴ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 101.

³¹⁵ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 101.

³¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 33.

³¹⁷ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 153.

piora em um mesmo termo. Reforma comporta a identidade de melhora³¹⁸. Entretanto, se a parte adversa também interpõe recurso, “não haverá reforma *in pejus* se o tribunal acolher qualquer dos recursos de ambas as partes.”³¹⁹ O que também aconteceria com questões de ordem pública, pois poderiam ser verificadas em qualquer grau de jurisdição e a qualquer tempo e podem ser tratadas *ex officio* pelo órgão jurisdicional que o verificar³²⁰.

NERY JÚNIOR vai além, ao esclarecer que só pode existir *reformatio in pejus* “se houver efeito devolutivo do recurso, isto é, manifestação do princípio dispositivo.”³²¹ Esta análise deve se situar no plano prático e, por exemplo, não comportaria esta compreensão se apenas modificasse a fundamentação da decisão que se recorreu³²².

Há que se destacar que, segundo NERY JÚNIOR³²³, a proibição da *reformatio in pejus* não está explícita no ordenamento e é extraída do sistema e da conjugação dos princípios dispositivo, da sucumbência como requisito de admissibilidade, e do efeito devolutivo do recurso. O que deixa claro que o seu manual é efetivamente só de recursos no processo civil já que o dispositivo é expresso no Código de Processo Penal.

NERY JÚNIOR chega a tratar de no caso de existir *reformatio in melius* para o réu, *ex officio*, no processo penal, quando ocorre recurso exclusivo da acusação em que se pleiteia o agravamento da pena. Cita um caso em que o tribunal de alçada criminal do estado de São Paulo acabou até por reduzir a pena, observando que “seria ocioso dizer que esse procedimento não encontra nenhum respaldo legal, ou, por outra, se acha vedado pela proibição da *reformatio in pejus*. Se houver reforma para melhor com relação ao réu, *ipso facto* haverá reforma para pior relativamente ao recorrente”³²⁴.

A assertiva está em clara afronta ao que o próprio autor trata quando informa que questões de ordem pública não se submetem ao controle acerca da limitação da devolutividade, e, ainda, há contradição quando se diz que é corolário lógico do princípio dispositivo. Importante frisar que para os defensores da teoria unitária o princípio da obrigatoriedade é o corolário lógico da ação processual penal, sendo a definição, portanto, pouco elucidativa quando se envereda no tratamento do princípio no âmbito do processo penal pois, então, seria obrigatório a acusação recorrer em todos os casos?

³¹⁸ *idem.*

³¹⁹ *idem.*

³²⁰ *idem.*

³²¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 154.

³²² *idem.*

³²³ NERY JÚNIOR Nelson, *op. cit.* p. 155.

³²⁴ NERY JÚNIOR Nelson, *op. cit.* p. 156.

ARAKEN DE ASSIS³²⁵ diz que na *reformatio in pejus* o recorrente obtém o contrário do que pretendeu no recurso, pois “a apelação agasalha o princípio do benefício comum (*communio remedii*), aproveitando tanto ao recorrente, quanto ao recorrido. Esse efeito pode ser visto como lícito ou ilícito. É, afinal, uma escolha legislativa no que diz respeito ao julgamento do recurso.

Então, “funda-se a proibição da *reformatio in pejus* em dois pilares: de um lado o princípio dispositivo, tão intenso no grau recursal quanto na formação do processo na origem, e, neste particular, deita raízes no direito fundamental do devido processo; e, de outro, o interesse exigido para impugnar as decisões judiciais.”³²⁶

Segundo ARAKEN DE ASSIS³²⁷, existe a diferença para pior de duas formas: a qualitativa, na qual há a alteração do fundamento da sentença impugnada, e a quantitativa, na qual o julgamento agrava a posição do recorrente. Certo que o princípio da proibição da *reformatio in pejus* não tem valor absoluto segundo o autor³²⁸.

Da mesma forma que a dogmática processual civil, preocupa-se também neste tópico a dogmática do processo penal e neste sentido é chamado por alguns de personalidade dos recursos, diz que “a) o recurso só pode beneficiar à parte que o interpôs, não aproveitando à parte que não recorreu; e, como via de consequência, que b) quem recorreu não pode ter sua situação agravada, se não houver recurso da parte contrária”³²⁹.

Pelo recurso só é devolvido ao tribunal o conhecimento daquilo que foi impugnado, compreendido por *tantum devolutum quantum appellatum*. Portanto, se houver recurso somente do réu não seria admissível a *reformatio in pejus*. Nem mesmo em caso de reconhecimento de nulidade que prejudicasse a defesa seria possível aceitar a reforma para pior³³⁰.

Para GUSTAVO BADARÓ³³¹ há um sistema que se contrapõe ao sistema da proibição de *reformatio in pejus*. Seria um modelo de origem romana e aplicado aqui durante a vigência das Ordenações Filipinas e em leis posteriores. Neste sistema se leva ao conhecimento do Tribunal a totalidade da matéria e ela poderia ser decidida contrária à parte que recorreu de forma única. Isso não teria fundado a atual sistemática dos recursos.

A limitação da *reformatio in pejus* não se espelha para recursos únicos da acusação

³²⁵ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 102.

³²⁶ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 105.

³²⁷ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 106.

³²⁸ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 112.

³²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 39.

³³⁰ *idem*.

em que passa a ser possível, segundo GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, que o tribunal utilize do *habeas corpus* de ofício “para corrigir em favor do acusado ilegalidades da decisão. Mas mesmo essa tese não consegue evitar a possibilidade da *reformatio in pejus*, quando se trata de matéria cognoscível de ofício”³³². Ou seja, rejeitam a corrente da possibilidade de *reformatio in pejus* para prejudicar o recorrente e utilizam-se do raciocínio do *habeas corpus* de ofício para suplantar o que se altera na decisão para piorar a situação da acusação.

Neste sentido, é sempre de causar estranheza a compreensão de *habeas corpus* de ofício³³³, uma vez que é uma ação autônoma de impugnação e chega a ser até técnico pensar que é possível que seja recebida e criada do nada a partir do vislumbre de situação ilícita. Mais técnico e coerente com o ordenamento pátrio é a de aplicar a compreensão analógica da regra constitucional do relaxamento de prisão ou até mesmo da própria estrutura do devido processo legal.

GUSTAVO BADARÓ, de forma contrária, percebe que no sistema brasileiro, se a compreensão da aplicação da *reformatio in melius* for para ser suplantada pelo *habeas corpus* de ofício seria “um excesso de formalismo exigir que o Tribunal negasse provimento ao recurso, e concedesse *habeas corpus* de ofício, ou sugerir ao acusado a interposição da revisão criminal. Outro argumento favorável à *reformatio in melius* é o *favor rei*”³³⁴.

Ao se pensar os recursos estruturados a partir da lógica do direito processual civil passam a se preocupar os autores com a *non reformatio in pejus* indireta, que seria o efeito de impedir que após a anulação de uma sentença, cujo recorrente somente seja o réu, nova sentença não pode prejudicar o réu além da própria sentença anulada anteriormente³³⁵.

Ao se estruturar o recurso como garantia da pessoa o próprio segundo grau será já preenchido com a estrutura da *non reformatio in pejus* e todo o sistema recursal só existirá para garantia da pessoa.

³³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 100-101

³³² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 40.

³³³ Tem sido recorrente na jurisprudência, ainda, o uso da compreensão do *habeas corpus* de ofício para os casos em que as cortes obstam o conhecimento do HC mas, no contrário de ter deixado de conhecer do conteúdo do *habeas corpus*, concedem a ordem de ofício. Sobre o tema: LOPES JR. Aury. *A moda agora é dar habeas corpus “de ofício, mas só quando eu quiser”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-22/moda-dar-habeas-corporis-oficio-quando-eu-quiser>>, acesso em 10 de julho de 2017.

³³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 103.

³³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 41-42.

2.2 CONCEITO E “NATUREZA JURÍDICA” DOS RECURSOS

Tanto os autores de direito processual civil quanto autores de direito processual penal estruturam a teoria dos recursos com o conteúdo principiológico tratado acima e, da mesma forma definem sua “natureza jurídica” e seu conceito. Para isso é indispensável que se apresente essa estrutura afim de que haja a possibilidade de criticá-la, se for própria ao processo penal e, com isso, passar a permitir a sua conceituação e definição de “natureza jurídica” no capítulo próprio.

NERY JÚNIOR informa que a “palavra recurso é proveniente do latim (*recursos, us*), e nos dá a idéia de repetição de um caminho já utilizado. (...) Este conceito genérico, no entanto, não nos interessa para o resultado que pretendemos obter nesse trabalho.”³³⁶

Continua o autor a expor que os ordenamentos processuais “fornecem meios pelos quais as decisões judiciais podem ser impugnadas, com maior ou menor intensidade, com a finalidade de propiciar aos jurisdicionados uma justiça mais justa, meios esses que se revelam como corretivos de decisões errôneas ou injustas”³³⁷. Porém, esses litígios não poderiam se perpetuar indefinidamente no tempo e, por isso, existe o instituto da coisa julgada, o que coloca em “funcionamento um sistema de freios e contrapesos à adoção de remédios impugnativos de decisões judiciais, projetando-se com eficácia extraprocessual”³³⁸.

O autor define recurso: “num sentido amplo, recurso é o remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a fim de que a decisão judicial possa ser submetida a novo julgamento, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior, em regra àquele que a proferiu”³³⁹. Por fim, o conceito de recurso, a partir do CPC de 1973, é apontado como “meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada”³⁴⁰.

Quanto a “natureza jurídica” do recurso, NERY JÚNIOR informa que segue o pensamento de que “o recurso é continuação do procedimento, funcionando como uma modalidade do direito de ação exercido no segundo grau de jurisdição”³⁴¹ e, complementa: “Em sendo o recurso o prolongamento do direito de ação dentro do mesmo processo, há

³³⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 167.

³³⁷ *idem.*

³³⁸ *idem.*

³³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 173-174.

³⁴⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 181.

igualmente necessidade de serem observados requisitos específicos para sua admissibilidade. É o que se denomina de ‘pressupostos recursais’³⁴².

Há de se destacar que, quanto à natureza jurídica do recurso, ele se apresenta com “o caráter de ônus processual”³⁴³, já que há carga no descumprimento de dever previsto, que pode acarretar em uma sanção, ocasionando até a perda de possível vantagem.

BARBOSA MOREIRA diz que o uso do *nomen iuris* se dirige a traçar um eixo comum para afastar a instauração de novo processo. Com isso, conceitua-se recurso “no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna.”³⁴⁴ Com destaque que deve ser dentro do mesmo processo e não necessariamente dentro dos mesmos autos.

Sobre a “natureza jurídica”, BARBOSA MOREIRA informa que o recurso seria “modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo. Não obsta esse entendimento a interponibilidade de recurso pelo réu: tenha-se em mente o caráter bilateral da ação.”³⁴⁵ Além de destacar que “sob outro ponto de vista, a interposição de recurso pode caracterizar-se como ônus processual. Trata-se com efeito – ressalvados os casos de sujeição obrigatória da matéria à revisão por órgão superior”³⁴⁶.

ARAKEN DE ASSIS diz que “o escoadouro do inconformismo insopitável e, ao mesmo tempo, meio para reparar tanto quanto possível, os erros inerentes à falibilidade, porque a base desses pronunciamentos”³⁴⁷. Adota, o autor, a mesma definição dada por BARBOSA MOREIRA, informado acima.

ARAKEN DE ASSIS ainda anota que há “irrelevância operacional da questão relativa à natureza jurídica do recurso”³⁴⁸. Dessa forma, se torna desnecessário demonstrar as opiniões do próprio autor sobre o tema.

SANDRO KOZIKOSKI, por sua vez, esclarece que se trata de derivação do verbo latino *recursare*, que carrega a compreensão de correr para trás o que apontaria para o sentido de novo curso e por esta razão traz “a noção de reiteração de um pedido ou reclamação

³⁴¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 187.

³⁴² NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 202.

³⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 203.

³⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 230-231.

³⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 234.

³⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 235.

³⁴⁷ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 31.

³⁴⁸ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 35.

perante órgãos do Poder Judiciário”³⁴⁹.

O autor discorre sobre a ausência de definição legal, mas esclarece que toda e qualquer pessoa que se sentir lesada ou prejudicada por decisão judicial tem o poder de pedir a reforma ou invalidação, “além, é claro, da simples integração ou esclarecimento acerca de pontos controversos ou obscuros da decisão impugnada”³⁵⁰.

Sustenta, ainda: “o móvel do recurso é melhorar a posição jurídico-processual daquele que recorre, o que, por sua vez, explica a consagração do princípio da proibição da *reformatio in pejus*.”³⁵¹

Assim, o recurso é um direito de ordem subjetiva que decorre do direito de ação para o autor, ou decorre do próprio direito de defesa, no qual se projetam outras prerrogativas processuais exercidas enquanto flui o processo, da mesma forma que se pode ou não produzir provas, e estaria ínsito ao próprio princípio da ampla defesa e contraditório³⁵². Afirma, referido autor, que a “natureza jurídica” do recurso apresenta-se como um ônus processual típico, também desdobramento do direito de ação e do direito de defesa³⁵³.

Definir, pois, a “natureza jurídica” e, por consequência, o conceito de recurso se dá por força da compreensão do segundo grau de jurisdição e do recurso em relação ao que se pode esperar dele. Para o processo penal, será que a base de sustentáculo para a doutrina é a mesma da doutrina processual civil?

GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES³⁵⁴, ao estruturarem o conceito de recurso, tratam de estabelecer críticas acerca da simples definição de que seria remédio contra decisões judiciais. Nele estariam também as ações autônomas de impugnação. Os primeiros obstarium o trânsito em julgado. Inclusive, informam que originalmente a distinção entre recurso ordinários e extraordinários estaria em que os extraordinários seriam impugnados por ações autônomas de impugnação e os ordinários através de recurso, classificação esta que não foi recepcionada pelo nosso sistema.

Os autores conceituam recursos como “o meio voluntário de impugnação de decisões, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar

³⁴⁹ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *op. cit.*, p. 45.

³⁵⁰ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *op. cit.*, p. 47.

³⁵¹ *idem*.

³⁵² KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *op. cit.*, p. 47.

³⁵³ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *op. cit.*, p. 49.

³⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 26.

a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão”³⁵⁵.

Então, a voluntariedade seria peça fundante para a compreensão do recurso, e por isso, no que se refere à interposição, os autores esclarecem que este configura um ônus processual, já que “representando uma faculdade que, se não exercida, pode acarretar consequências desfavoráveis. Isso quer dizer que aquele que não recorre, conformando-se com a decisão proferida, perde a oportunidade de obter sua reforma ou invalidação, seu esclarecimento ou integração”³⁵⁶.

Entendem GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES³⁵⁷ que a voluntariedade poderia sofrer reduções por conta da figura do recurso de ofício, quando haverá a necessidade de duplo grau de jurisdição. Ora, se assim for, qual a razão de conceituar recurso como meio voluntário? O que também causa estranheza é o que se vincula ao ônus de recorrer que é “mitigada, em favor do réu, pela possibilidade de utilização a qualquer tempo, das ações de impugnação (*habeas corpus* e revisão criminal)”³⁵⁸. O que paira forte dúvida sobre o que se trata, uma vez que ambos não são recursos.

E, ainda, a compensação dos equívocos tanto da teoria dos recursos quanto aquilo que falam dela nos tribunais estariam submetidas à própria possibilidade de se utilizar ações autônomas para compensação? Isso entra em contradição com a forçosa diminuição da admissibilidade do *habeas corpus* operada pelos Tribunais Superiores e até Tribunais Estaduais³⁵⁹.

Quanto a “natureza jurídica” dos recursos, GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, a estabelece como “aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de

³⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 27.

³⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 28. Pensa, da mesma forma, MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 189, quando assim se posiciona: “O recurso é sempre um ônus processual, pois, se o vencido não o interpuser, consolidam-se e se tornam definitivos os efeitos da sucumbência. Por esse motivo, não se forma o procedimento recursal sem que o vencido, nos limites do que permite a sucumbência, peça o reexame da decisão.”

³⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 28.

³⁵⁸ *idem*.

³⁵⁹ HC 395.440-AM de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, no STJ indica que o Tribunal do Amazonas que não apreciou medida de *habeas corpus* por ausência de pedido de revogação da prisão preventiva. No mesmo sentido ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no qual houve decisão de supressão de instância por ausência de provocação prévia da autoridade coatora o que se pode verificar nos seguintes autos: 0065294-09.2014.8.19.0000 e 0066277-08.2014.8.19.0000. Mais críticas sobre a tática de aversão que os Tribunais estão usando: ROSA, Alexandre Moraes da e NEWTON, Eduardo Januário. *Inventaram a reconsideração como requisito do habeas corpus, no TJRJ*. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/inventaram-a-reconsideracao-como-requisito-do-habeas-corpus-no-tjrj/#_ednref5>, acesso em 03/07/2017.

ação e de defesa”³⁶⁰. O que permite a “construção das condições de admissibilidade dos recursos em paralelo com as condições de admissibilidade da ação”³⁶¹.

Acontece que condicionar o exercício de uma garantia de ser julgado conforme prevê a lei impõe um tecnicismo àquele que é inocente. Assim, àquele que detém melhores técnicos detém maiores chances de ter seu processo revisto com qualidade. Quem não detém ou, mesmo sem saber contrata um serviço técnico de baixa qualidade, passa a ter a chance de revisão muito baixa. Por isso deve ser revisitado, nos capítulos seguintes, o condicionamento ao recurso pela pessoa.

Sobre as noções gerais dos recursos, para conceitua-lo GUSTAVO BADARÓ discorre sobre a origem da palavra, derivada de *recursus* que é participio passado de *recurrere* que “significa recorrer, retomar o curso, voltar pelo mesmo caminho”³⁶². De tal sorte que axiologicamente no recurso prevalece o valor justiça sobre o valor segurança jurídica, de tal forma que a decisão seja “correta em seus aspectos fáticos e jurídicos e, portanto, seja justa”³⁶³ e assim seja aprimorada a decisão.

Mas, seria possível pensar que se pode submeter o réu a outro processo, mesmo que seja para submeter novamente à possibilidade de condenação após uma absolvição? Isso, não dá conta a estrutura estabelecida pelos autores que tratam de recursos citados até então neste capítulo.

TOURINHO FILHO também informa que recurso tem origem no vocábulo *recursus*, que teria a compreensão de corrida para trás e, mais, seria derivado da tradução de voltar correndo. Isso traduz para o autor que se tem a ideia de novo curso, daquilo que antes já estava em curso. “Daí o seu emprego para traduzir aquele ato por meio do qual a parte pode pedir ao Órgão Jurisdicional que reexamine a questão decidida, retornando, assim, ao ponto de onde se partiu.”³⁶⁴

³⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 28. Muito embora afirmação expressa dos autores, MACHADO, Décio Lencioni; VIEIRA, Cinthya Nunes; FELCA, Marcelo; FELCA, Naul Luiz. *Teoria e prática dos recursos no processo penal*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 12, afirmam que a “natureza” jurídica dos recursos se trata “do elemento ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa”, sustentando para isso a visão dos autores citados inicialmente na nota de rodapé. A discussão sobre recurso ser ação já vem datada de muito, como demonstra livro de 1987: “O recurso, segundo a melhor doutrina, não pode ser confundido com ação, já que é um *direito* da parte vencida que dele é titular, de recorrer da decisão no todo ou somente em parte. Desta forma, a ação visa ao julgamento de um pedido, enquanto o recurso objetiva provocar um novo julgamento.” SILVA, Aluisio J. T. Gavazzoni. *Recursos no processo penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 21.

³⁶¹ *idem*.

³⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 27.

³⁶³ *idem*.

³⁶⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume 4. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 401.

Então, para TOURINHO FILHO, o conceito de recurso é “o meio, o remédio jurídico-processual pelo qual se provoca o reexame de uma decisão. De regra esse reexame é levado a cabo por um órgão jurisdicional superior. A parte vencida, por meio do recurso, pede a anulação ou a reforma total ou parcial de uma decisão.”³⁶⁵

A “natureza jurídica” para TOURINHO FILHO não fica expressa ou declaradamente afirmada. Sobre isso apenas fala que recurso é um “remédio”³⁶⁶ e também indica que só existe a possibilidade de recurso quando houver uma sucumbência³⁶⁷ e, mais à frente, no texto, dá indicações sobre ele ser um ônus para as partes, quando trata dos recursos voluntários e de ofício³⁶⁸. Ainda, neste mesmo item esclarece que “no recurso voluntário há, tão somente, um direito da parte que sofreu o sucumbimento. Recorre, se quiser. No recurso *ex officio* há um dever para o juiz”³⁶⁹.

Para GUSTAVO BADARÓ recurso é “meio voluntário de impugnação das decisões judiciais, utilizado antes do trânsito em julgado e no próprio processo em que foi proferida a decisão, visando a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão judicial”³⁷⁰. Define-o assim após analisar algumas outras definições, mas informa que se distancia do direito posto por conta da sua incompatibilidade com os recursos *ex officio*. Informa que “quem considerar existente tais recursos, evidente que deverá extirpar da definição a característica da voluntariedade do ato recursal.”³⁷¹

Dessas características dos recursos, assevera GUSTAVO BADARÓ que o recurso é um ônus, ou seja, uma faculdade “cujo exercício é condição necessária para evitar um prejuízo ou procurar obter uma situação mais vantajosa.”³⁷² Com o destaque que deve ser interposto no próprio processo.

GUSTAVO BADARÓ, sem se estender no assunto, refere que para entender os recursos há duas correntes: a que o entende como prolongamento da ação originária ou como uma forma atônoma do mesmo processo. Entretanto, nenhuma das duas será aceita sem adequações já que utilizadas antes do início do processo, como é o caso do recurso contra decisão que arbitra a fiança antes de réu denunciado.³⁷³ Aqui, parece confundir ação com processo, já que a primeira definição trata de desenvolvimento da própria ação e não do

³⁶⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op.cit.*, p. 402.

³⁶⁶ *idem.*

³⁶⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op.cit.*, p. 406.

³⁶⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op.cit.*, p. 424.

³⁶⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op.cit.*, p. 426.

³⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 28.

³⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 29.

³⁷² *idem.*

processo, muito embora destaque que o recurso existirá antes mesmo do exercício da ação. Quanto à segunda corrente, GUSTAVO BADARÓ identifica que os recursos se distinguem das ações autônomas de impugnação já que não dão causa a um novo processo, com relação jurídica própria, o que contrapõe a segunda corrente³⁷⁴.

A percepção de GUSTAVO BADARÓ, quando explica, ao falar da natureza jurídica dos recursos, que “nenhuma das categorias pode ser plenamente aceita, sem adequações”³⁷⁵, acerca da “natureza dos recursos” prova que há uma necessidade da doutrina processual identificar corretamente a sua “natureza jurídica”. A partir desta definição compreender a teoria dos recursos própria ao processo penal.

FREDERICO MARQUES contestando algumas posições diz que o recurso “é um direito processual subjetivo, de caráter abstrato, tendente a obter o reexame da decisão em que [a parte] ficou vencida”³⁷⁶. Entende, pois que o recurso é um prolongamento da relação processual e sua extrema dilatação traz grave prejuízo para a ordem jurídica³⁷⁷. Diz também que os recursos são remédio de “natureza processual”, que carrega a necessidade de uma sucumbência e que todo recurso é um ônus processual de tal sorte que o vencido deve pedir necessariamente o reexame da decisão³⁷⁸.

Já HÉLIO TORNAGHI afirma que “recursos são meios processuais destinados a obter o contraste ou a ‘reforma’ de uma decisão. Em geral são concedidas às partes e se chamam *recursos voluntários*.”³⁷⁹ Como recurso pressupõe erro na maneira de proceder ou no julgamento, ainda com HÉLIO TORNAGHI, poderá recair na apreciação dos fatos e das respectivas provas, ou até na interpretação e aplicação do Direito em si³⁸⁰. Destacando-se dos demais entende que o recurso seria um desdobramento do direito de ação ou até como uma ação nova dentro do mesmo processo, e isso explicaria a estrutura do recurso ser voluntário.

Em quase nada se distanciam as definições de recursos se se verificar a opinião dos autores os quais o próprio Código de Processo Penal foi copiado. Exemplo disso, está em GIOVANNI LEONE, o qual trata que recurso é um meio de impugnação, o qual é um remédio jurídico atribuído às partes a fim de remover uma desvantagem derivada de uma

³⁷³ *idem*.

³⁷⁴ *idem*.. A segunda corrente, como indicado pelo autor é de lavra de TOURINHO FILHO, *Curso de Processo Penal*, vol. 2, p. 308 a 309.

³⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 29.

³⁷⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 186.

³⁷⁷ MARQUES, José Frederico. *op. cit.*, p. 187.

³⁷⁸ MARQUES, José Frederico. *op. cit.*, p. 188-189.

³⁷⁹ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Vol. 2. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 321.

³⁸⁰ TORNAGHI. Hélio. *op. cit.*, p. 321-322.

decisão do juiz. Assim, entende o autor que recurso é um remédio jurídico (um direito atribuído às partes ou outras pessoas em seu próprio interesse); com a finalidade de remover uma desvantagem derivada de uma decisão do juiz com caráter decisório³⁸¹.

Não é, pois, sensível, qualquer diferença ou produção autônoma de conhecimento sobre os recursos propriamente no direito processual penal brasileiro. É perceptível que os autores se preocuparam em dar conta, com a conceituação, daquilo que são consequências próprias dos recursos, sendo notável tendência em explicar o instituto apenas por aquilo que o pragmatismo diz deles³⁸².

Recursos, no processo penal, são instrumentos técnicos garantidos a qualquer das partes no processo penal? É isso que cuidará da estrutura própria dos recursos como garantia da pessoa.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS RECURSOS

A classificação dos recursos parece atender muito mais uma ultrapassada expressão do positivismo jurídico. O que será demonstrado a seguir aponta para uma inutilidade prática e teórica a qual os próprios autores chegam a afirmar isso. Destaca-se ainda a mera importação de categorias, que acabam por confundir mais do que permitir uma categorização útil. Selecionou-se algumas categorias para a demonstração. Por certo, quantos mais autores existirem quanto mais categorias existirão. Impossível, portanto, colacionar todas, e, desde logo, indica-se que se tratará das categorias mais comuns e recorrentes.

Diz ARAKEN DE ASSIS que a classificação busca a melhor compreensão dos fenômenos observados e a sistematização que seja indiferente a isso passa a ser inócua³⁸³. “Na empreitada classificatória, é necessário ter em mente unicamente o ordenamento de cada país para organizar classificações correspondentes aos dados do *ius positum*; do contrário, contaminará a exposição o incômodo risco da generalização excessiva.”³⁸⁴

Os autores, em princípio, percebem a necessidade de classificar os recursos sobre alguns pontos de vista bem peculiares. Tal sistematização visa para cada um uma função ou,

³⁸¹ LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Vol. III. Buenos Aires: E.J.E.A., 1989, p. 3-5.

³⁸² Crítica similar pode ser vista em Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 89, onde diz: “O erro metodológico é portanto grave: não se pode definir cientificamente um fenômeno pelas suas consequências senão quando elas aparecem ligadas ao aparecimento do fenômeno. Existem casos, existisse mesmo apenas um caso em que o efeito não seguisse a causa, que já não poderíamos continuar a usar este tipo de definição. Assim, por exemplo, ninguém definiria a greve como o acto que implica suspensão da remuneração porque este critério é demasiado vago”.

³⁸³ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 48.

³⁸⁴ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 50.

às vezes, sinalizam a desnecessidade da categorização, mas enfrentam tais categorias por força da cultura manualesca, bem como se percebe pela influência da dogmática processual civil.

a) Recurso total e parcial

Segundo BARBOSA MOREIRA, “a variável extensão da matéria impugnada permite distinguir entre recurso total e recurso parcial. Deve considerar-se total o recurso que abrange todo o conteúdo impugnável da decisão recorrida (não necessariamente o seu conteúdo integral).”³⁸⁵ Parcial é o recurso que “em virtude de limitação voluntária, não compreenda a totalidade do conteúdo impugnável da decisão”³⁸⁶.

A mesma opinião é compartilhada por GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES quando afirmam que ao se tomar por base o critério da extensão da matéria impugnada os recursos classificam-se em totais e parciais, os primeiros quando “abrange todo o conteúdo da decisão recorrida (*rectius*, todo o conteúdo impugnável), e é parcial quando o recorrente impugna apenas parte dela.”³⁸⁷

Mas, também identificados como recursos de devolução plena ou parcial. Sustentado por autores de direito processual civil, GUSTAVO BADARÓ informa que o recurso é “total quando há impugnação de todo o conteúdo recorrível da decisão. (...) Para que um recurso seja total, não é necessário que haja impugnação de toda a decisão recorrida, isto é, seu conteúdo integral. É preciso que seja possível que se impugne a totalidade recorrível por meio daquele recurso”³⁸⁸ A contrário senso, “recurso parcial é aquele que ataca apenas parte do conteúdo impugnável pela decisão”³⁸⁹.

Qual a função da categorização? Separar os recursos em grupos para tratamento distinto? Não faz diferença no modo de interposição, nas consequências. Inclusive, pensar que há a limitação do âmbito de devolutividade serve, talvez, à realidade do direito processual civil, uma vez que importa a esta seara a discussão do que foi devolvido. No que se refere ao direito processual penal, como tudo decorre de questões de ordem pública, torna-se indiferente o quanto foi devolvido ao tribunal, já que sempre vai ser permitida a reanálise na amplitude máxima caso chegue a conhecimento do tribunal, exatamente naquilo que poderá favorecer a pessoa, ou seja, caso favoreça o réu acaba por ter devolutividade ilimitada.

b) Recurso de fundamentação livre e vinculada

³⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 249.

³⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 250.

³⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 29.

³⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 31.

Quanto à fundamentação, os recursos podem ser de fundamentação livre e de fundamentação vinculada. Para BARBOSA MOREIRA, é indispensável a todo recurso a apresentação de fundamentos em suas razões, o que está vinculado à ideia de criticar a decisão recorrida.³⁹⁰ Para alguns casos, a lei se abstém de fixar os limites dessa crítica, “noutros, ao contrário, cuida de discriminar o tipo (ou os tipos) de erro denunciável por meio do recurso, de tal sorte que a crítica do recorrente só assumirá relevância na medida em que afirme a existência de erro suscetível de enquadramento na discriminação legal.”³⁹¹

Recursos de motivação vinculada têm por base motivos predeterminados. “A tipicidade do erro passível de alegação pelo recorrente, ou a crítica feita ao provimento impugnado, integra o cabimento do recurso e, por conseguinte, a respectiva admissibilidade”³⁹².

Diz ARAKEN DE ASSIS que “recursos de motivação livre, a exemplo da apelação e do agravo, o recorrente poderá tecer qualquer crítica ao provimento impugnado, observando tão-só a congruência entre a fundamentação do ato decisório e as razões do recurso.”³⁹³

E no mesmo sentido segue a doutrina processual penal, com GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES estabelece-se a distinção e se informa que no caso dos recursos de fundamentação livre “a lei não fixa limites à impugnação, podendo o recorrente atacar todo e qualquer tipo de erro da decisão. Mas, em outras hipóteses, a lei exige que se aponte um erro que se enquadre na discriminação legal”³⁹⁴. A estes últimos se dá o nome de recursos de fundamentação vinculada.

GUSTAVO BADARÓ, sobre esta classificação, começa esclarecendo que todo recurso necessita de fundamentação e que o recorrente deve sempre fundamentar sua irresignação recursal. Esta fundamentação poderá ser, sob esta visão, livre ou vinculada. Vinculados são os recursos no qual “‘além da sucumbência’, o legislador disciplina motivos especiais, um plus, como condição de admissibilidade do recurso. O recorrente precisa invocar o erro típico previsto em lei como hipótese de seu cabimento.”³⁹⁵ Sem tais motivos especiais o recurso é inadmitido. Do outro lado se encontram os recursos de fundamentação livre em que qualquer razão implica fundamento da razão de impugnação e seu cabimento

³⁸⁹ *idem.*

³⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 250.

³⁹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 250-251.

³⁹² ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 54.

³⁹³ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 54.

³⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 29.

³⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 32.

“não depende do tipo de crítica que o recorrente faz à decisão.”³⁹⁶

Esta categoria é totalmente derivada da necessidade legal, ou seja, por força da própria legislação impor especialmente o caso de admissibilidade do recurso, ou seja, não seria apenas corolário lógico do próprio princípio da taxatividade dos recursos. Então, o que se percebe é uma vinculação direta entre a taxatividade e recursos com fundamentação vinculada. O que, no fim, é o mesmo que dizer que pelo devido processo legal é possível ressubmeter a exame a decisão somente no caso previsto em lei.

c) Recursos ordinários e extraordinários

Há também a distinção entre recursos ordinários e recursos extraordinários. Notícias BARBOSA MOREIRA que essa distinção é importante em alguns ordenamentos jurídicos, como o de Portugal, no qual sobre os recursos extraordinários e ordinários, destaca que a “interponibilidade de qualquer destes últimos impede o trânsito em julgado, ao passo que a decisão já se considera passada em julgado mesmo que ainda suscetível de impugnação por algum dos primeiros.”³⁹⁷ O que também tem previsão expressa no sistema italiano do direito processual civil, que se repetiu na doutrina espanhola ou na doutrina suíça.

Entretanto, informa o próprio autor que

a sistemática do ordenamento brasileiro, no qual a mencionada distinção não tem relevância teórica nem prática. Merece ela, em nossa opinião 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. A rigor, não existe entre nós uma classe de recursos a que se possa aplicar, segundo critério preciso do ponto de vista científico e útil ao ângulo prático, a denominação genérica de extraordinários. Há sim, um recurso a que (sem qualquer preocupação de ordem dogmática) se acertou de dar esse nome, assim como há outro (a rigor, um conjunto heterogêneo de figuras recursais) que a vigente Carta Federal rotula de ordinário (arts. 102, nº II, e 105, nº II)³⁹⁸

Ainda, as peculiaridades do previsto recurso extraordinário não fornecem base suficiente para criar uma classificação científica sobre o assunto, já que o recurso extraordinário, quando admitido, impede o trânsito em julgado da decisão. Ainda, esclarece o autor que houve erro por parte da doutrina a afirmar que o recurso ordinário estaria próximo à proteção do direito subjetivo e o extraordinário próximo ao direito objetivo³⁹⁹.

De outro plano, ARAKEN DE ASSIS informa que o artigo 467, do CPC de 1973, trouxe a classe dos recursos ordinários e extraordinários, o que impediria o descarte da classificação e, ainda, aponta que assumiria “semelhanças mais ou menos acentuadas com os

³⁹⁶ *idem.*

³⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 251.

³⁹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 252-253.

³⁹⁹ *idem.*

recursos extraordinários de feição europeia”⁴⁰⁰. Diz-se ser importante a classificação por conta do cabimento, já que o recurso extraordinário se subordinaria a pressuposto especial quanto ao direito objetivo e envolve pontos restritos e no que respeita à “natureza” do órgão *ad quem* já que endereçado a tribunal superior⁴⁰¹.

Os mesmos alertas aparecem nos autores do processo penal. GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES⁴⁰² esclarecem sobre este ponto que alguns ordenamentos jurídicos contêm essa distinção para informar sobre o trânsito em julgado ou não da decisão. No extraordinário a decisão teria transitado em julgado e já poderia ser cumprida, enquanto que no outro, não. Apontam as questões levantadas para definir que alguns informam a classificação extraordinário/ordinário na distinção entre direito objetivo/direito subjetivo, como âmbito de proteção destes.

Também informam os autores que nessa classificação de ordinários poderiam ser aqueles que têm requisitos especialíssimos e na segunda classificação os que têm requisitos estritos e excepcionais. Mais, “a incerteza quanto aos conceitos de recursos ordinários e extraordinários no sistema brasileiro tem convencido alguns processualistas da pouca utilidade dessa classificação entre nós”⁴⁰³. Entretanto, os autores ressaltam que o último critério teria alguma utilidade: a de que trata dos requisitos de admissibilidade.

Nesse aspecto, GUSTAVO BADARÓ também destaca que os critérios de classificação encontram divergências. Adota, porém, a classificação de que o recurso ordinário é aquele na qual se tem a *quastio facti* e *quastio iuris*, enquanto que “o extraordinário e especial são aqueles que somente admitem a discussão de questões de direito, de natureza constitucional ou envolvendo lei federal”⁴⁰⁴. Em resumo: “os recursos ordinários se prestam para proteger o direito subjetivo das partes litigantes contra os vícios da decisão, enquanto que os recursos extraordinários têm como objetivo imediato a tutela do direito objetivo, no caso brasileiro, a Constituição, a lei federal e os tratados”⁴⁰⁵.

ANTÔNIO COSTA E SILVA⁴⁰⁶ informa que a sistematização dos recursos entre

⁴⁰⁰ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 52.

⁴⁰¹ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 52-53.

⁴⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 30.

⁴⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 30.

⁴⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 34.

⁴⁰⁵ *idem*.

⁴⁰⁶ “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) II - julgar em recurso ordinário: a) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, município ou pessoa domiciliada ou residente no País; b) os casos previstos no artigo 129, § 1º e § 2º; e c) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos tribunais federais ou tribunais de justiça dos Estados, se denegatória a

ordinários e extraordinários deriva da Constituição de 1969, que estabelecia em seu artigo 119, incisos II e III a distinção. O primeiro, ordinário teria como tônica o princípio da sucumbência, enquanto que o segundo, extraordinário teria uma função altamente política que seria a de manter a própria Constituição⁴⁰⁷.

Ou seja, não se verifica uma unicidade sobre a temática e, mesmo que houvesse, como no Brasil todos os recursos devem suspender o trânsito em julgado da decisão, notadamente em face da Constituição (que a presunção de inocência segue até o trânsito em julgado), a categoria é inútil. E, como apontado logo acima houve razão na Constituição de 1969 o que nem foi sinalizado pelos autores, perpetuando uma categoria pelo que parece só por já ter sido tratada dogmaticamente pelos manuais anteriores.

d) Recursos voluntários e de ofício

Como GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES conceituam os recursos como voluntário, mas incluem os recursos de ofício na categoria “recurso com mitigação à voluntariedade”⁴⁰⁸, criam a classificação que para tal conceituação passaria a ser importante: voluntários são os recursos que dependem de iniciativa da parte e de ofício aqueles que independem da vontade das partes; e que a confirmação da decisão passa a ser condição de eficácia da sentença.

Do que se percebe, é falha a própria teoria e conceituação apresentadas. Se os citados autores indicam recurso como meio ou remédio voluntário, como categorizar algo que não se coaduna com a própria estrutura conceitual que apresentam? Por isso urge o estabelecimento de uma teoria dos recursos no processo penal brasileiro.

2.4 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.” Constituição da República Federativa de 1969, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁴⁰⁷ SILVA. Antônio Carlos Costa e. *Dos recursos em primeiro grau de jurisdição*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 6: “Sistematização dos Recursos – Deriva da Constituição Federal (art. 119, II e III – CF/69) a *summa division* dos recursos em duas categorias: ordinaries e extraordinários. Os recursos ordinaries se distanciam do recurso extraordinário em razão do seu fundamento. Os primeiros possuem como tônica principal o ‘princípio da sucumbência’, dado exibirem como pressuposto essencial e predominante o fator prejuízo, oriundo da decisão recorrida, e, por conseguinte, têm por *causa finalis* a reparação do gravamen. O Segundo, embora de certa forma também objective reparar uma lesão, tem, no entanto, uma função superior, altamente política, outorgada pela Constituição, qual seja a de manter a própria Constituição; salvaguardar a autoridade da lei federal, uniformizando sua aplicação e impedindo sua violação ou negação. Ou seja: assegurar a *integridade positiva*, a *validade*, a *autoridade* e a *uniformidade de interpretação* da Constituição e das leis federais”.

ARAKEN DE ASSIS explica, sobre o juízo de admissibilidade, primeiramente, que “todo recurso prolonga indefinidamente a solução do processo. É natural para legitimar a atividade adicional subsequente à interposição, a lei imponha uma série de requisitos específicos”⁴⁰⁹.

NERY JÚNIOR toma como ponto de partida para tratar do juízo de admissibilidade a correlação entre ação e recurso e informa que se pode transportar para a fase recursal as exigências que correspondem à admissibilidade da ação, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse recursal, adaptado aos recursos⁴¹⁰.

Como se preenche as condições da ação para a análise de mérito do processo, ocorreria fenômeno assemelhado para a admissibilidade do recurso e estes precisam “estar presentes para que o juízo *ad quem* possa proferir o julgamento do mérito do recurso”⁴¹¹. A isto se dá o nome de juízo de admissibilidade, enquanto que o juízo sobre “se o recorrente tem ou não razão quanto ao objeto do recurso, denomina-se juízo de mérito”⁴¹².

Sobre os recurso, portanto, os processualistas civis informam que há que se ter em mente dois verbos principais: o conhecer e o conceder/negar provimento. Enquanto o primeiro (se o recurso é conhecido ou não) vincula-se ao juízo de admissibilidade, o dar provimento ou negá-lo está vinculado ao mérito do recurso.⁴¹³

Então, “admissível que seja o recurso, em virtude do estrito cumprimento das condições de admissibilidade, diz-se que ele é conhecido; inadmissível, ele não é conhecido ou a ele se nega seguimento”⁴¹⁴.

Não se pode deixar de mencionar que a competência para realizar o juízo de admissibilidade é do órgão *a quo*. O órgão *ad quem* terá a última palavra sobre a admissibilidade do recurso, sendo esse órgão jurisdicional o responsável por julgar o mérito do recurso⁴¹⁵.

Ainda na lógica do julgamento do recurso, após a análise do juízo de admissibilidade, há questões que devem ser analisadas previamente, antes do próprio mérito do recurso: “deste gênero – questões prévias – fazem parte integrante as questões preliminares

⁴⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 30.

⁴⁰⁹ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 113.

⁴¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 219.

⁴¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 219.

⁴¹² *idem*.

⁴¹³ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 220.

⁴¹⁴ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 113.

⁴¹⁵ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 114.

e as prejudiciais”⁴¹⁶.

Questões preliminares “são aquelas que devem lógica e necessariamente ser decididas antes, possibilitando ou não o exame dessa outra questão dependente da preliminar. A idéia central é, pois, de antecedência.”⁴¹⁷

De outra sorte, ao lado das questões prévias se encontram as prejudiciais que “são aquelas decididas lógica e necessariamente antes de outra, influenciando o teor do julgado dessa outra questão, denominada ‘prejudicada’.”⁴¹⁸

Diz NERY JÚNIOR⁴¹⁹ que os requisitos de admissibilidade estão voltados à análise preliminar, já que possibilitam ou não o exame de mérito do próprio recurso e, na falta de um deles, não poderia o tribunal *ad quem* julgar o recurso.

O juízo de admissibilidade dos recursos deve ser realizado também, na lógica processual civil, pelo órgão *ad quem*, que é a quem cabe a análise em definitivo da admissibilidade do recurso. Entretanto, “para facilitar o trâmites procedimentais, em atendimento ao princípio da economia processual, o juízo de admissibilidade é normalmente diferido ao juízo *a quo* para, num primeiro momento decidir provisoriamente sobre a admissibilidade do recurso”⁴²⁰. Ainda, é necessário destacar que o juízo a quem se remete o recurso não está vinculado à decisão de admissibilidade diferido, realizado pelo juízo *a quo*.

Já nos processualistas penais, GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES⁴²¹ explicação de que todo ato postulatório (aí se incluem os recursos) estão sujeitos a exame sob dois aspectos a um se os requisitos prévios necessários à sua apreciação foram satisfeitos e a dois o aspecto que se destaca é a análise sobre o acolhimento ou a rejeição do recurso, respectivamente, juízo de admissibilidade e de mérito. Então, e denomina-se juízo de admissibilidade “aquele em que se declara a presença ou ausência dos referidos requisitos; e se chama juízo de mérito aquele em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula”⁴²². Assim, no que se refere aos recursos seria indispensável tal análise para que haja a revisão da decisão impugnada pela reforma, invalidação, esclarecimento ou integração.

Ou seja, exatamente o que se dizia dos processualistas civis. Como já ressaltado, a

⁴¹⁶ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 220.

⁴¹⁷ *idem*.

⁴¹⁸ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 220-221.

⁴¹⁹ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 221.

⁴²⁰ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 222.

⁴²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 57.

⁴²² *idem*.

lógica dos recursos atende muito mais ao estabelecimento dogmático das práticas judiciárias e do produto da lei do que a produção de uma teoria dos recursos propriamente dita, voltados a proteger a pessoa, como deve ser obrigatório no processo penal brasileiro.

Quando o juízo de admissibilidade, que é preliminar ao juízo de mérito, for positivo, passa-se ao juízo de mérito. Diz-se que o recurso é conhecido e no caso da negativa da admissibilidade este não é conhecido pelo tribunal, o que impediria a análise de mérito do próprio recurso. O objeto do juízo de admissibilidade está nos requisitos necessários para apreciar o mérito⁴²³.

Destaca sobre este ponto GUSTAVO BADARÓ que no “juízo *ad quem*, o resultado do juízo de admissibilidade, quando positivo, costuma não receber fundamentação própria. Isso porque, ao passar para o juízo de mérito, estará o tribunal implicitamente fundamentando que o juízo de admissibilidade foi positivo”⁴²⁴. E, quando o juízo for negativo a fundamentação aparecerá explícita e fundamentada já que ela será o conteúdo do acórdão⁴²⁵.

Em princípio, o juízo de admissibilidade pode ser realizado pelo órgão *a quo*, ou seja, o próprio órgão no qual houve a interposição do recurso e este não poderá indeferir o recurso por ser infundado, já que isso corresponde ao mérito. Além disso, quando o recurso tem seu mérito analisado pode-se interpretar que houve uma análise de admissibilidade de ofício e implicitamente estaria admitido o recurso⁴²⁶.

GUSTAVO BADARÓ⁴²⁷ afirma que o nosso juízo de admissibilidade em regra é duplo, por força do sistema recursal brasileiro já que a interposição em regra acontece no órgão *ao quo*, para posterior encaminhamento ao órgão *ad quem*.

O juízo de admissibilidade, segundo GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES⁴²⁸, tem natureza declaratória, como efeito deste juízo se permite a passagem para o julgamento do mérito do recurso e abre ao recorrente o acesso ao órgão *ad quem* ou, impedir este juízo caso negativo.

Tem por objeto, o juízo de admissibilidade, os requisitos ou pressupostos de admissibilidade recursal, e o nome dos requisitos em si, indica GUSTAVO BADARÓ, variam conforme o autor, mas, independente da classificação que se adote, “a matéria relativa à

⁴²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 57-58.

⁴²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 110.

⁴²⁵ *idem*.

⁴²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 59.

⁴²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 109.

admissibilidade recursal é de ordem pública, pelo que pode ser examinada, *ex officio*, seja pelo juiz *a quo*, seja pelo tribunal *ad quem*, independentemente de provocação das partes, e não se sujeita a preclusão”⁴²⁹.

Entretanto, submeter o réu inocente a diversos requisitos que devem ser preenchidos pela defesa técnica, pode resguardar o interesse da justiça? Será que é necessário a análise de admissibilidade para os recursos, especialmente o de apelação, para além do decurso do tempo, que é o momento demarcatório da eficácia da sentença? Para quem assim pensa, será que não é submeter o próprio interesse do inocente a uma espécie de forma sem razoabilidade? Isso será discutido no último capítulo da tese.

2.5 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

Afirma NERY JÚNIOR que “objeto do júzo de admissibilidade são os pressupostos de admissibilidade dos recursos. Segundo o Código de Processo Civil, estes requisitos de admissibilidade são: *o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer, a tempestividade, o preparo, a regularidade formal e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.*”⁴³⁰

Eles podem se dividir, segundo NERY JÚNIOR e BARBOSA MOREIRA⁴³¹, em intrínsecos e extrínsecos. Os primeiros dizem respeito à decisão recorrida em si, e seriam o cabimento, legitimação para recorrer e o interesse em recorrer. Os extrínsecos, a seu turno, destinam-se à análise do respeito a fatores externos da decisão recorrida, dos quais são componentes a tempestividade, a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, e o preparo.

BARBOSA MOREIRA informa que: “todo ato postulatório sujeita-se a exame por dois ângulos distintos: uma primeira operação destina-se a verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que o órgão possa apreciar o conteúdo da postulação”⁴³². Enquanto que a segunda operação serve a “perscrutar-lhe o fundamento, para colhê-la, se

⁴²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 59.

⁴²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 109. *Grifo no original.*

⁴³⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 237.

⁴³¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 238 e MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 260 e ss.

⁴³² MOREIRA, José Carlos. *op. cit.*, p. 258.

fundada ou rejeitá-la, no caso contrário”⁴³³, com prioridade lógica para a primeira, já que ocorre antes. Estas operações se dividem em juízo de admissibilidade e, na sequência, juízo de mérito. O exame do mérito não pode importar para o exame da admissibilidade, pois “procedência não é requisito de admissibilidade”⁴³⁴.

Importante também ressaltar que o juízo de admissibilidade, segundo BARBOSA MOREIRA, é, na essência, declaratório. Nesse ponto, o órgão judicial verifica se estão ou não “satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso. A existência ou inexistência de tais requisitos é, todavia, anterior ao pronunciamento, que não a gera, mas simplesmente a reconhece”⁴³⁵.

Exatamente a mesma conclusão e mais vinculada ainda à teoria geral do processo se apresentam GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES⁴³⁶, cuja tradicional classificação dos requisitos e pressupostos de admissibilidade, ou até mesmo condições e pressupostos dos recursos se dividem em pressupostos objetivos como o cabimento, adequação, tempestividade, regularidade procedimental e inexistência de fato impeditivo ou extintivo, enquanto que para os pressupostos subjetivos temos o interesse em recorrer e legitimação aos recursos.

Acontece que os autores entendem que esta classificação não guarda a verdadeira natureza do direito de recorrer já que este é uma modalidade do direito de ação e de defesa. Para isso deveria ser dividido as condições para recorrer similar ao direito de ação “quais sejam: a) possibilidade jurídica do pedido, entendida como previsão, pelo sistema do recurso utilizado; b) o interesse em recorrer, visto como necessidade (ou utilidade) e mais adequação; c) a legitimação ao recurso.”⁴³⁷

Um dos pontos que comprovam a nítida vinculação entre as bases da suposta teoria dos recursos no processo penal que na verdade é apenas uma teoria de recursos do processo civil está no entendimento de GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, os quais traçam um paralelo direto sobre as condições para o exercício dos recursos atrelados às condições do direito de ação, com base de direito processual civil, e informam: “Assim como o exercício regular do direito de ação é submetido a condições, da mesma forma o direito de recorrer sujeita-se a condições de exercício. São elas: a) a possibilidade jurídica de recorrer;

⁴³³ *idem*.

⁴³⁴ MOREIRA, José Carlos. *op.cit.*, p. 260.

⁴³⁵ MOREIRA, José Carlos. *op.cit.*, p. 262. Mesma opinião expressada por ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 116.

⁴³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 61.

b) a legitimação para recorrer; c) o interesse em recorrer”⁴³⁸.

a) Cabimento (ou possibilidade jurídica de recorrer)

Sobre isso, apontam que o recurso tem que estar previsto na lei processual para determinada decisão judicial. Também deve ser o adequado a esta espécie. A análise será de dois fatores, quais sejam, a recorribilidade e a adequação, que fazem parte deste requisito. Assim, também não é possível ampliar o rol *numerus clausus* dos recursos⁴³⁹.

Adequação, no caso, impõe que “deve ser interposto o recurso adequado para o tipo de decisão que se pretende impugnar. Sendo inadequado não será conhecido”⁴⁴⁰.

ARAKEN DE ASSIS⁴⁴¹ chama atenção para dois ângulos distintos e complementares, quais sejam, a recorribilidade do ato e a propriedade do recurso interposto, o que também diz respeito ao princípio da singularidade.

Ainda sobre este requisito, pode-se dizer do princípio da singularidade, que “não se pode interpor mais de um tipo de recurso contra a mesma decisão.”⁴⁴² Isso não entra em conflito com a possibilidade de impetrar os recursos especial e extraordinário a partir de um mesmo acórdão. “Os recursos especial e extraordinários são meios excepcionais de impugnação das decisões judiciais, não se configurando como terceiro ou quarto grau de jurisdição. Não se prestam a correção de injustiças”⁴⁴³, mas são destinados a questões da lei federal e salvaguarda da CRFB.

Aqueles que efetivamente nominam este requisito como possibilidade jurídica de recorrer (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES) tratam como “previsão legal do recurso. Só há possibilidade de utilização da via recursal quando o ordenamento contempla certo meio de impugnação para atacar a decisão. Desse modo, a possibilidade jurídica de recorrer prende-se à recorribilidade da decisão”⁴⁴⁴. Caso não exista recurso previsto há a impossibilidade jurídica de interpor o recurso e opera a preclusão e a coisa julgada formal. Da mesma forma são irrecorríveis meros despachos já que nem decisão são, na visão dos autores⁴⁴⁵.

⁴³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 62.

⁴³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 64.

⁴³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 240-241.

⁴⁴⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 243.

⁴⁴¹ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 133.

⁴⁴² NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 244.

⁴⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 248.

⁴⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 64-65

⁴⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 65.

GUSTAVO BADARÓ⁴⁴⁶ diz que o cabimento deve ser visto sob dois enfoques: recorribilidade da decisão, ou seja, se é passível de se recorrer de tal decisão e, o segundo enfoque, se há previsão de um recurso para tal decisão, devendo este ser adequado. Em resumo, cabimento é o binômio recorribilidade e adequação.

Como se percebe, não há distinção substancial alguma de tal condição entre os autores de direito processual civil e direito processual penal.

b) Legitimidade para recorrer

A legitimidade se liga à determinação de quem pode interpor recurso. Estas seriam as partes do processo, o Ministério Público e o prejudicado pela decisão, isso conforme o artigo 499 do CPC de 1973. Aí não se encontra o juiz, “porque o magistrado não pode, em nenhuma hipótese interpor recurso. O impropriamente denominado ‘recurso *ex officio*’ não é, em verdade, um recurso, mas sim condição de eficácia da sentença.”⁴⁴⁷.

ARAKEN DE ASSIS afirma que, de início, quem se habilita a recorrer é a parte vencida e que para ela é “irrelevante, para fins de legitimidade recursal, o momento da formação do litisconsórcio (inicial ou sucessivo), desde que anterior ao provimento impugnado, a espécie de litisconsórcio (necessário ou facultativo).”⁴⁴⁸

No processo civil, informa NERY JÚNIOR que a “lei legitimou o Ministério Público para recorrer, quer haja sido parte quer funcionando no processo como *custus legis*”⁴⁴⁹. Destaca-se, também, que não precisaria ter o Ministério Público funcionado efetivamente nos autos para recorrer. Basta somente que tenha tido a possibilidade de ter funcionado no processo⁴⁵⁰. É oportuno informar que os auxiliares do juízo, assistentes técnicos, não têm legitimidade para recorrer, já que se não encontram como terceiros prejudicados ou partes⁴⁵¹.

Percebe-se que a preocupação neste item é de muita conveniência ao direito processual civil, já que é indispensável para essa seara do direito estabelecer quem está na relação jurídica processual, de tal sorte que impõe que terceiros prejudicados ou até o Ministério Público atuará diretamente como *custus legis*, quando não for parte. Mas aqui, assegurando-se a identidade direta da paridade de armas.

A lei limita “o círculo dos possíveis recorrentes. Surge assim o problema da legitimidade para recorrer – analogamente ao que ocorre no tocante à propositura da ação –,

⁴⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 119.

⁴⁴⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 256.

⁴⁴⁸ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 143.

⁴⁴⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 257.

⁴⁵⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 257-258.

impondo-se verificar se quem interpôs o recurso está habilitado a fazê-lo”⁴⁵². Estes limites estariam previstos no art. 577, do Código de Processo Penal, que determina que poderá ser interposto pelo Ministério Público, querelante, réu, seus procuradores e defensores.

GUSTAVO BADARÓ⁴⁵³, ao tratar sobre o mesmo dispositivo indica que o rol de legitimados para recorrer estão concentrados nestes e somente estes legitimados, já indicados logo acima. Para além dessa legitimação a lei deverá expressamente mencionar possíveis legitimados e não se cogita, no processo penal, a possibilidade de interposição de recurso por terceiro prejudicado.

Sobre a concorrência entre defensores, constituídos ou nomeados, e a autônoma vontade do acusado, pode haver a alguma divergência. GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES⁴⁵⁴ esclarecem que os advogados teriam melhor condições de avaliar a possibilidade de êxito do recurso e na dubiedade de interesses prevalece a vontade de recorrer de quem for, já que amparado também pela *non reformatio in pejus*, sem ignorar que se o recurso não trouxer nenhuma utilidade falta o interesse em recorrer por força do binômio interesse-utilidade.

GUSTAVO BADARÓ⁴⁵⁵ esclarece sobre este ponto que em se tratando de dois legitimados para um único direito, mesmo não havendo regra expressa na lei brasileira sobre o tema, deverá prevalecer o interesse do acusado. Essa é a opinião do autor, apesar da jurisprudência dar prevalência ao interesse do defensor sobre a vontade do acusado, no caso do defensor ter recorrido e por ter mais conhecimento técnico sobre o assunto, como dita o enunciado 705 da Súmula de Jurisprudência do STF.

Sobre o Ministério Público recorrer fundamentam GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES que ele pode “recorrer como parte parcial e como órgão da justiça. Exatamente por isso é legitimado aos recursos que interpuser em benefício do réu, quando o seu interesse em recorrer tomará por base a utilidade da decisão em relação à correta aplicação da lei”⁴⁵⁶.

Destaca-se também, na visão de GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES a legitimação do ofendido, já que o dispositivo do código que trata desses assuntos o permitem

⁴⁵¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 260. Sobre a legitimidade do Ministério Público, ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 146, também demonstra esta possibilidade, além de destacar a legitimidade do terceiro nas páginas 148 a 151.

⁴⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 65.

⁴⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 120-121.

⁴⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 67.

⁴⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 123.

⁴⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 67.

recorrer, enquanto parte que ingressou no processo e poderia recorrer, mas “se intervier no processo no momento de recorrer, passará a integrar a relação jurídica processual a partir da interposição do recurso, numa figura semelhante à do terceiro prejudicado, igualmente legitimado aos recursos no processo civil.”⁴⁵⁷.

Silencia-se grande parte da doutrina o que trata especificamente o Pacto de São José da Costa Rica, no qual indica que somente a pessoa pode recorrer no processo penal, sendo esta uma garantia do indivíduo. E, sobre o silêncio da Constituição, há que se ao menos ter a preocupação em se identificar como se poderia fazer a interpretação deste dispositivo. No capítulo quarto será apresentada a doutrina que identifica esse óbice e desenvolvida a teoria dos recursos própria do direito processual penal para o Brasil.

c) Interesse em recorrer

Na classificação, este seria o último requisito intrínseco exigido para recorrer. Para o julgamento do mérito do recurso é indispensável que se verifique o interesse recursal de modo que o órgão *ad quem* analise seus fundamentos. “Incide no procedimento recursal o binômio *necessidade + utilidade* como integrantes do interesse em recorrer”.⁴⁵⁸ A interposição do recurso deve ser o único meio necessário para obter, naquele processo, o pretendido contra a decisão impugnada⁴⁵⁹.

ARAKEN DE ASSIS afirma, assim, que “o interesse em impugnar os atos decisórios acudirá ao recorrente quando visa à obtenção de situação mais favorável do que a plasmada no ato sujeito ao recurso e, para atingir semelhante finalidade, a via recursal se mostrar caminho necessário”⁴⁶⁰.

Utilidade, do outro lado, está ligada à idéia de “sucumbência, gravame, prejuízo, entre outros. E é a própria lei processual que fala em parte vencida, como legitimada a recorrer”⁴⁶¹. A sucumbência ocorrerá quando a “parte dispositiva na decisão judicial diverge do que foi requerido pela parte no processo (sucumbência formal) ou quando, independentemente das pretensões deduzidas pelas partes no processo, a decisão judicial colocar a parte ou terceiro em situação jurídica pior”⁴⁶² do que a anterior ao processo. Basta analisar se houve produção de efeito desfavorável à parte ou a terceiro. É o que se chama de sucumbência material. Em suma, deve ser possível algum proveito do ponto de vista prático

⁴⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 68.

⁴⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 261.

⁴⁵⁹ *idem.*

⁴⁶⁰ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 154.

⁴⁶¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 261.

⁴⁶² *idem.*

quando se interpõe o recurso⁴⁶³.

ARAKEN DE ASSIS esclarece que o recurso deve servir para algo: “a noção de proveito do recurso expressa corretamente o requisito da utilidade que compõe o interesse, superando as dificuldades existentes na fórmula mais vulgar de sucumbência (prejuízo ou gravame)”⁴⁶⁴. o que traz um tratamento vantajoso para a parte, o Ministério Público e o terceiro prejudicado.

Para quem assim pensa, destaca-se que “recurso interposto tão-somente contra fundamento da decisão não pode ser conhecido, por faltar ao recorrente o interesse em recorrer”⁴⁶⁵. O que no processo penal pode ocasionar grandes injustiças. O fundamento de uma sentença pode ser uma absolvição por falta de provas, enquanto que uma absolvição por provas robustas de inexistência do crime limitaria uma ação civil para discutir as consequências do fato. Portanto, não satisfaz as necessidades do processo penal já que estabelecido para o processo civil.

A necessidade, a seu turno, impõe que o recurso seja meio necessário para permitir situação mais favorável ao recorrente⁴⁶⁶.

TOURINHO FILHO⁴⁶⁷ trata que a sucumbência pode ser única quando atinge apenas uma das partes e múltipla, quando a sucumbência atinge interesses vários. Exemplificando, de acordo com o autor quando não há o reconhecimento de pedido de causa de extinção da punibilidade o réu será o sucumbente. Sobre a sucumbência múltipla poderá ser paralela, houve a lesão a interesses idênticos e recíproca se atinge interesses opostos.

GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES narram que a ideia de interesse está atrelada ao binômio composto da adequação mais necessidade ou utilidade. Adequação “é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado, que deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser”⁴⁶⁸. Já necessidade “indica a impossibilidade de se obter a satisfação do direito material sem a intervenção do Estado-juiz – e isso se aplica tanto ao exercício do direito de ação, como ao exercício do direito de recorrer”⁴⁶⁹. Utilidade, por seu turno, significa “a possibilidade, por intermédio do direito de ação ou direito de recorrer,

⁴⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 261-262.

⁴⁶⁴ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 155.

⁴⁶⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 273.

⁴⁶⁶ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 162.

⁴⁶⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume 4. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 406.

⁴⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 69.

⁴⁶⁹ *idem*.

de se conseguir situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a existente antes do exercício da ação ou, no caso de recurso, da emergente da decisão recorrida.”⁴⁷⁰.

A legitimidade é “condição necessária, mas não suficiente, para a impugnabilidade subjetiva”⁴⁷¹. Identificada com a sucumbência é sinônimo de lesividade da decisão, o que carrega uma idéia de perda causada pela decisão e deverá ser analisada com a ótica prospectiva. Enfim, é de utilidade prática da futura decisão que se fala, ao se falar sobre o interesse, mesmo que este interesse possa ser referente aos efeitos civis para alterar o fundamento da absolvição, e se há tema de interesse vale a regra do *in dubio pro recursus*⁴⁷².

d) Tempestividade

Considerado, para quem assim o classifica, como um dos requisitos extrínsecos à decisão, já que posterior àquilo que se recorre, somente será admitido o recurso se “interposto dentro de prazo fixado em lei. Não sendo exercido o poder de recorrer dentro daquele prazo, se operará a preclusão e, via de consequência, formar-se-á a coisa julgada. Trata-se, no caso, de preclusão temporal”⁴⁷³.

Sobre a tempestividade se diz que “todo recurso há de ser interposto antes de findar o prazo previsto em lei, sob pena de preclusão. Interposto o recurso além do prazo, ele é inadmissível, porque intempestivo”⁴⁷⁴.

Importante destacar que o prazo recursal poderá ser comum ou particular e isso se atrela à sucumbência. Em havendo sucumbência recíproca, o prazo será comum. Se a sucumbência for total de uma das partes, “o prazo para a outra recorrer é particular”⁴⁷⁵. Já que somente uma delas poderia recorrer.

Para a contabilização do prazo, este se dá somente a partir da intimação, que poderia ser feita pela “leitura do ato em audiência, pela intimação da parte quando o ato não for proferido em audiência ou pela publicação da súmula do julgamento no órgão oficial”⁴⁷⁶. A parte que deixa de comparecer a audiência que havia sido regularmente intimada e desta queira recorrer de algum ato, se considera ter tomado ciência na própria audiência⁴⁷⁷.

Havia, ainda, uma determinação de alteração de prazo quando se tratar de recorrente o Ministério Público, que deveria se aplicar o dobro do prazo, conforme previsto no artigo

⁴⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 70.

⁴⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 127.

⁴⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 127-128.

⁴⁷³ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 282.

⁴⁷⁴ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 179.

⁴⁷⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 282.

⁴⁷⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 286.

⁴⁷⁷ *idem*.

188 do CPC de 1973, indiferente da posição que ocupa no processo⁴⁷⁸. A mesma operação ocorreria para o defensor público, quem tinha sempre prazo em dobro para praticar quaisquer atos processuais, como prevê o art. 5º, § 5º, da Lei de Assistência Judiciária. Também ocorrerá quando existirem litisconsortes com procuradores diferentes na forma do artigo 191 do CPC de 1973⁴⁷⁹.

e) Regularidade formal (ou pressupostos recursais para a constituição de uma fase procedimental válida)

Sobre este ponto, NERY JÚNIOR explica que a “lei impõe ao recorrente, ainda, observe a forma segundo a qual o recurso deve revestir-se. Exige-se, por exemplo, que o recorrente alinhe as razões de fato e de direito que fundamentam o pedido de nova decisão”⁴⁸⁰.

A forma para recorrer não é livre, já que a lei impõe forma rígida ao ato de recorrer⁴⁸¹. Deve ser feita através de petição escrita, na qual o recorrente veiculará sua pretensão recursal, salvo exceções. Nesta petição escrita, deverá se identificar se as partes tiveram clareza na causa de pedir ou, em outras palavras, indicaram a fundamentação do recurso⁴⁸².

NERY JÚNIOR faz referência a este requisito sobre o princípio da motivação ou fundamentação dos recursos. Além disso, caso o recorrente não deduza o recurso em consonância formal com “o que a lei processual determina, terá desatendido o requisito da regularidade formal, e, conseqüentemente, o recurso não será conhecido”⁴⁸³. Destacando-se a fundamentação dos recursos e que o agravo retido seja oferecido oralmente⁴⁸⁴.

A fundamentação permite que a parte contrária possa contrarrazoar o recurso, o que é indispensável para se preservar o contraditório em sede recursal e, assim, demarcando-se “a extensão do contraditório perante o juízo *ad quem*, fixando os limites de aplicação da jurisdição em grau de recurso”⁴⁸⁵.

GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES esclarecem que os pressupostos dos recursos são análogos aos pressupostos da relação processual válida, que seriam a investidura do juiz; a capacidade de quem formula o pedido ou recurso; regularidade formal deste pedido ou de quem formula o recurso e a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos.

⁴⁷⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 307.

⁴⁷⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 308.

⁴⁸⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 310.

⁴⁸¹ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 193.

⁴⁸² ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 193-198.

⁴⁸³ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 311.

⁴⁸⁴ *idem*.

A investidura do juiz seria um pressuposto que está atrelado à identidade do juiz natural. Dirão GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES que “a investidura do juiz, ou tribunal, que corresponde à sua qualidade de órgão jurisdicional, mais do que pressuposto de validade, pode ser considerada pressuposto de existência da relação processual (ou de relação procedimental da fase recursal)”⁴⁸⁶. Isso assumiria uma relevância prática menor no que se refere à dimensão da relação recursal já que diz respeito a uma relação processual na qual já houve a propositura da ação e seus vícios de lá decorrem; o que aqui se observa é a possibilidade de se recorrer para tribunal constitucionalmente incompetente⁴⁸⁷.

A capacidade de quem formula o recurso serve para exigir que estes legitimados gozem da capacidade processual. Isto se verifica a partir da capacidade de ser parte, que é a capacidade jurídica regulada pela lei civil; da capacidade de estar em juízo, referente à aquisição ou perda da capacidade tanto física como jurídica e, neste caso, dependerá de representação; e, da capacidade postulatória, que é o direito de agir e falar em nome de outrem que, em regra, é reservado aos advogados ou defensores mas que, no caso do processo penal o réu poderá ter capacidade postulatória por força dos interesses que envolvem os recursos penais⁴⁸⁸.

Sobre a regularidade procedimental destacam GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES que “o que a doutrina tradicional indica como alguns dos ‘pressupostos objetivos dos recursos’ nada mais é do que o primeiro pressuposto recursal: com efeito, a tempestividade e a regularidade procedimental estão compreendidas no pressuposto do recurso regularmente formulado”⁴⁸⁹.

Dirá GUSTAVO BADARÓ que “a impugnação é constituída tanto da declaração de que se deseja recorrer quanto dos motivos, sobretudo porque sendo os motivos a justificação do pedido, devem ser considerados parte deste”⁴⁹⁰. Mesmo se a interposição ocorrer de forma oral deverá ser registrado termo nos autos, eis que concretiza sua interposição. Ainda com GUSTAVO BADARÓ⁴⁹¹, pode-se dizer que a interposição por termo nos autos favorecerá o acusado, e admitindo que o mesmo recorra apenas pela sua manifestação de vontade, mas caso a lei exija que a interposição seja acompanhada das razões, este não seria admitido.

⁴⁸⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 314-315.

⁴⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 76.

⁴⁸⁷ *idem*.

⁴⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 76-78.

⁴⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 62.

⁴⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 158.

Por força de alguns recursos no processo penal serem cindidos entre interposição e apresentação das razões, há que se identificar que sua ausência poderá impor a devolução do prazo para apresentação das razões, na sua ausência já que “recurso regularmente formulado é, ainda, o recurso tempestivamente interposto”⁴⁹².

Daí GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES⁴⁹³ entendem como demarcatório da tempestividade a interposição. Neste passo, há que se destacar que a tempestividade é o marco temporal entre a decisão tornada pública e o prazo final para a interposição. Esses estão previstos na lei processual e contam-se da data seguinte à publicação, lembrando que eles são contínuos e peremptórios. Será, pois, tempestivo se interposto dentro do prazo previsto, descumprido o prazo, por se tratar de ônus do recorrente e apresentar a sua manifestação de vontade dentro do prazo, se desrespeitando o prazo se torna intempestivo e não deverá ser conhecido.

f) Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer

NERY JÚNIOR explica que fatos extintivos do poder de recorrer são “a renúncia ao recurso e a aquiescência à decisão; os impeditivos do mesmo poder são a desistência do recurso ou da ação, o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia ao direito sobre que se funda a ação”⁴⁹⁴.

Ainda com ARAKEN DE ASSIS: “Existem fatos prévios e ulteriores à interposição do recurso que extinguem o poder de recorrer e impedem o exame do recurso. A renúncia e a aquiescência constituem fatos extintivos. O fato impeditivo é a desistência.”⁴⁹⁵

Renunciar ao recurso não é renunciar ao direito discutido em juízo pois trata do exercício do direito de recorrer. “A renúncia ao recurso é um negócio jurídico de disponibilidade de uma posição jurídica, segundo o qual a parte manifesta sua vontade no sentido de extinguir o exercício do poder de recorrer, vontade essa que pode ser expressa ou tacitamente manifestada”⁴⁹⁶.

ARAKEN DE ASSIS, informa que a “renúncia consiste na declaração de vontade do legitimado a recorrer no sentido de abdicar do poder de recorrer. Este ato dispositivo torna

⁴⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 159.

⁴⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 81.

⁴⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 78-88.

⁴⁹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 329.

⁴⁹⁵ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 165.

⁴⁹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 329.

irecorrível para o renunciante o provimento judicial emitido”⁴⁹⁷.

Pode também ocorrer a renúncia ao direito sobre aquilo que se funda a ação, direito material do autor, e também no caso do réu realizar o reconhecimento jurídico do pedido. Essas duas figuras acarretam o julgamento do mérito em favor da outra parte e, daí decorre a preclusão lógica, pois ambos são incompatíveis com o ato de recorrer.⁴⁹⁸

No que se refere à desistência, esta se dá para recursos já interpostos. NERY JÚNIOR⁴⁹⁹ deixa claro que, se o recurso não foi interposto, o que poderá ocorrer é a renúncia ou mera aquiescência à decisão. Não há que se falar em desistência antes de interposição dele. Há que se destacar que a desistência do recurso não afeta o recurso adesivo, figura comum no direito processual civil, quando uma parte que havia deixado de recorrer opta por recorrer dado à devolutividade da matéria ao tribunal, este será independente do recurso principal e resta ao órgão *ad quem* o julgamento do recurso subordinado. Destaca-se que a desistência poderá ocorrer até o instante imediatamente anterior ao julgamento.

Semelhante à renúncia, a desistência é um instituto tido como geral. É permitido ao “autor desistir da ação, ensejando a emissão de sentença terminativa, dependendo, porém, conforme a oportunidade da sua manifestação, da concordância do réu”⁵⁰⁰. Ocorre que isto parece equivocado, uma vez que a desistência importa ao processo e não à ação. No entanto, ao extrair de lá o que se diz, complementa o autor que, no “âmbito do procedimento recursal, a desistência consiste na revogação da interposição do recurso. Em consequência, subsistirá irecorrível o pronunciamento recorrido, seja qual for o seu teor”⁵⁰¹.

ARAKEN DE ASSIS também chama atenção para outro fato impeditivo: a aquiescência, que “consiste na aceitação tácita ou expressa, mas sempre espontânea, no todo ou em parte, do ato decisório”⁵⁰². Esclarece, ainda, que “é tradicional equiparar à renúncia a aceitação do provimento. Preconiza-se, vantajosamente, a distinção dessas situações heterogêneas. Na renúncia, manifesta-se vontade em não recorrer; na aquiescência, há simples atitude de assentimento ou de conformidade”⁵⁰³.

Praticamente a mesma estrutura de pensamento se verifica pela doutrina processual penal acerca de fatos impeditivos ou extintivos que tornam o recurso não conhecido: “são fatos impeditivos do conhecimento dos recursos a preclusão e a renúncia. E são fatos

⁴⁹⁷ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 165.

⁴⁹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 351-352.

⁴⁹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 354-355.

⁵⁰⁰ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 166.

⁵⁰¹ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 168.

⁵⁰² ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 173.

extintivos a desistência ou deserção”⁵⁰⁴.

A preclusão “conceitua-se como um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a perda de uma faculdade ou direito processual”⁵⁰⁵. A preclusão então poderá ser a) temporal quando não exercida “uma faculdade, poder ou direito processual no prazo determinado; b) lógica, quando decorrente da incompatibilidade da prática de um ato processual com relação a outro já praticado; c) consumativa, quando a faculdade já foi validamente exercida”⁵⁰⁶.

Como não se pode prolongar o recurso indefinidamente, os recursos acabam por se sujeitar ao prazo previsto em lei ele deve ser o tempo necessário para preparação da sua defesa, como indica o CADH, art. 8.2.c. Estes, na visão de GUSTAVO BADARÓ⁵⁰⁷, serão fatais, contínuos e peremptórios, de tal forma que se não interrompem. Como é matéria de ordem pública a intempestividade pode ser reconhecida a qualquer tempo.

GUSTAVO BADARÓ explica que “sendo o recurso um ato voluntário, um ônus do sujeito prejudicado pela decisão, e não um dever, as partes podem renunciar ao direito de recorrer. Quem tem um direito e pode exercitá-lo, em regra, tem também o poder de renunciar ao exercício de tal direito.”⁵⁰⁸ Necessário incorporar a essa ideia que não haverá renúncia antecipada, ou seja, antes de proferida a decisão recorrida, já que se não renuncia a um direito inexistente e o direito de recorrer só surge quando há uma decisão que cause prejuízo à uma das partes⁵⁰⁹.

Destaque ainda recebe a figura da renúncia que é a “manifestação de vontade de não recorrer, acarretando preclusão lógica quanto à interposição do recurso. Trata-se de um fato impeditivo que se caracteriza como espécie de outro – a preclusão lógica”⁵¹⁰. E a figura da desistência que é a “manifestação de vontade de retirar o recurso já interposto. Tanto quanto a renúncia, importa em ato de disponibilidade, decorrente do princípio da voluntariedade dos recursos, que também há de ser contido nos devidos parâmetros para o processo penal”⁵¹¹,

⁵⁰³ *idem*.

⁵⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 88.

⁵⁰⁵ *idem*.

⁵⁰⁶ *idem*.

⁵⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 151.

⁵⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 137.

⁵⁰⁹ *idem*.

⁵¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 89.

⁵¹¹ *idem*.

GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES⁵¹² remetem, neste ponto, o leitor ao item que trata da voluntariedade e do impedimento do Ministério Público de dispor de recurso interposto.

Dirá GUSTAVO BADARÓ⁵¹³ que a renúncia é declaração unilateral de vontade e independe da aceitação da parte contrária, ela é um ato personalíssimo e só poderá produzir efeitos àquele que renunciou e jamais atingir corréus.

Sobre a desistência, GUSTAVO BADARÓ, por estruturar o ato de recorrer como um ônus da parte, afirma que “a desistência impede o julgamento do recurso já interposto. A possibilidade de a parte desistir do recurso interposto é uma decorrência da voluntariedade e da disponibilidade dos recursos”⁵¹⁴. Essa desistência poderá ser total ou parcial. Sendo total impõe fim ao processo independentemente da vontade do recorrido, já que extingue a fase recursal do procedimento e passa a dar efeito de trânsito em julgado à decisão recorrida e não se poderá, na visão do autor, interpor novo recurso se ainda dentro do prazo recursal, o que não ocorrerá se houver recurso de corréu ou da outra parte⁵¹⁵.

Do que se nota, a disponibilidade dos recursos está atrelada imediatamente à condição do recurso ser voluntário. Um dos dilemas da estrutura recursal importada e que mostra que a teoria não dá conta é de não ser possível regular a ação estatal no caso do Ministério Público não ter impetrado o recurso cabível, e o controle dessa ‘decisão’. Para simplificar, como dizer se o acusador público deveria ter impetrado recurso? Como é possível dizer que o Ministério Público não deveria ter impetrado um recurso? Quando saberei se o acusador público se restou inerte porque entendia que não era para recorrer ou foi por corrupção, desleixo ou falta funcional?

Observa-se que se o recurso é voluntário caberia a disponibilidade dele. Mas, a estrutura recursal é incompatível com esta lógica. Isso se demonstra que, ao ente estatal, talvez não seja possível permitir que fique à escolha deste impetrar ou não o recurso aplicável. Simplesmente não cabe a legitimidade do Ministério Público na CADH e, a lógica dos recursos, pela voluntariedade e conseqüente disponibilidade, também não. A isso será dado atenção no capítulo quarto.

Sobre o preparo, GUSTAVO BADARÓ⁵¹⁶ demonstra a preocupação de se exigir o

⁵¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 38.

⁵¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 138.

⁵¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 142.

⁵¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 143.

⁵¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 149-150.

condicionamento da análise do recurso, com um pressuposto processual que trate de pecúnia, e que, por isso, a pena de deserção, mesmo nos casos em que o acusado tenha condições de efetuar o pagamento, não seria uma sanção demasiada gravosa, de tal sorte que nem essa exigência nem a exigência de se manter preso, para o recurso existe mais.

g) Preparo

Preparo é o nome que se dá ao pagamento prévio feito pelo recorrente referente às custas para que o recurso seja processado. “Institui-se, no sistema processual civil brasileiro, a regra do preparo imediato, válida para todos os recursos porque instituto de teoria geral dos recursos”⁵¹⁷. Este pagamento deve ser comprovado no ato da interposição do recurso. Considera-se a ausência ou irregularidade no preparo como preclusão e aplicar-se-á a pena de deserção do recurso. Há casos em que a lei prevê dispensa do preparo⁵¹⁸.

Há que se destacar que um ou outro autor identificam mais ou menos requisitos, como ARAKEN DE ASSIS⁵¹⁹, que informa a necessidade do pedido de reforma ou de invalidação da decisão. Também podem ser encontrados requisitos especiais identificados para alguns recursos específicos⁵²⁰.

Há que se tratar (neste ponto inserido pela lógica dos autores tomados por base) sobre o instituto da deserção que ocorre quando há a ausência de preparo, ou seja, o que a lei processual trata acerca do pagamento das custas e até a deserção por fuga, que GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES⁵²¹ sempre sustentaram vulnerar os princípios constitucionais, porque ficou superada pela sua revogação, lembra que ainda subsista a deserção quando ausente o pagamento de traslado que permanece apenas para o querelante nos crimes de ação exclusivamente privada, já que exigir do réu ou querelado violaria o princípio da ampla defesa.

Não se deixa dúvidas que deserção é, certamente, medida derivada diretamente da importação da teoria dos recursos do processo civil, o que se torna impróprio na sua própria essência.

2.6 JUÍZO DE MÉRITO

⁵¹⁷ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 358.

⁵¹⁸ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 359-360.

⁵¹⁹ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 198.

⁵²⁰ Tratar extensamente deles, o que implicaria em análise fora do âmbito demarcado em relação à teoria geral dos recursos, foge à discussão da presente tese, já que é necessário abordar e demonstrar os requisitos da teoria geral dos recursos e o quanto isso foi tomado pelos processualistas penais para formar a teoria geral dos recursos do Direito Processual Penal.

⁵²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 89-90.

BARBOSA MOREIRA explica que o “juízo de mérito é o próprio conteúdo da impugnação à decisão recorrida.”⁵²² O órgão *ad quem* julga o mérito do recurso identificando que o conhece. Neste sentido, ele pode negar provimento ao recurso quando entender que a impugnação foi infundada, ou dar provimento ao recurso quando fundada a impugnação. Nesse caso pode reformar, no caso de *error in iudicando*, ou anular a decisão, quando houver *error in procedendo*⁵²³.

No caso do *error in iudicando* “o objeto do juízo de mérito, no procedimento recursal coincide com o objeto do juízo no grau inferior (...), ambos os pronunciamentos (o inferior e o superior) versam sobre a mesma matéria, ao menos do ponto de vista qualitativo.”⁵²⁴ No caso de desprovimento do recurso, erroneamente se chama de confirmação da decisão inferior, o que é diferente de quando se dá “provimento ao recurso para anular a decisão impugnada, por *error in procedendo*, o julgamento proferido pelo órgão *ad quem* não coincide, no objeto, com o do órgão *a quo*, nem por conseguinte, o substitui, limita-se a cassá-lo, para que posteriormente se profira (...) nova decisão”⁵²⁵.

Diz ARAKEN DE ASSIS⁵²⁶, no que se refere à natureza do juízo de mérito, que esta pode ser declarativa ou constitutiva. Se desprovido o recurso, a natureza jurídica é declarativa. Também é possível que, de forma secundária, haja confirmação do ato decisório, mas muda o fundamento. Daí a natureza jurídica será constitutiva positiva. Do contrário, se provido o recurso, o novo provimento terá força constitutiva.

Praticamente idêntico é o tratamento que se dá pela doutrina processual penal. GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES textualmente explicam que se denomina “juízo de mérito aquele em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula: no caso dos recursos, a revisão da decisão impugnada, visando à sua reforma, invalidação, esclarecimento ou integração.”⁵²⁷

O objeto do juízo de mérito é o recurso propriamente dito, ou seja, o “conteúdo da impugnação à decisão recorrida”⁵²⁸. Importante esclarecer que o mérito do recurso não se confunde com o mérito da causa, pois pode ter em vista questões processuais que ocorreram

⁵²² MOREIRA, José Carlos. *op.cit.*, p. 265.

⁵²³ *idem*.

⁵²⁴ MOREIRA, José Carlos. *op.cit.*, p. 266.

⁵²⁵ MOREIRA, José Carlos. *op.cit.*, p. 266.

⁵²⁶ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 121-122.

⁵²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 57.

⁵²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 58.

anteriormente à decisão.

GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES esclarecem que “o juízo de mérito do recurso é da competência exclusiva do órgão *ad quem*, salvo determinação legal expressa”⁵²⁹. No mérito se decide se nega ou dá provimento ao fundamento do recurso, sendo infundado ou fundado, respectivamente. Destes poderá ocorrer a reforma da decisão quando reconhece o *error in iudicando*. O objeto do juízo recursal coincide com o objeto do juízo de grau inferior. Também é possível que se anule o provimento, quando ocorre *error in procedendo* quando o objeto do julgamento não coincide com o da jurisdição inferior e nem a substitui, no caso ocorre a cassação e o órgão *a quo* emita nova decisão⁵³⁰.

GUSTAVO BADARÓ explica que é possível que o juízo de mérito do recurso seja realizado pelo “próprio órgão que proferiu a decisão recorrida também realiza o juízo de mérito, nos casos em que há juízo de retratação (por exemplo, no recurso em sentido estrito)”⁵³¹.

Objeto do juízo de mérito do recurso é o próprio conteúdo do recurso, ou seja, a matéria que foi impugnada pelo qual se pede reforma ou invalidação, como narra GUSTAVO BADARÓ⁵³². Há casos que o objeto do recurso coincida com o mérito do juízo de primeiro grau ou que este seja preliminar ao juízo de mérito do processo originário.

Já o juízo de mérito, em sendo positivo, poderá dar provimento ao recurso e em sendo negativo, nega-se provimento ao recurso, da mesma forma que é possível o provimento parcial do recurso. Destaca o autor que quando o recurso é julgado no mérito, o acórdão substituirá a decisão recorrida. Em caso de anulação da decisão recorrida há a possibilidade de que se anule o processo até o momento em que foi proferida a decisão ou, até substitua a decisão no que houver decisão *ultra petita*, por exemplo, excluirá, dessa forma, o tribunal aquilo que estiver em excesso⁵³³.

2.7 EFEITOS DA INTERPOSIÇÃO DOS RECURSOS

Todo recurso carrega inicialmente a característica do efeito devolutivo, já que justamente o que se pleiteia será a reapreciação de determinada matéria. Assim, o primeiro

⁵²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 60.

⁵³⁰ *idem*.

⁵³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 115.

⁵³² BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 115.

⁵³³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p.116-117.

efeito “que todo e qualquer recurso possui, consiste na devolução do conhecimento da matéria impugnada ao órgão *ad quem*, a fim de que possa reexaminar a decisão recorrida”⁵³⁴.

GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES⁵³⁵ esclarecem que no nosso sistema todos os recursos obstam o trânsito em julgado quando há decisão impugnada e, por isso, impedem a preclusão. Para alguns a natureza da decisão sujeita a recurso deve ser vista como ato perfeito sujeito a revogação. Entretanto para GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES⁵³⁶ é de que a decisão superior sempre substitui a decisão de grau inferior, mesmo no caso da confirmação.

Tem também quem entenda que o ato fica submetido a condição resolutiva, mas isso poderia causar efeitos executórios, que seria excepcional para os citados autores. Também criticam a identificação da natureza jurídica da decisão como mera possibilidade, portanto, aceitam para o processo penal “a decisão sujeita a recurso ser ato subordinado a condição suspensiva: a sentença nasce com todos os requisitos necessários à sua existência, mas, de ordinário, privada de sua eficácia.”⁵³⁷. Não surgindo outro pronunciamento na instância recursal permitirá que aquela decisão recorrida irradie seus efeitos próprios, enquanto que se o órgão *ad quem* emitir nova decisão essa condição falta e é substituída por decisão da jurisdição superior⁵³⁸.

GUSTAVO BADARÓ⁵³⁹ esclarece que sobre os efeitos dos recursos, todos terão efeito devolutivo. O efeito suspensivo dependerá de cada recurso. Para outros autores haverá efeito regressivo ou diferido e por fim, alguns entendem existir o efeito extensivo dos recursos.

Entretanto, existem outros fenômenos processuais para os recursos, como se apresentará, pela visão da doutrina processual civil e penal.

a) Efeito devolutivo

Narra NERY JÚNIOR que o “efeito devolutivo é manifestação do princípio dispositivo, e não mera técnica do processo, princípio esse fundamental do direito processual civil brasileiro.”⁵⁴⁰. Diz-se, ainda, que o juiz só deve julgar nos limites do pedido, fixados na petição inicial. Assim, o princípio dispositivo é transmitido para a fase recursal pelo efeito

⁵³⁴ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 361.

⁵³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 43.

⁵³⁶ *idem.*

⁵³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 44.

⁵³⁸ *idem.*

⁵³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 163.

⁵⁴⁰ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 361.

devolutivo. “O juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso, encerradas com o pedido de nova decisão”⁵⁴¹.

Também entende ARAKEN DE ASSIS⁵⁴² que o efeito devolutivo é o desenrolar do próprio princípio dispositivo. “A devolução transfere ao tribunal o objeto da cognição do primeiro grau potencialmente, porque limitada e condicionada à concreta iniciativa recursal do ofendido.

O efeito devolutivo pressupõe o ato de impugnação corporificado na interposição do recurso. O objeto da devolutividade constitui o mérito do recurso, sobre o qual o órgão *ad quem* deverá se pronunciar. As questões de ordem pública devem sempre ser analisadas *ex officio*⁵⁴³.

Para o bojo desta pesquisa é indispensável ressaltar as palavras de ARAKEN DE ASSIS:

A tarefa acometida ao segundo grau no direito brasileiro, ordinária e tipicamente provocada através da apelação, em geral não importa a reconstrução do que se edificou em primeiro grau. Limita-se a reexaminar a fidelidade da construção ao projeto originário, verificando o emprego dos materiais já coligidos, pouco importando a respectiva boa e má qualidade. Conforme o resultado do julgamento, o tribunal aprovará a construção, dando-a como exata e conforme (desprovimento do apelo), ou corrigirá a obra defeituosa, extirpando os vícios construtivos e pondo-a de acordo com o projeto, ou derrubará todo o edifício, porque irrecuperável, restituindo o processo ao juízo *a quo* para que encete nova construção (respectivamente, provimento por vício de juízo e por vício de atividade).⁵⁴⁴

Será que esta compreensão pode ser transposta para o direito processual penal? Uma edificação ruim anula o processo e submete o réu a novo processo? Será que é possível se falar em duplo grau de jurisdição penal sem a imediação do juiz com a prova no processo penal? Isso será trazido à tona no capítulo específico de definição da teoria do recurso para o processo penal.

No mesmo sentido que o autor anterior: “o efeito devolutivo prolonga o procedimento, pois faz com que o processo fique pendente até que a decisão judicial não mais seja impugnável, quer pela inércia da parte em não interpor recurso, quer pelo esgotamento da instância recursal. (...) o efeito devolutivo adia a formação da coisa julgada”⁵⁴⁵.

ARAKEN DE ASSIS, assim, conceitua o efeito devolutivo pela sua essência de remessa “ao conhecimento do mesmo órgão ou de outro órgão judiciário da matéria julgada e impugnada e, sob algumas condições passível de ser julgada no órgão *a quo*. As questões

⁵⁴¹ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 362-363.

⁵⁴² ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 219.

⁵⁴³ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 362.

⁵⁴⁴ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 219.

subordinadas à iniciativa das partes observam, assim, o tradicional aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*.⁵⁴⁶ Mesmo que a máxima seja para a apelação, aplica-se a todos os demais recursos.

GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES esclarecem que o efeito devolutivo “consiste em devolver ao tribunal *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada, julgada no grau inferior de jurisdição, bem como da cognoscível de ofício.”⁵⁴⁷

GUSTAVO BADARÓ⁵⁴⁸ informa que “recorre-se para que a decisão que causa gravame ao recorrente seja revista, analisada novamente, e corrigida em seu benefício.”⁵⁴⁹ Mais: não se deveria utilizar a expressão efeito devolutivo pois retornaria ao rei (na estrutura histórica da ideia de devolutividade) aquilo que foi delegado aos juízes, mas se aceitaria tal expressão com uma acepção mais ampla para que o poder judiciário tivesse a matéria devolvida para sua análise.

O efeito devolutivo deverá ser apreciado pela extensão, por força da amplitude do recurso. Poderá ser total, quando todas as questões serão objeto de reexame pelo tribunal, e parcial, quando só será devolvida a matéria que tenha sido atacada pelo recorrente. Também deve ser apreciado a profundidade do efeito devolutivo, em que “pode levar em consideração tudo que for relevante para a nova decisão. Por isso é que o brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum* (relativo a extensão do conhecimento) completa-se pelo acréscimo *vel appellari debebat* (relativo a profundidade).⁵⁵⁰ Poderia o tribunal *ad quem* converter o julgamento em diligência para a produção de provas, além de excluir as consideradas ilícitas se for oportuno, mas na presença do contraditório e, inclusive, produzindo provas⁵⁵¹.

Pode-se analisar a extensão dos recursos no plano horizontal e quanto à sua profundidade, que seria referente ao plano vertical. No que se refere à extensão se diria se plena ou parcial. No primeiro caso a extensão será toda devolvida ao tribunal e, no segundo, a extensão será parcial, por exemplo, quando se tratar apenas de capítulos ou pontos da decisão. Enquanto que no plano vertical, ou seja, sobre a profundidade da decisão, não ficará adstrito o Tribunal a decidir somente sobre o plano da extensão, podendo alcançar parte mais profunda daquilo que não foi tratado pela decisão. Assim, uma sentença que tenha absolvido o réu por

⁵⁴⁵ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 365.

⁵⁴⁶ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 221.

⁵⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 44.

⁵⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 164-165.

⁵⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 164.

⁵⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 45-46.

ausência de provas não impede o tribunal decidir que há provas e a conduta é atípica⁵⁵².

É possível notar a similitude de pensamentos em se tratando da doutrina de processo civil e a de penal, a profundidade como tratam da matéria, ou a complexidade como tratam refletem mais ou menos com outros aspectos que destacaram acerca das próprias categorias e servem para talvez legitimá-las na sua base de pensamento.

b) Efeito suspensivo

Efeito suspensivo é “uma qualidade do recurso que adia a produção dos efeitos da decisão impugnada assim que interposto o recurso, qualidade essa que perdura até que transite em julgado a decisão sobre o recurso”⁵⁵³. Suspende-se, então, a eficácia do recurso, estando mais relacionado à recorribilidade da decisão do que ao próprio recurso. Ou seja, a decisão só pode se tornar eficaz após o decurso do prazo do recurso. Este efeito, portanto, inicia com a publicação da sentença e perdura até o fim do prazo para recorrer ou o julgamento do recurso, o que vier por último⁵⁵⁴.

De forma mais simplificada “o efeito suspensivo impede a produção dos efeitos próprios do provimento”⁵⁵⁵. A simples “previsão legal de recurso dotado desse efeito já inibe a eficácia do ato decisório”⁵⁵⁶.

Destaca-se a possibilidade de existir efeito suspensivo dado *ex officio* pelo órgão *a quo*, já que para NERY JÚNIOR⁵⁵⁷ as regras de direito processual são sempre questões de ordem pública e independem de requerimento das partes. Exceção a isso se dá no agravo, por força de disposição expressa da nova redação do artigo 558 do CPC.

O efeito suspensivo se baseia no princípio da segurança. “É um ponto de equilíbrio entre dois interesses legítimos: de um lado, o do vencedor, ansioso por ver realizado, na prática, o direito já reconhecido; de outro, o do vencido em impedir que ato decisório injusto produza efeitos irreversíveis.”⁵⁵⁸

Essa lógica fosse transposta para o processo penal, não se poderia pensar que há alguém, além do réu, com interesse legítimo de ver sua decisão revista, caso condenado. Uma vez que o único lado que importa ao processo penal a única pessoa que sofre as consequências do processo é o réu. De tal medida, que se não poderia pensar diferente em se tratar de todo e

⁵⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 46.

⁵⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 166-169.

⁵⁵³ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 376.

⁵⁵⁴ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 377.

⁵⁵⁵ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 234.

⁵⁵⁶ *idem*.

⁵⁵⁷ NERY JÚNIOR Nelson. *op. cit.*, p. 386-387.

⁵⁵⁸ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 235.

qualquer provimento jurisdicional submetido a reexame, independente de qual via utilizada para recorrer, em se tratando de recurso da defesa, deveria, por esta lógica, estar suspensa a eficácia da decisão, para que se garanta a pessoa.

Tratam, sobre o efeito suspensivo os processualistas penais GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, que este “significa que, em certas hipóteses sua interposição impede a produção imediata dos efeitos da decisão. O recurso suspende toda a eficácia desta (e não apenas a eficácia executiva da sentença condenatória)”⁵⁵⁹. Tais autores compreende que a decisão é ineficaz somente pela simples possibilidade que seja interposto recurso e, “não é o recurso que tem efeito suspensivo, tendo antes o condão de prologar a condição de ineficácia da decisão”.⁵⁶⁰

No que se referem à prisão os autores destacam que a sentença absolutória tem efeito meramente devolutivo. Quanto ao efeito suspensivo, será no caso contrário, de condenação, e não poderá ocorrer a antecipação dos efeitos executórios por força do “princípio constitucional segundo o qual ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁵⁶¹.

GUSTAVO BADARÓ aduz que efeito suspensivo “significa que o recurso suspende a eficácia da decisão recorrida, impedindo que ela produza os seus efeitos enquanto pende o julgamento da impugnação”⁵⁶² e se posiciona de que esta deveria ser a regra no que se refere aos recursos ordinários já que a cognição da segunda instância é plena⁵⁶³.

Há de se destacar que a expressão efeito suspensivo induz uma idéia equivocada de que o recurso suspenderia a eficácia da decisão, como se sua eficácia dependesse do recurso. GUSTAVO BADARÓ destaca que é a “possibilidade de interposição do recurso que impede que o ato produza os seus efeitos desde logo.”⁵⁶⁴

Ainda sobre o efeito suspensivo é indispensável que se tenha em mente quando ocorre o trânsito em julgado, quanto ao recurso especial, extraordinário ou agravo. GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES entendem que a interposição desses recursos, pela defesa, “obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não-culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena

⁵⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 44.

⁵⁶⁰ *idem.*

⁵⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 45.

⁵⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 170.

⁵⁶³ *idem.*

⁵⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 170-171.

(ressalvados os casos de prisão cautelar)”⁵⁶⁵, o que obsta, inclusive, a aplicação da pena pela previsão constitucional e impõe uma releitura ao art. 637, do CPP.⁵⁶⁶

Sobre este aspecto, com maior destaque se fará no capítulo terceiro, no qual deverá ser identificado os equívocos da decisão em Medida Cautelar das ADCs 43 e 44 de 2016, provenientes do HC nº 126.292, do STF, os quais fizeram uma leitura particular e longe dos ditames constitucionais. Por isso deverá ser enfrentado, já que se determinou uma tomada de política criminal definida pelo STF, diferente do que é determinado pelo legislador constituinte e impondo uma distinção que não foi trazida pela carta constitucional, o que se retornará no capítulo terceiro.

c) Outros Efeitos

O efeito obstativo é o efeito que se opera em relação à coisa julgada. A interposição de qualquer recurso obstaculiza o aparecimento da coisa julgada formal e somente do conteúdo do recurso que se saberá sobre a coisa julgada material⁵⁶⁷.

Decorrência do efeito obstativo é o efeito substitutivo. O ordenamento não aceitaria ter dois provimentos com eficácia no mesmo processo. Daí, em sendo provido o recurso, opera-se o efeito substitutivo, para alterar a decisão impugnada pela nova. Isso é da própria essência do fato da decisão ainda passível de julgamento de recurso ser ato condicional⁵⁶⁸.

Alertam GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES que alguns identificam como efeito dos recursos o extensivo, quando a decisão aproveita algum corrêu que não havia recorrido. Esse não seria um efeito do recurso, mas sim uma “extensão subjetiva dos efeitos propriamente ditos”⁵⁶⁹. Da mesma forma compreendem que não deriva efeito do recurso o efeito iterativo, regressivo ou diferido que “consiste na devolução ao próprio juiz *a quo* do conhecimento da matéria impugnada, a fim de que ele confirme ou modifique sua decisão. Trata-se de juízo de confirmação ou retratação, previsto para certos recursos”⁵⁷⁰. O tal efeito iterativo, portanto, seria aspecto do próprio efeito devolutivo das referidas vias de impugnação como é que classicamente ocorre no recurso em sentido estrito⁵⁷¹.

GUSTAVO BADARÓ traz compreensão no mesmo sentido, de que efeito regressivo “não é um efeito recursal, mas a devolução da matéria recorrida ao próprio juiz que proferiu a

⁵⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 49.

⁵⁶⁶ *idem.*

⁵⁶⁷ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 214.

⁵⁶⁸ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 253.

⁵⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 49.

⁵⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 50.

decisão. Trata-se de um ato do procedimento recursal que possibilita ao próprio juiz rever o seu ato decisório⁵⁷². Poucos recursos permitem o juízo de retratação já que permite que o próprio prolator da decisão reexamine seu conteúdo⁵⁷³.

GUSTAVO BADARÓ se preocupa em demonstrar a divergência que existe na doutrina ao analisar a natureza do artigo 580 (o que trata do aproveitamento do recurso interposto por um dos corréus aos demais), do CPP, mas suas questões afetam o limite da coisa julgada penal. Assim, conclui que o “recurso de corréu não possui efeito extensivo, tratando-se 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”⁵⁷⁴.

Com isso, avança-se para o ponto que talvez apresente as maiores superficialidades em se tratando de segundo grau de jurisdição, notadamente, aquele que trata do mérito do processo, qual seja, o procedimento dos recursos.

2.8 PROCEDIMENTO DOS RECURSOS

ARAKEN DE ASSIS relata que, principalmente, quanto à apelação – já que o recurso mais importante e de maior amplitude - há que se ter em mente duas espécies recursais: a plena e a limitada. Na plena “as partes se concede ampla liberdade para alegarem novas causas de pedir, formularem novos pedidos e deduzirem novas exceções”⁵⁷⁵. Enquanto isso, a limitada “restringe-se a revisão e ao controle do processado na instância inferior (*revisio prioris instantiae*).”⁵⁷⁶

Aponta o referido autor que ambos os sistemas têm vantagens e desvantagens. Na apelação plena, é inútil o debate travado no primeiro grau da jurisdição e as partes acabam sonogando ou postergando as teses para a nova etapa. Assim, afastou-se a apelação plena para que seja adotado no nosso ordenamento o modelo da apelação limitada e, excepcionalmente, aceitam-se fatos novos para o reexame da matéria⁵⁷⁷.

O procedimento dos recursos cíveis se inicia com o registro deles no protocolo, em seguida ocorre sua distribuição. Remessa à secretaria do órgão fracionário com a consequente

⁵⁷¹ *idem*.

⁵⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 173.

⁵⁷³ *idem*.

⁵⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 176.

⁵⁷⁵ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 261.

⁵⁷⁶ *idem*.

⁵⁷⁷ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 261-262.

conclusão ao relator. O relator poderá negar seguimento ao recurso e excepcionalmente lhe dar provimento⁵⁷⁸.

O relator tem a competência de processar e julgar a exceção de impedimento; processar e julgar o incidente de falsidade; requisitar certidões e processos administrativos; decretar medidas cautelares; processar e julgar restauração de autos etc.⁵⁷⁹

Em seguida, abre-se vista ao Ministério Público, e após, conclusão ao revisor, se houver. Designa-se dia de julgamento e, na sequência, deverá ocorrer a publicação da pauta de julgamento. Ultrapassado este procedimento, chega-se na abertura da sessão, com debate oral, no qual poderá ocorrer sustentação oral e, em havendo quórum para deliberação, e, por fim, julga-se o recurso⁵⁸⁰.

Para o processo penal, GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES⁵⁸¹, quando tratam dos procedimentos, não os fazem a partir de uma ideia de teoria geral, mas os situa dentro dos recursos em espécie, o que impede – aqui – a tratativa individualizada por ultrapassar o objeto em discussão, que é a teoria geral dos recursos e a teoria dos recursos própria ao processo penal.

GUSTAVO BADARÓ⁵⁸² assevera que a disciplina sobre o julgamento dos recursos foi delegada demasiadamente aos regimentos internos dos tribunais, por força do previsto no art. 618, do CPP. Para apelação há dois procedimentos previstos, o do crime punido com detenção e o punido com reclusão. Neste sentido e nesta parte o trabalho do citado autor é mais extenso e explicativo.

Na apelação ordinária, para os crimes com pena prevista de reclusão, há o “registro do recurso, conferência dos autos, distribuição e designação do relator, regulamentada nos regimentos internos de cada tribunal.”⁵⁸³. Após funções burocráticas da secretaria, ocorre a distribuição e determina-se que o processo seja encaminhado ao julgador competente, aquele que ficará com a relatoria. O revisor será determinado automaticamente, vinculado ao relator. Após esta etapa os autos serão encaminhados ao procurador-geral para exarar seu parecer acerca do recurso o que será feito por um dos procuradores da Procuradoria de Justiça ou da República. Eis que os autos seguem para o relator competente que terá dez dias para

⁵⁷⁸ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 264-268.

⁵⁷⁹ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 278.

⁵⁸⁰ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 293 e ss.

⁵⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*

⁵⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 184.

⁵⁸³ *idem.*

elaboração do relatório e voto⁵⁸⁴.

O relatório objetiva esclarecer o processo aos demais desembargadores sobre os atos do processo, o qual permitirá que esses conheçam o caso e avaliem os argumentos de fato e de direito levados a recurso, com a importância de limitar e esclarecer os pontos que foram questionados pela apelação. No relatório, não pode antecipar o voto e o processo segue ao revisor que terá prazo de 10 dias para examinar o processo, pedindo dia para a sessão de julgamento, como determina artigo 613, incisos I e II, do CPP⁵⁸⁵. GUSTAVO BADARÓ⁵⁸⁶ esclarece que a presença do revisor serve a diminuir as chances de erro, já que dois teriam vista do processo antes do julgamento. Para a sessão de julgamento devem ser intimadas as partes e sua ausência gerará nulidade.

O presidente da turma tem a função de anunciar qual recurso será julgado, apregoar as partes e passar a palavra ao relator que fará seu relatório oral, no qual exporá os pontos controvertidos, cuja exposição deve ser objetiva e sem antecipar o julgamento. Explicita GUSTAVO BADARÓ⁵⁸⁷ que tem sido praxe o relator ou presidente da turma indagar às partes sobre sustentação oral e se dispensa a leitura do relatório para abreviar o tempo, o que pode mais prejudicar o julgamento já que o terceiro julgador não tomou conhecimento do relatório ou do processo. As partes terão 15 minutos para sustentação oral, e o Assistente falará, em regra, depois do Ministério Público.

Mais um detalhe indispensável sobre a ordem de sustentações orais, por força do mito de o Ministério Público ser parte imparcial é que o procurador de justiça ou da república atuaria como *custus legis*, razão pela qual deveria falar sempre por último. Se recurso exclusivo do Ministério Público, fala primeiro a acusação e após a defesa. Se recurso exclusivo da defesa, primeiro fala a defesa e em seguida o procurador de justiça ou da república. E, por fim, recursos concomitantes, fala primeiro a acusação e depois a defesa⁵⁸⁸.

Após as sustentações orais o presidente da sessão devolve a palavra ao relator que profere seu voto, acompanhado, nesta ordem, pelo revisor e por último, o terceiro julgador⁵⁸⁹.

Sobre a apelação sumária (para crimes cuja pena está previsto detenção) e o recurso em sentido estrito, há algumas diferenças que devem ser destacadas: primeiro é o prazo do procurador, no outro seria prazo de 10 dias, neste, o prazo é de 5 dias, cujo prazo será o

⁵⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 185-186.

⁵⁸⁵ *idem*.

⁵⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 186.

⁵⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 186-187.

⁵⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 188-189.

⁵⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 189 e, também, CPP, art. 613, inciso I.

mesmo para o relator examinar os autos, que pedirá designação de dia para julgamento. Não terá necessidade de lançar seu relatório nos autos, já que não há a figura do revisor. A sustentação oral neste caso será de apenas 10 minutos para as partes. Não há revisor, logo votam, após proferir o voto o relator, o segundo e terceiro julgador⁵⁹⁰.

GUSTAVO BADARÓ⁵⁹¹ aponta críticas sobre o momento de intervenção do procurador de justiça, já que esse apenas oficiaria e não postula, entendendo que fere a ampla defesa a regra prevista no parágrafo único do artigo 610, do CPP para que apresente parecer.

No mesmo sentido ROGÉRIO SCHIETTI afirma que sempre deve ser dado o direito do acusado de falar por último, independente de quem tenha impetrado o recurso, pois deverá o tribunal “conceder a palavra à defesa técnica após a sustentação oral do *Parquet*”⁵⁹².

Há a possibilidade de conversão do julgamento em diligência para atos instrutórios, bem como reinquirição de testemunhas ou outras diligências, o que somente previsto em caso de apelação. Não se exclui a possibilidade de que ocorra nos demais recursos. Quem delibera sobre este item é o órgão colegiado que julgará o recurso. Essas diligências, pela regra do artigo 616, do CPP, deverão ocorrer perante todo o colegiado e não deverá o regimento dos tribunais prever a delegação delas. Após a realização das diligências será possível realização de nova sustentação oral “para que as partes possam explorar, argumentativamente, o resultado dos novos atos instrutórios”⁵⁹³.

Após a sustentação oral, então ocorrerá o debate acerca do que foi relatado pelo relator e sustentado pelo acusado e Ministério Público. A palavra caberá ao julgador relator e, na sequência, se previsto, ao revisor e, por fim, o terceiro julgador terá a palavra. Como relata GUSTAVO BADARÓ, a expectativa é de que os julgadores sejam auxiliados na discussão pelos demais, entretanto, a realidade brasileira não alcança esse intento, “em razão do excessivo número de recursos que aportam aos tribunais, o que se tem visto na prática é algo bem diverso. Julgamentos colegiados sendo substituídos por decisões monocráticas.”⁵⁹⁴.

NEREU GIACOMOLLI chega a relatar que o julgamento assume vestes cenográficas, no segundo grau, já que apresenta uma sessão pública e coletiva, mas chega-se a “constatação de julgamentos monocráticos, como monossilábicos ‘de acordo’.”⁵⁹⁵

ROGÉRIO SCHIETTI trata desse tema explicando: “na essência é um segundo

⁵⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 189-190.

⁵⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 191.

⁵⁹² CRUZ, Rogério Schietti. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 187.

⁵⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 193.

⁵⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 194.

⁵⁹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 316.

juízo monocrático, haja vista que, após o voto do relator, quando se esperaria saudável discussão sobre os fatos e sobre o direito, por parte dos demais componentes do órgão colegiado, não é raro ouvir o famigerado ‘de acordo com o relator’⁵⁹⁶.

Do que se nota, a partir da identificação do como é o procedimento, vários problemas surgem e serão respondidos a partir do capítulo seguinte. Há de se verificar que a eficácia das decisões em grau de apelação, a partir do *habeas corpus* 126.292, passou a se dar mesmo com recurso especial e recurso extraordinários impetrados.

O próximo capítulo, então, tratará da questão que afeta diretamente a compreensão dos recursos: a presunção de inocência e a decisão HC nº 126.292, junto a decisão em Medida Cautelar das ADCs 43 e 44 cuja repercussão sobre a base estruturante dos recursos demanda análise teórica.

Estes são os passos indispensáveis para se estruturar o que efetivamente vem a ser o segundo grau de jurisdição e o que compõem efetivamente os recursos no processo penal e de que o segundo grau de jurisdição – há de se adiantar – é um dos vieses de efetivação da própria presunção de inocência.

⁵⁹⁶ CRUZ, Rogério Schietti. *op. cit.*, p. 19.

PARTE II

**PARTE II – POR UMA (RE)CONSTRUÇÃO DA TEORIA DOS RECURSOS NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – JUSTIFICATIVA DO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

Para se compreender a teoria dos recursos do direito processual penal é fundamental partir de uma ideia em torno da garantia da presunção de inocência.

Os formalismos e a dogmaticidade que veiculam os principais discursos vigentes sobre os recursos no processo penal brasileiro, apresentados anteriormente, devem ser substituídos por uma base científica própria, de maneira autônoma a partir da interpretação válida da Constituição e dos tratados internacionais e convenções de que o Brasil é signatário.

Em havendo algum consenso sobre a natureza de princípio da presunção de inocência, é indispensável discorrer sobre o que se pode esperar do termo “princípio” e o que os “princípios” podem dizer ao direito.

Como define MIRANDA COUTINHO⁵⁹⁷ princípio significa origem, causa, gênese. Quer dizer que os princípios devem ser pensados como motivo conceitual sobre o qual se fundam as coisas. Ressalta o autor que ao se falar em motivo conceitual, estar-se-ia retornando à noção de mito.

De qualquer sorte, não se deve desconhecer que dizer motivo conceitual, aqui, é dizer mito, ou seja, no mínimo abrir um campo de discussão que não pode ser olvidado mas que, agora, não há como desvendar, na estreiteza desta singela investigação. Não obstante, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um *antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido*. Nesta parca dimensão, o mito pode ser tomado como a *palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito*. Daí o big-bang à física moderna; Deus à teologia; o pai primevo a Freud e à psicanálise; a *Grundnorm* a Kelsen e um mundo de juristas, só para ter-se alguns exemplos.⁵⁹⁸

No plano da ciência jurídica, JACINTO COUTINHO⁵⁹⁹ explica que, desde logo, deve-se retirar a muleta da segurança jurídica dada pelos legalistas. É certo que, depois do *mito* há que se pensar no rito referente ao direito processual penal. Afinal, não basta o mito, ou seja, não basta dizer a palavra “princípio”, é preciso ir além e não se sustentar em outros significantes para fazer com que tenham, nesse ritual de acoplamento, um sentido.

⁵⁹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>>, acesso em 10 de julho de 2017.

⁵⁹⁸ *idem*. Sobre mito, também destacam-se as palavras de CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 86, quando afirma: “Diante do que se observou e construiu neste estudo, o ‘mito’, então, pode ser conceituado como o elemento do discurso, sempre dogmático e ahistórico, que se apresenta como verdade, no intuito de substituir a falta daquilo que não existe ou que não pode ser dito e produz efeitos concretos a partir da crença a ele atribuída. O mito emerge onde faltam palavras: seja porque não há o que ser dito, seja porque o que existe, se for dito, revela-se insuportável.”.

⁵⁹⁹ *idem*.

O papel dos princípios transcende a análise usual levada a efeito nas faculdades, e a categoria acaba solta e desgarrada e, por isso, termina por não se ter precisão na definição de seu sentido, ou na delimitação do que é próprio ao princípio⁶⁰⁰.

FIGUEIREDO DIAS afirma serem os princípios gerais do processo penal “que dão sentido à multidão das normas, orientação ao legislador e permitem à dogmática não apenas <<explicar>>, mas verdadeiramente compreender os problemas do direito processual penal e caminhar com segurança ao encontro da sua solução.”⁶⁰¹

Quanto aos recursos, faz-se necessário definir dois princípios fundamentais: o primeiro, o princípio da presunção de inocência, que é a justificativa ética do segundo grau de jurisdição. Em seguida, estruturar-se-á o pensamento que rege o próprio duplo grau de jurisdição, como um princípio e garantia, a respeito do qual se falará no capítulo 4.

Ocorre que toda produção acadêmica está, em alguma medida, presa ao seu tempo, demarcada por amarras e desafios próprios do momento histórico, geográfico e político em que se coloca. Isto é evidente no caso dos discursos no desenvolvimento do direito processual penal brasileiro como se demonstrou no primeiro capítulo. Quanto à presunção de inocência, houve, recentemente, um ponto de ruptura que repercute diretamente sobre a realidade do sistema de justiça criminal brasileiro (e, portanto, sobre os discursos próprios do processo penal), trata-se do julgamento do HC nº 126.292 e da decisão em Medida Cautelar das ADCs 43 e 44 pelo Supremo Tribunal Federal.

Por isso, para caminhar no sentido de uma proposta de teoria dos recursos própria ao processo penal, é indispensável a análise do contexto em que se produziu referida alteração jurisprudencial pelo STF, desenhando-se o panorama atual das tensões políticas e jurídicas que motivaram a mudança da interpretação em questão.

3.1 DO MOMENTO POLÍTICO/JURÍDICO ATUAL

Sem se desprezar a complexidade das investigações e dos casos penais em julgamento, assim como a multiplicidade de repercussões políticas, jurídicas e econômicas do que se passa no país nesta primeira quadra do século XXI, pode-se afirmar, resumidamente, que o Brasil tem sido palco de processos que se relacionam, em alguma medida, à suposta prática de corrupção no âmbito de sua maior empresa estatal, a Petrobras. De fato, após o

⁶⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução... op.cit.*, p. 165.

⁶⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, reimpressão de 2004, p. 113.

desenvolvimento de investigações desde o ano de 2014 (na esfera de competência da Justiça Federal de Curitiba) o Ministério Público Federal afirmou ter descoberto “um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras”⁶⁰².

O caso ganhou ampla notoriedade em todos os veículos de comunicação de massa e, a princípio, fugiria a análise da presente tese o estudo suas repercussões ou consequências. Entretanto, não se tem dúvida de que, a partir deste marco, o juiz responsável, Sérgio Fernando Moro, pelo julgamento dos casos envolvendo este suposto “esquema criminoso de corrupção” ganhou destaque midiático, com repercussões políticas evidentes. Em certa medida, este destaque mereceu a atenção do aludido magistrado, que já se manifestou afirmando que “o que o juiz pode fazer é muito limitado sem o apoio da opinião pública”⁶⁰³. Embora a notoriedade tenha sido alcançada nos últimos tempos, suas posições acerca de diversas garantias processuais e sobre o próprio processo penal são defendidas, abertamente, desde 2004. Por isso mesmo, a análise do contexto histórico em que se produzem tensionamentos no campo do processo penal não prescinde do estudo dos discursos que fundamentam posições que têm sido afirmadas teoricamente e postas em prática no campo das práticas do sistema de justiça brasileiro. Naquele ano o juiz publicou artigo tecendo considerações sobre a operação *Mani Pulite*. Em sua opinião⁶⁰⁴, na Itália, teria sido indispensável a opinião e o apoio popular, para que houvesse o fortalecimento na independência das autoridades judiciais encarregadas da referida operação. Esse artigo foi publicado, ao que tudo indica, após decisões do magistrado terem sido anuladas e terem sua eficácia obstaculizada, por força dos recursos de processo em que também atuou e que ganhou notoriedade como o caso Banestado⁶⁰⁵.

No artigo em referência, o magistrado informa, sobre o processo italiano conhecido como *Mani Pulite*, que “a publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações”⁶⁰⁶. Também acredita que “a

⁶⁰² Sítio do próprio Ministério Público Federal nominado “Entenda o caso”, disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>, acesso em 10 de julho de 2017.

⁶⁰³ Matéria de blog informando a opinião do juiz, disponível em: <<https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2015/07/30/juiz-pode-pouco-sem-opinio-publica-diz-moro/>>, acesso em 8 de julho de 2017. Em diversos outros eventos o juiz Sérgio Moro também é visto defendendo a opinião pública para controlar as decisões judiciais. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/04/politica/1491330324_778413.html>, acesso em 08 de julho de 2017.

⁶⁰⁴ Artigo publicado no final de 2004 pelo magistrado MORO, Sergio Fernando. *Considerações sobre a operação mani pulite*. In: Revista CEJ, Brasília, n. 26, p. 57.

⁶⁰⁵ Pelo sítio do MPF é possível perceber a ligação direta entre o caso Banestado e o caso Lava Jato a partir de Alberto Yousef. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/relacao-com-o-caso-banestado>>, acesso em 10 de julho de 2017.

⁶⁰⁶ MORO, Sergio Fernando. *op. cit.*, p. 57.

operação ainda serviu para interromper a curva ascendente de corrupção e de seus custos.”⁶⁰⁷ Em outra passagem indica que “mais grave ainda, no Brasil, a prisão pós-julgamento foi também tornada exceção, para ela exigindo-se, por construção jurisprudencial, os mesmos pressupostos da prisão pré-julgamento. Com efeito, a regra tornou-se o apelo em liberdade. Tal construção representa um excesso liberal”⁶⁰⁸.

Acontece que a realidade da *Mani Pulite* deve ser cuidadosamente estudada e é certo que não deve servir de mera inspiração para orientar visões parciais acerca de garantias constitucionais no contexto brasileiro. Nem mesmo na Itália houve consenso acerca deste processo. Segundo RENZO ORLANDI:

O outro efeito negativo está – em nossa opinião – no curto-circuito entre política e justiça que a investigação milanesa acabou por provocar. Subitamente, ficou claro que para minar um governo, uma administração local, um líder de partido, a acusação criminal era um meio muito mais rápido e eficaz do que uma longa e cansativa batalha travada com as armas da política. Descobriu-se, em outras palavras, que o processo judicial era muito mais direto e letal do que o confronto e a diátribe eleitoral. Daí o uso anômalo e distorcido do processo penal como arma política, que, desde então, tem caracterizado cada vez mais a arena política na Itália. Um costume não apenas italiano, pode-se dizer, dada a dramática experiência que o Brasil vive nos dias de hoje.⁶⁰⁹

RENZO ORLANDI também assevera que o processo da *Mani Pulite* não serviu para erradicar o problema da corrupção política. Hoje, existem centenas de processos judiciais em curso nos quais há o envolvimento de empresários que corromperam políticos em troca de favores. Narra, ainda, o professor: “Piercamillo Davigo, um dos magistrados do pool investigativo da operação Mãos Limpas, recém-eleito presidente da Associação Nacional de Magistrados, traçou um balanço deprimente da experiência, admitindo, essencialmente, o fracasso.”⁶¹⁰ E o cenário da corrupção ficou pior do que o da década de 90, como informa o referenciado autor.

O cuidado que se deve ter, portanto é para não se dar somente aparência de mudança e crença de que algo mudou. “Tudo, então, deve permanecer como sempre foi, talvez com algum verniz diverso visando uma maior precaução nas ações de discutível legalidade. Já aqui se percebe, facilmente, que não trata da mesma coisa e, portanto, não se pode partir da

⁶⁰⁷ MORO, Sergio Fernando. *op. cit.*

⁶⁰⁸ *idem.*

⁶⁰⁹ ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Vol. 2. Florianópolis: Emporio do Direito, 2017, p. 42-43.

⁶¹⁰ *ibidem*, p. 45.

igualdade, como se tratasse da mesma realidade”⁶¹¹, como alerta JACINTO COUTINHO sobre a comparação entre a *Mani Pulite* e a pretensão de que a Operação Lava-jato tenha a mesma função, no Brasil

No caso brasileiro, por influência política da Associação dos Juizes Federais e com apoio do citado juiz brasileiro, foi apresentada a proposta de Lei do Senado Federal de nº 402/2015⁶¹². Nesse projeto, se pretendia criar a possibilidade de execução das penas a partir de decisão condenatória após acórdão de órgão colegiado para crimes graves.

A questão da impunidade e, da presunção de inocência, foi discutida em debate público da Comissão de Constituição e Justiça no dia 09 de novembro de 2015. O relator do projeto na CCJ, para debater a constitucionalidade do PLS 402/2015, reafirmou, naquela ocasião que o PLS foi inspirado na proposta da Associação Nacional dos Juizes Federais.

O projeto propõe, em síntese, que após a decisão condenatória em órgão colegiado, comumente proferida em sede de apelação, se adote novo regramento no que tange às restrições à liberdade. O efeito suspensivo passaria a ser regra nos recursos dirigidos aos tribunais superiores, com análise do tribunal sobre efeito suspensivo, caso a caso, quando da impetração de recursos especial e extraordinário.

No projeto também se propunha a aplicação de multa para os recursos de natureza protelatória, supostamente destinados a eternizar a prorrogação da definição da coisa julgada. Pretendia-se, assim, com o projeto, alcançar maior “eficácia” na decisão dos tribunais (fundamentalmente dos tribunais de justiça e regionais federais). Deixaria de ser regra o apelo em liberdade, para além dos requisitos tradicionais da prisão preventiva. As manifestações que orientaram o projeto afirmava, ainda, que a “indústria dos recursos protelatórios”⁶¹³ teria

⁶¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Paralelo entre Mani Pulite e Lava Jato. fruto parcial da conferência proferida no Convegno Italo-Brasileiro – Dialoghi tra diritto, letteratura e politica: le sfide della globalizzazione e la crisi del costituzionalismo, Università degli Studi del Molise, Campobasso, 06.05.16. Texto sem publicação, p. 4. Com razão o professor conclui o texto colacionado acima a partir do seguinte raciocínio: “Embora não tendo acabado com a corrupção, Mani Pulite foi eficaz na destruição do comando da classe política então em exercício, razão por que forçou a substituição daqueles que foram alcançados e, portanto, ofereceu condições para o nascimento de novas lideranças, todas disponíveis nas estruturas partidárias, agora rearranjadas com outros nomes e interesses mas, por certo, com a mesma racionalidade. Eis por que, como é primário, o fim último não se alcançou e a corrupção não se eliminou ou nem se reduziu. Afinal, como se sabe, se se destrói um sistema mas não se muda a racionalidade que o preside, vai-se, com ela, reproduzir exatamente o mesmo sistema que se mudou. Se isso se pode dizer da Itália após Mani Pulite, dificilmente se poderá dizer do Brasil após a Lava Jato, justo porque sequer existem novas lideranças gestadas dentro das estruturas partidárias e, assim, a tendência é sequer se ter a devida renovação, o que implica dizer: antigos políticos, com toda a carga negativa que isso possa expressar, tendem a ocupar a liderança e, com isso, seria de estranhar que houvesse alguma mudança substancial nas práticas.”

⁶¹² SENADO. PLS 402/2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121995>>, acesso em 8 de julho de 2017.

⁶¹³ Debate na CCJ, relatoria à época do Senador Ricardo Ferraço. Debate disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wI4D6LKWOhk>>, acesso em 06 de julho de 2017.

gerado extraordinária impunidade no país.

No debate da CCJ, SÉRGIO MORO⁶¹⁴ tratou do projeto, o qual julga muito importante, informando que o sistema processual penal brasileiro é muito moroso. Sustentou que, apesar da prova da prática de um crime ser muito forte, conduzindo a juízos condenatórios, em muitos casos não enxerga um horizonte de final dos processos, por conta de suposto grande número de oportunidades recursais no sistema processual penal.

Muito embora o magistrado trace a narrativa a partir da morosidade da justiça, é indispensável lembrar que esta não está atrelada necessariamente à existência de recursos. O prazo para interposição deles é, em regra, pequeno, contado em dias, inclusive. Do mesmo modo, o fluxo dos prazos, sem interposição do respectivo recurso, é penalizado com a preclusão. A morosidade é, portanto, uma crítica ao próprio sistema de justiça e não uma crítica sobre a possibilidade de um condenado recorrer. O problema está no julgamento do recurso e não na possibilidade de sua utilização.

Convidado pelo Senado, SÉRGIO MORO⁶¹⁵ se apresentou como juiz e, portanto, ao relatar que não observa seus juízos condenatórios adquirem eficácia, acabou por dizer mais sobre si – ou, ainda, sobre o próprio poder judiciário – do que sobre os recursos em si. É de se estranhar, de outro giro, que juízes acompanhem até o fim o deslinde de um processo no qual atuaram apenas em primeiro grau, ou seja, no qual sua jurisdição já se esgotou. Parece, nesse caso, haver alguma confusão sobre a natureza do processo enquanto garantia, com o retorno a um modelo de pensamento contrário ao que se espera do processo penal em um Estado Democrático de direito⁶¹⁶, ou seja, um processo penal racional, sustentado por um sistema acusatório.

Ainda no debate realizado no Senado⁶¹⁷, o magistrado fundou sua posição no caso do Banestado. Este teria sido um exemplo de julgamento em que não chegou ao fim, tramitando no Supremo Tribunal Federal há mais de um ano.

O processo inicialmente citado pelo juiz é decorrente de fatos penais supostamente ocorridos na década de 90 e teve origem no resultado das investigações realizadas no âmbito

⁶¹⁴ No debate referenciado anterior, disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=wI4D6LKWOHk>>, acessado em 06/07/2017, a fala do juiz federal Sérgio Moro se dá a partir do min 56.

⁶¹⁵ *idem*

⁶¹⁶ Adota-se, aqui a definição de acordo com J. Gomes Canotilho, o Estado constitucional moderno não se limita a um Estado de direito, eis que ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. O mesmo autor acrescenta que A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa assim, que o poder do Estado deve organizar-se a se exercer em termos democráticos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 98.

⁶¹⁷ Ainda no mesmo debate citado anteriormente, no minuto 58 do sítio disponibilizado.

de Comissão Parlamentar de Inquérito instalada em 2003, com o prosseguimento das investigações tendo sido realizadas por uma força-tarefa no mesmo ano. A condenação dos acusados ocorreu em 2004⁶¹⁸.

Na fala do juiz, ainda foram citados diversos outros casos em que se estaria à espera de uma decisão com trânsito em julgado. Da crítica se extrai que o problema está na prestação jurisdicional eficiente. Não há uma demonstração teórica ou prática da relação entre o rol de recursos disponíveis no processo penal brasileiro e a suposta ineficiência do sistema de justiça criminal. O prazo para o manejo dos recursos no caso brasileiro não ultrapassa 15 dias, e não anos ou décadas. É um problema da justiça; não dos recursos.

A proposta da AJUFE, integrada pelo referido magistrado e professor, estabelece que, após a condenação em colegiado de segundo grau, possa o tribunal, como regra, impor a prisão para crimes graves. Essa solução impediria a mera interposição de recursos procrastinatórios, ante a inexistência de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, pois a revisão do mérito dos casos não estaria submetidos aos tribunais superiores. Para o magistrado, a justiça seria eficiente quando absolve o inocente; e também quando profere decisão condenatória, de modo que deveria haver consequências jurídicas aplicáveis ao condenado, desde logo. No caso brasileiro, segundo SÉRGIO MORO⁶¹⁹, isto não aconteceria, principalmente, no caso de crimes complexos.

Este ponto de vista é exemplificado a partir de um caso envolvendo recurso ao STF, que, interposto em 2009, só veio a ser julgado quando o convidado trabalhou como assessor da ministra Rosa Weber em 2012. Contudo, o problema parece ser o da demora na prestação jurisdicional. Em vez de se pensar que este é o problema do sistema recursal, apesar do que entende SERGIO MORO⁶²⁰ pois os recursos permitiriam muitas brechas.

Para o juiz federal, o projeto não afetaria a presunção de inocência, pois esta deveria ser enxergada sob duas perspectivas: a probatória (supostamente não afetada pelo projeto); e uma segunda que diria respeito à prisão antes do julgamento. Neste caso, a prisão preventiva deveria ser a regra para os casos de crimes graves, podendo ser estabelecida como regra e não como exceção após condenação em sede de apelação.

O magistrado indica que, em face do direito comparado (modelo estadunidense, que

⁶¹⁸ Por força da complexidade do caso, não é possível que se aprofunde, mas é certo que teve anulação de várias condenações em 2013 justamente por força de erros no processo. Veja sobre: VASCONSELOS, Frederico. *Justiça anula punição a réus do escândalo do Banestado*. Matéria da Folha de S.Paulo, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/04/1267100-justica-anula-punicao-a-reus-do-escandalo-do-banestado.shtml>> , acesso em 06 de julho de 2017.

⁶¹⁹ *idem*.

⁶²⁰ *idem*.

seria para ele o berço da presunção de inocência⁶²¹), a regra seria a da prisão após a condenação de primeiro grau, sendo excepcional a liberdade na fase recursal, o que, em sua visão, não seria o que está proposto no PLS e nem é tão radical assim. Para amparar esse entendimento, SERGIO MORO⁶²², entende que o conceito da presunção de inocência não estaria atrelado ao trânsito em julgado, não obstante a previsão constitucional brasileira. Ocorre que, como se verá adiante, a Constituição da República difere da dos outros países exemplificados pelo magistrado quando prevê os marcos para a definição da culpa. Portanto, não poderia ser feita a comparação acriticamente.

Para se comparar sistemas jurídicos distintos, é indispensável verificar se a estrutura dos Estados que se está comparando se comunicam e, mais ainda, se a normatividade presente em ambos é passível de comunicação⁶²³. Ou seja, enquanto a Constituição estadunidense não contém regra expressa de que a presunção de inocência dura até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a Constituição brasileira o faz expressamente.

RUBENS CASARA⁶²⁴, no mesmo debate, observou que o contexto brasileiro é diferente do de qualquer outro país. A tradição brasileira é diferente da tradição francesa (também citada por SÉRGIO MORO) e da estadunidense, em termos de consciência e respeito aos direitos fundamentais. Basta, para tanto, verificar quantas pessoas a polícia mata na França e quantas pessoas a polícia mata no Brasil ou quantos policiais são mortos em tais países e quantos se mata no Brasil. Sob esta perspectiva, na França, por exemplo, é proibido que uma pessoa que esteja respondendo a processo tenha fotos suas tiradas e divulgadas nos meios de comunicação de massa. Isso porque existiria uma cultura voltada à preservação da imagem daquele que responde a processo e, portanto, deve ser tratado como inocente⁶²⁵.

⁶²¹ Já afirmaria JACINTO COUTINHO que: “Forjado principalmente nas matrizes do Direito norte-americano – que se sabe muito diverso do brasileiro, mormente no que diz com os sistemas processuais penais que aqui interessam sobremodo –, de maneira ousada explora inteligentemente as possibilidades que as regras e princípios oferecem, tencionando-os nas suas mais amplas extensões, sempre na direção das posições interpretativas que escolhe, mesmo que isso possa afrontar ou desdizer a legalidade de regência, inclusive aquela constitucional. Não é ele, em definitivo, um juiz qualquer, embora soe muito estranho que um magistrado (desde o lugar que ocupa) possa aparecer com o “líder” de uma cruzada – e de uma “equipe” – contra a corrupção e, enfim, contra o crime.” Em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Paralelo entre Mani Pulite e Lava Jato*. fruto parcial da conferência proferida no Convegno Italo-Brasileiro – Dialoghi tra diritto, letteratura e politica: le sfide della globalizzazione e la crisi del costituzionalismo, Università degli Studi del Molise, Campobasso, 06.05.16. Texto sem publicação, p. 15.

⁶²² Debate na CCJ.

⁶²³ Sobre direito comparado, o conteúdo está presente na aula ministrada pelo professor Fauzi Hassan Choukr, na pós-graduação Processo Penal e Garantias Fundamentais, em 08 de maio de 2015, na cidade do Rio de Janeiro.

⁶²⁴ Ainda no mesmo debate citado anteriormente no sítio disponibilizado. Mesma precaução o autor dá em CHOUKR, Fauzi Hassan. “*Lasciate ogni speranza voi ch’entrate*” Habeas Corpus (HC) 126292 [draft]. Disponível em: <https://www.academia.edu/22149939/_Lasciate_ogni_speranza_voi_chentrate_>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁶²⁵ *idem*.

Falar disso é indispensável, pois, estruturada a base de compreensão da presunção de inocência no âmbito constitucional, permite identificar o caminho para um tratamento adequado aos recursos na realidade processual penal brasileira, afastando-se mimetismos incompletos da realidade americana ou europeia.

A partir do contexto em que uma casa legislativa havia discutido a possibilidade de prever novas hipóteses de prisão após a condenação por órgão colegiado e, ocorrido após a proposta de Emenda Constitucional do Ministro aposentado Cesar Peluso, PEC 15/2011⁶²⁶, foram propostas as ADCs 43 e 44, impulsionada pela modificação de entendimento realizada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292.

Havia, portanto, nos últimos anos, certa tensão em torno do princípio. Em 2011 foi apresentada pelo Ministro Cezar Peluso, então presidente do Supremo Tribunal Federal, uma Proposta de Emenda à Constituição com o objetivo de impor às decisões condenatórias, independente da interposição de recursos especial ou extraordinário, efeitos de coisa julgada. Naquele contexto, ainda não havia qualquer decisão que pudesse significar uma mudança de interpretação no tratamento da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal. A modificação abrupta de interpretação teve como palco o cenário político do país, pois, inicialmente, pensava-se que seria necessária a intervenção do Congresso através de Emenda Constitucional para que se pudesse alterar o sentido da coisa julgada no processo penal. Em 2015, porém, as casas legislativas passaram a discutir um Projeto de Lei do Senado tendente a possibilitar a modalidade de prisão derivada de uma lei que daria eficácia de coisa julgada penal após a decisão colegiada em sede de apelação e, um ano depois, o Supremo, em decisão proferida em sede de *habeas corpus*, afastou a necessidade de trânsito em julgado para a execução da pena.

JACINTO COUTINHO já explica que a “opinião pública, como se sabe, é aquela que se constrói a partir dos meios de comunicação, suas artimanhas e seus interesses. Ela não é, então, a própria democracia, a não ser para quem tenha ou pense ter o domínio das informações que são levadas aos meios de comunicação.”⁶²⁷

⁶²⁶ Mesmas ressalvas foram feitas por CHOUKR, Fauzi Hassan. “*Lasciate ogni speranza... op.cit.*, p. 2. Na qual se manifesta nos seguintes termos: “Sentindo essa ausência de funcionalidade, o Senador Ricardo Ferraço encampou a ideia de reconfigurar os recursos constitucionais como ações rescisórias (PEC/2011) da forma então defendida pelo Min. Cezar Peluso. No senado foi a PEC relatada pelo Sen. Aloysio Nunes que, malgrado seu longo parecer, apresenta emendas substitutivas com potenciais problemas de incompatibilidade com o texto constitucional posto que simplesmente antecipa os efeitos da sentença condenat[oria penal antes de seu trânsito em julgado. Ao mesmo tempo, os Senadores Requião, Gleise Hoffman, Álvaro Dias, e o próprio Aloysio Nunes encabeçam o projeto de lei do Senado 402 de 2015 com idêntica redação àquela do substitutivo da PEC 15/2011 e, portanto, incidindo nos mesmos problemas. Da mesma forma como o entendimento ora esposado pelo STF...”

⁶²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Paralelo entre Mani Pulite e Lava Jato. op.cit.*, p. 21.

ANTOINE GARAPON afirma, sobre a realidade francesa da última quadra do século XX, que:

Alguns indivíduos aproveitam a mídia para se emancipar de qualquer tutela hierárquica. (...) Um juiz considera-se prejudicado por sua hierarquia? Ele apela imediatamente para a arbitragem da opinião pública. Todas as anulações processuais são purgadas por essa instância de recurso selvagem que a mídia representa, e os argumentos técnicos do direito ou processuais não tardam a revelar-se para a opinião pública como argúcias, astúcias, desvios inúteis, que impedem a verdade de ‘vir a tona’.⁶²⁸

Apesar de ANTOINE GARAPON estar tratando sobre a realidade francesa, o texto parece próprio ao Brasil de 2017, o que pode ser melhor compreendido, no próximo tópico, quando se promove a leitura da decisão do STF que alterou a interpretação jurisprudencial da garantia de presunção de inocência.

3.2 O FATÍDICO HC Nº 126.292 PARA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No *malleus maleficarum* se indicava uma questão que parece servir de introito deste tópico: “se deve a bruxa ser aprisionada, e do método de capturá-la. Eis a terceira ação do juiz”⁶²⁹ e a resposta dos autores do manual era de que a opinião mais razoável “é a de que não se pode estabelecer nenhuma regra rígida, e sim se há de deixar o Juiz que aja de acordo com a gravidade da matéria, conforme mostrado pelo depoimento das testemunhas, pela reputação da ré, pela evidência dos fatos e pelo grau de concordância desses”⁶³⁰ elementos. Também destaca-se o esclarecimento que os manualescos autores fazem acerca do tratamento da ré se “a acusada há de receber, na medida do possível, o benefício da dúvida, desde que isso não envolva um escândalo à fé, ou seja prejudicial à justiça”⁶³¹.

Anacronicamente, se pode pensar sobre os “problemas” e “questões” dos inquisidores do passado acerca da aplicação do benefício da dúvida, da presunção de inocência, desde que não seja prejudicial à justiça ou um escândalo e, com isso, justifica-se evitar uma regra rígida.

GERALDO PRADO observa que “aprofundar a apreciação dos atos normativos e decisões processuais penais, nessa direção, parece tarefa não só inconclusa, como,

⁶²⁸ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 66.

⁶²⁹ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras: malleus maleficarum*. 19 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2007, p. 414.

⁶³⁰ *idem*.

⁶³¹ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *op.cit.*, p. 419.

lamentavelmente, mal começada”⁶³². O que se tenta superar, pelo menos sobre esta decisão no *Habeas Corpus* 126.292.

MARIA LÚCIA KARAM ao tratar da presunção de inocência alerta que “o desrespeito a um direito de quem está, em um determinado momento, na posição de investigado, de réu ou de condenado pela prática de um crime, é o desrespeito a um indivíduo”⁶³³, afirmando, assim, que: “não se pode esquecer, é alguém dotado da dignidade inerente à sua qualidade de pessoa humana. Esse indivíduo, investigado, réu ou condenado é um indivíduo igual em dignidade a todos os outros”⁶³⁴.

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou *Habeas Corpus* (que não tem natureza *erga omnes*) impetrado em face de decisão monocrática proferida no STJ, decidindo, por maioria, que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição”⁶³⁵.

O HC nº 126.290 foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (em um caso de crime de roubo, no qual se condenou o acusado à pena de reclusão de 5 anos e 4 meses em regime fechado), em sede de *Habeas Corpus* impetrado para combater coação ilegal perpetrada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual determinou a expedição de mandado de prisão sem qualquer motivação acerca da necessidade da prisão preventiva.

É necessário, sobre essa decisão, trazer a opinião de SALAH KHALED JR. “Quando o Supremo Tribunal Federal relativizou a presunção de inocência com a decisão de 17 de fevereiro de 2016, fez mais do que apunhalar um direito fundamental: tristemente recepcionou um legado autoritário de processo penal, inadvertidamente ou não.”⁶³⁶

O questionamento chegou ao Supremo para se discutir acerca da aplicabilidade do dispositivo do inciso LVII, do artigo 5º, da CRFB, que textualmente trata do assunto da presunção de inocência como: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁶³² PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2 ed. Rio de Janeiro, 2012, p. 4.

⁶³³ KARAM, Maria Lúcia. *Escritos sobre a liberdade: liberdade, presunção de inocência e direito à defesa*, Vol. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

⁶³⁴ *idem*.

⁶³⁵ Plenário do Supremo Tribunal Federal. Acórdão HC 126.292 SP. em 17 de fevereiro de 2016, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>, acesso em 10 de julho de 2017.

⁶³⁶ KHALED JR. Salah. *Justiça social e sistema penal II: ação jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 149.

O julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP⁶³⁷, em fevereiro de 2016, constituiu, assim, na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, uma inflexão na interpretação que prevalecia desde o HC n° 84.078⁶³⁸, o qual determinava o alcance da norma do art. 5º, LVII, da Constituição da República, e impedia a chamada “execução provisória da pena”.

O movimento, tendente a ser confirmado, em controle concentrado, na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43/DF, representa uma intervenção estatal que afetou o núcleo essencial da presunção de inocência como direito fundamental e, ao mesmo tempo, esvaziou a natureza de garantia dos recursos, reduzindo o seu alcance no devido processo penal.

Embora tenha predominado no período posterior à promulgação da Constituição de 1988 o entendimento de que a prisão decorrente de decisão condenatória proferida em segundo grau de jurisdição não afrontava a presunção de inocência, em fevereiro de 2009 o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Para a Corte, não obstante a inexistência de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, a única modalidade de prisão constitucionalmente autorizada antes da formação da coisa julgada penal seria a de natureza provisória ou cautelar. Ainda que, no decorrer dos anos 2000, nas turmas, houvesse divergências em relação àquele primeiro entendimento, a interpretação conferida no *Habeas Corpus* n° 84.078 inverteu a lógica até então dominante, segundo a qual Constituição parecia ser interpretada de acordo com a legislação infraconstitucional – em especial sob o Código de 1941 e o art. 27, §2º, da Lei 8.038/1990, revogado pelo Código de Processo Civil em vigor – e não o contrário.

Sob a relatoria do Min. Eros Grau, o Supremo passou a entender inequivocamente que o art. 637 do Código de Processo Penal deveria ceder aos artigos 105 e 147 da Lei de Execuções Penais, que condicionam a execução da pena ao trânsito em julgado de decisão condenatória, e à Constituição, que prevê expressamente o “trânsito em julgado” como pressuposto.

Naquele julgamento, asseverou-se que a antecipação de qualquer efeito da pena seria contrária à regra expressa do art. 5º, LVII, da CRFB, de sorte que os argumentos de natureza pragmática que invocavam o volume de recursos excepcionais interpostos pelos acusados, atenderiam mais à conveniência dos magistrados do que ao processo.

⁶³⁷ Plenário do Supremo Tribunal Federal. Acórdão HC 126.292 SP, *op.cit.*

⁶³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão no HC 84.078-7 MG, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>, acesso em 8 de julho de 2017.

Em seu voto, o relator do HC nº 84.078, em 2009, observou que a força normativa da Constituição deveria prevalecer sobre os “anseios populares” por punição, sem respeito aos direitos e garantias constitucionais, afirmando, ainda, que havia contraste entre o texto constitucional e as normas infraconstitucionais que autorizariam a execução antecipada da pena.

O Ministro Celso de Mello asseverou que a norma do art. 5º, LVII, CRFB, teria mais de uma dimensão; e que deveria ser vista enquanto regra de tratamento imposta ao Estado – em especial aos Tribunais – em face do acusado, sujeito de direitos e titular de garantias indisponíveis, cuja observância seria requisito de legitimidade da aplicação da pena.

O voto do Ministro afirma que a presunção constitui uma “verdade provisória” com dimensão probatória e de tratamento, que impede a imposição de efeitos da pena antes de um momento claramente definido pelo texto constitucional, qual seja, o trânsito em julgado.

Acompanharam o relator, além do Min. Celso de Mello, os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que entendiam possível a “execução antecipada da pena”.

Entretanto, em fevereiro de 2016, no julgamento do HC nº 126.292/SP, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, o entendimento acima explicitado foi modificado.

Dos votos que adotaram a posição vencedora, qual seja, a de que a antecipação da execução penal não afrontaria o princípio constitucional em questão, poder-se-ia identificar um eixo argumentativo que assenta sobre uma concepção do processo e do próprio princípio da presunção de inocência que se distancia do modelo constitucionalmente eleito.

O princípio passou a ser enxergado como conflitante com a ideia de “efetividade da função jurisdicional”, com o princípio da duração razoável do processo⁶³⁹ e, em alguns dos votos, chegou-se a cogitar até mesmo que houvesse contradição entre a presunção de inocência e a proteção a bens jurídicos como o patrimônio, a vida, etc.

No julgamento da ADC n. 43⁶⁴⁰, o Ministro Edson Fachin chegou, inclusive, a afirmar que a presunção de inocência poderia colidir com a vedação à proteção deficiente. Sob este prisma, havendo colisão entre princípios, seria possível observar a preponderância

⁶³⁹ Sobre este tema, v. LOPES JR. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, no qual estabelecem que o processo não pode ter um prazo tão curto que não possa permitir que se defenda, nem tão longo em que se esvaia a possibilidade probatória. O problema é que a demora para se julgar o processo não está associada ao recurso, mas ao julgamento do recurso.

⁶⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisões em Medida Cautelar das ADCs 43 e 44, voto Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>, acesso em 10 de julho de 2017.

das demais normas de direitos fundamentais sobre a presunção de inocência. Continua o Ministro que, a ideia central que orientou o julgado foi a de que a condenação pelos órgãos jurisdicionais responsáveis por avaliar diretamente a prova e julgar “matéria de fato” afastaria a dúvida sobre a culpabilidade do acusado, superaria a presunção de inocência em direção a um juízo de culpa, ainda que não definitivo. O duplo grau de jurisdição encerraria, na apelação, a verificação da responsabilidade criminal e os recursos especial e extraordinário não se prestariam a examinar “matéria fático-probatória”, havendo espécie de preclusão a autorizar a “relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”⁶⁴¹.

Retomou-se, a partir do acórdão, fortemente, o antigo argumento de que não existem efeitos suspensivos para tais recursos, cuja função de uniformização de jurisprudência e preservação do ordenamento, transcendente aos interesses subjetivos das partes, e que se autorizaria a imediata produção de efeitos das condenações estabelecidas em segundo grau de jurisdição, mesmo contra texto expresso da Constituição da República. O STJ e o STF não poderiam funcionar, no modelo constitucional, como “terceira” ou “quarta” instâncias, para corrigir eventuais “injustiças” produzidas no primeiro e segundo graus de jurisdição.

Tal lógica subverte a competência jurisdicional definida pela Constituição sobre a aplicação das leis federais e tratados, (que no caso é do Superior Tribunal de Justiça conforme artigo 105, III, CRFB) e sobre a aplicação da própria Constituição (que é definida para o Supremo Tribunal Federal, art. 102, III, CRFB). Desta sorte, não se pode pensar que os recursos especial e extraordinário comporiam uma terceira ou quarta instância, pois esses se prestam a atingir a instância recursal competente para a última palavra sobre as aludidas vulnerações.

Certo tom de pragmatismo também compôs o julgamento do STF quando se afirmou que a interposição dos recursos especial e extraordinário não alcança sucesso na maior parte das vezes, e que não viria a reverter os julgamentos proferidos pelos Tribunais, sendo, em muitos casos, meramente protelatórios. Para o entendimento vencedor, negar a antecipação da pena significaria permitir a “impunidade”, fundamentalmente em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, agravando o “descrédito” no Poder Judiciário.

Ou seja, esta decisão seguiu a lógica do mesmo tom debatido quando do PLS 402/2015. O que também reverbera a fala de Francisco Campos quando afirma, na exposição

⁶⁴¹ Plenário do Supremo Tribunal Federal. Acórdão HC 126.292 SP. em 17 de fevereiro de 2016, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>, acesso em 10 de julho de 2017, Voto do Ministro Teori Zavaski, p. 10 do documento.

de motivos do Código de Processo Penal que as normas processuais garantem um tão extenso rol de favores e garantias que se torna quase que indiretamente um incentivo ao avanço da criminalidade⁶⁴².

Chamam a atenção, contudo, os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes com o argumento de ser “mais técnico” o termo “presunção de não culpabilidade”, Barroso sustenta que o julgamento do HC nº 84.078 consagrou “leitura mais literal do art. 5º, LVII”, mas que, no entanto, o alcance normativo da Constituição teria sido modificado em razão da ocorrência do processo informal de mutação constitucional, decorrente de uma nova realidade a ser contrastada com a interpretação prevalecente desde 2009.

Estas consequências fáticas assentariam sobre suposta proliferação de recursos protelatórios, com irrelevante percentual de provimentos; um reforço da seletividade do sistema penal, pois a possibilidade de manejo dos recursos excepcionais seria benéfica apenas aos “réus abastados”; e a impossibilidade de antecipação da pena ainda contribuiria para o “descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”⁶⁴³, a gerar “impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral.”⁶⁴⁴, sendo necessário romper com o que denominou “paradigma da impunidade”⁶⁴⁵.

Haveria, deste modo, a imposição de uma nova compreensão da realidade a marcar a necessidade de afastar leituras “extremadas” do princípio da presunção de inocência. O Ministro Barroso sustentou, ainda, que da interpretação sistemática da Constituição somente se estabeleceria como requisito para a prisão a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, não sendo a regra do art. 5º, LVII, um óbice à sua determinação como resultado de acórdão condenatório proferido por tribunal, o que é uma contradição com a própria impetração do HC nº 126.292 já que o paciente foi preso sem qualquer motivação.

Com apenas uma modificação jurisprudencial, reduziu-se a aplicação da norma da presunção de inocência, via interpretação constitucional, distintamente do que havia sido proposto em 2011, com o uso da via de Emenda Constitucional – sem ignorar que isso geraria a possibilidade de modificação restritiva de cláusula pétrea. Assim agindo, o STF fez as vezes de poder constituinte originário, suprimindo do texto constitucional suas palavras literais.

⁶⁴² CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro, 1941.

⁶⁴³ Plenário do Supremo Tribunal Federal. Acórdão HC 126.292 SP. em 17 de fevereiro de 2016, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>, acesso em 10 de julho de 2017, Voto do Ministro Luis Barroso, p. 32-34 do documento.

⁶⁴⁴ *idem*.

⁶⁴⁵ *idem*.

Cumpra observar que, em seu voto, o Ministro Barroso reforçou que, em sendo um princípio, a presunção de inocência consistiria num “mandado de otimização”, conforme a doutrina de ROBERT ALEX⁶⁴⁶. Assim, deveria ser realizado na medida das possibilidades concretas, o que, em caso de conflito, autorizaria a utilização da técnica da ponderação, para aplicá-lo em maior ou menor intensidade, de acordo com o critério da proporcionalidade.

Os princípios que o Ministro entende conflitantes, no caso da análise da possibilidade de antecipação da prisão como efeito da condenação antes do trânsito em julgado, seriam relativas ao “interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física, moral, etc.) tutelados pelo direito penal”⁶⁴⁷. A presunção de inocência, naturalmente mitigada com o desenrolar do processo, poderia ter sua aplicação contraída em prol de uma ampliação da “proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação”, aplicando-se a “proporcionalidade como proibição de proteção deficiente”⁶⁴⁸.

Estes argumentos foram ainda acrescidos pela ideia, presente em todos os três citados votos (Ministro Teori Zavaski, Ministro Edson Fachin e Ministro Luis Barroso), de que a condenação em segundo grau encerraria um juízo de certeza jurídica sobre a materialidade e autoria do delito, já que os recursos excepcionais, além de estatisticamente pouco providos, não se destinariam à revisão de matéria probatória.

Em seu voto, o Min. Luiz Fux afirmou peremptoriamente que o princípio da presunção de inocência “cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores”⁶⁴⁹.

A presunção de inocência não corresponderia, na visão do Ministro, à ideia de “sentimento constitucional”, havendo incongruência entre o princípio e as “expectativas dos cidadãos” e seria possível se compartimentar a coisa julgada, de sorte que, dividindo-se em “capítulos”, seria possível se afirmar que há coisa julgada ainda que pendente o julgamento de recursos pelo acusado.

⁶⁴⁶ Muito embora não esteja presente a referência de qual obra extrai seu exerto, parece se tratar da obra: ALEX^Y, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁶⁴⁷ Plenário do Supremo Tribunal Federal. Acórdão HC 126.292 SP. em 17 de fevereiro de 2016, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>, acesso em 10 de julho de 2017, Voto do Ministro Luis Barroso, p. 40 do documento.

⁶⁴⁸ *ibidem*, voto do Ministro Luis Barroso, p. 42 do documento.

⁶⁴⁹ *ibidem*, Voto do Ministro Luiz Fux, p. 60 do documento.

O Ministro Gilmar Mendes, que estava presente na decisão do HC nº 84.078, modificou seu entendimento anteriormente definido. Passou, desde 2016, a entender que o núcleo essencial da garantia da presunção de inocência se refere à sua dimensão probatória e a uma regra de tratamento cujo âmbito de proteção não teria sido delineado pelo constituinte originário, sendo delegado ao legislador ordinário.

A Constituição, ainda pelo Ministro Gilmar Mendes, não restringiria a conformação pelo legislador de tratamentos progressivamente mais gravosos no curso do procedimento. Diante da natureza dos recursos extraordinário e especial, o esgotamento das instâncias ordinárias produziria uma forte declaração sobre a culpa do réu, sendo compatível com a dimensão de tratamento da presunção de inocência a antecipação da pena.

Curiosamente, invocou-se a decisão proferida pelo STF no julgamento das ADCs 29 e 30, sobre a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/10, que ampliou as hipóteses de inelegibilidade⁶⁵⁰, para considerar inelegível o condenado em segundo grau de jurisdição. Naquela ocasião, o Ministro Gilmar Mendes enfaticamente defendeu que a inelegibilidade violava o princípio da presunção de inocência, afirmando que:

O postulado do estado de inocência, ainda que não se considere como presunção em sentido técnico, encerra, em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma verdade provisória, com caráter probatório, que repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade, até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir em favor da pessoa condenada, a presunção de que é inocente. Há, portanto, um momento claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento – insista-se –, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. Mostra-se importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição, a significar que, mesmo confirmada a condenação por um Tribunal de segunda instância, ainda assim, subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixa de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República.⁶⁵¹

Em sentido contrário, o Ministro Celso de Mello elaborou voto recuperando a afirmação histórica do princípio da presunção de inocência, recordando no seu questionamento o pensamento autoritário produzido na primeira metade do século XX, que se identificava com a Escola Técnico-Jurídica, na Itália, e que inverteu o sentido da presunção de

⁶⁵⁰ Sobre a análise da decisão 135/2010 verificar SILVA, Rodrigo Fernandes. *A inconstitucionalidade da inelegibilidade antes do trânsito em julgado de decisão condenatória e a subversão da presunção de inocência*. In: Revista eletrônica de direito processual – REDP. Vol. VII jan a jun, 2011, p. 510 e ss.

⁶⁵¹ Inteiro Teor ADC 30, voto Gilmar Mendes, p. 274-275.

inocência, como consagrada desde o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, assim como as diversas oportunidades em que este princípio foi afastado na história constitucional brasileira.

Concluiu o Ministro Celso de Mello que o trânsito em julgado, firmado no texto da Constituição de 1988, é um limite intransponível à consagração do princípio, impondo-se ao Estado como dever de tratamento por seus agentes e não se esvaziando à medida em que se ultrapassam os graus de jurisdição.

A despeito dos argumentos apresentados pelo último ministro narrado, a decisão que prevaleceu em sede de *habeas corpus*, nº 126.292/SP foi a de que o réu pode ser preso após decisão condenatória em sede de apelação.

O princípio da presunção de inocência possui uma história fortemente identificada com a própria formação dos modernos Estados de Direito. Os sistemas de direitos e garantias, os quais hoje são denominados de primeira geração, passaram a impor ao Estado posturas negativas. São mecanismos de proteção dos cidadãos ante o arbítrio e o exercício não contido do poder. Por esta mesma razão se reconhece no art. 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1798, a primeira manifestação deste princípio.

Quando a Assembleia Nacional, na França, proclamou “*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable*”⁶⁵² ou “Todo homem é presumido inocente até que tenha sido declarada sua culpa”⁶⁵³ passou-se a adotar uma orientação política e filosófica condizente com o ideário humanista que então se desenvolvia.

Ao contrário do que afirmavam as distorções promovidas pelo pensamento autoritário da primeira metade do século XX, que deixa evidentes vestígios nos discursos atuais, sempre observados nos julgados que procuram restringir este direito fundamental, a expressão “presunção de inocência” não surge ao acaso e não deve ser interpretada em termos de probabilidade de absolvição dos acusados ao fim do processo.

A expressão presunção de inocência é produto de uma afirmação ilustrada contra um método probatório e decisório superado pelas revoluções liberais do século XVIII e integra um patrimônio civilizatório.

⁶⁵² “Todos os homens são presumidos inocentes até que sejam declarados culpáveis”. Tradução livre. Disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>> Acesso em 15 de julho de 2017.

⁶⁵³ Tradução livre.

ZANOIDE DE MORAES⁶⁵⁴ afirma que as palavras “presunção” e “inocência” possuem um significado político desenvolvido historicamente. A *praesumptio*, instituto importante do direito medieval, constituía um mecanismo de valoração da prova e critério de formação de convencimento que abria margem ao subjetivismo das decisões, e foi apropriada e resignificada quando conjugada com a expressão “inocência”, ligada à ideia de universalidade, igualdade e extensão dos direitos a todos os cidadãos⁶⁵⁵.

A crítica etimológica à expressão – que tem um conteúdo filosófico e político bem demarcado – não raro assumindo uma incompreensão sobre os institutos e julgando que seria “mais técnica” a expressão “presunção de não culpabilidade”, não compreende o instituto e sequer compreende o termo em sua apreensão própria, tem suas raízes na inversão operada pelo pensamento técnico-jurídico que acabou por legitimar os fascismos do século XX, com adesão imediata no Código italiano de 1930, que excluía a presunção de inocência.

Antes disso, porém, a Escola Positiva italiana reivindicava, principalmente pela contribuição de Enrico Ferri, um modelo de ciências criminais protagonizado pela criminologia de raiz etiológica⁶⁵⁶, consagrando a pena e suas funções preventivas como meio de defesa social. Questionavam a presunção de inocência, assim como as demais contribuições da Escola Clássica e sustentavam que “na medida em que se caminhava na persecução penal em direção à certeza judicial da delinquência, com a mesma intensidade se desfazia a lógica jurídica da presunção de inocência”⁶⁵⁷.

Em nada se separa as decisões da decisão em Medida Cautelar das ADCs 43 e 44, derivadas do posicionamento tomado no HC nº 126.292 do STF, daquilo que trata a Escola Positiva italiana, ou seja, o sentido da presunção de inocência em direção à verdadeira “presunção de culpa”, o que era condizente com o arcabouço teórico do positivismo criminológico.

⁶⁵⁴ 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, 2010. p. 90-94.

⁶⁵⁵ Neste sentido: “o pensamento iluminista francês, embebido pelos avanços humanistas iniciados nos séculos XVI e XVII para o processo penal e o direito penal, foi buscar naquela classificação tripartida da ‘presunção’ (técnica e mais humana) uma forma de revestir o cidadão de uma proteção ética e jurídica contra os desmandos estatais perpetrados pelo sistema processual penal inquisitivo. A esse termo juntou-se a noção de inocência, agora desprovida de conteúdo teológico e voltada a consagrar a noção racional-iluminista de igualdade, um dos pilares da Revolução em todas as áreas (...) Por ela, todos são inocentes e gozam desse estado político diante do poder estatal até que, por meio de um sistema probatório racional, consiga-se demonstrar que a conduta externa do cidadão é um crime”. *ibid.* p. 89-91.

⁶⁵⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 76-79.

⁶⁵⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de... op. cit.*, p. 115.

A Escola Técnico-Jurídica, por seu turno, teve seu ícone de expressão e força esculpido em Vincenzo Manzini, o qual dedicou boa parte de suas elaborações dogmáticas à crítica à presunção de inocência. A repercussão sobre o Código italiano de 1930 (inspiração do Código de Processo Penal brasileiro) concretizou as expectativas de afirmação institucional que o fascismo ascendente demandou.

Estabeleceu-se a visão de que o processo se destinava a realizar a pretensão punitiva estatal em detrimento da proteção dos investigados e acusados. Os autores desta Escola empreenderam uma verdadeira subversão do princípio que, a julgar pela redação do texto constitucional brasileiro e pela frequência da adoção da expressão “técnica” da “não culpabilidade”, foi, em alguma medida, bem sucedida.

Descolaram, assim, a expressão “presunção de inocência” do seu sentido histórico, político e filosófico de contenção do poder punitivo e a manipularam para afirmar que inexistia tal presunção no processo penal.

Da mesma retórica, VINCENZO MANZINI se questionava: “se presume a inocência do imputado, pergunta o bom senso, porque então ele é processado? (...) Ora, pode-se concluir que a experiência histórica coletiva mostra que a maior parte dos imputados é inocente?”⁶⁵⁸

Pela trilha de pretensões “científicas”, “técnicas” e “neutras”, concluía VINCENZO MANZINI que se não poderia presumir que os acusados eram inocentes. A absolvição era vista apenas como uma falha do Estado na demonstração da culpa de alguém e, portanto, a presunção não seria mais do que uma “extravagância derivada dos velhos conceitos (...) de princípios da Revolução Francesa”⁶⁵⁹. Recuperava-se o sentido inquisitivo da expressão “presunção” como meio de prova e técnica de convencimento do magistrado⁶⁶⁰, afastando-se sua dimensão de garantia.

O Código italiano de 1930, marcado pela ideologia da “presunção de culpa” (da Escola Técnico-Jurídica que lhe gerou) influenciou o Código brasileiro de 1941, conforme a já mencionada confissão de Francisco Campos na exposição de motivos.

Em sua estrutura original, o Código de Processo Penal essencialmente negava o princípio da presunção de inocência, com repercussões sobre a disciplina dos procedimentos

⁶⁵⁸ Tradução livre de: “Se si presume l'innocenza dell'imputato, chiede il buon senso, perchè dunque si procede contro di lui?(...) Ora, si vorrà ammettere che l'esperienza storica colletiva insegni che la massima parte degli imputati è innocente?”. MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. 6 Ed. V. 1 Torino : Unione Tipografico Editrice Torinese. 1967-1968, p. 226.

⁶⁵⁹ Tradução livre de: “una stravaganza derivante da quei vieti concetti (...) dai principî della Rivoluzione francese”, MANZINI, Vincenzo, *op.cit.*, p. 228

⁶⁶⁰ *idem*.

e, especialmente, sobre o tema da prisão e liberdade. Não obstante as alterações promovidas no texto ao longo das últimas décadas, ainda restam disposições marcadas por essa rejeição⁶⁶¹.

Embora a Constituição de 1988 não tenha adotado, em sua redação, a expressão histórica “presunção de inocência”, como ocorre com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, e com o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, o art. 5º, LVII consagrou a presunção como norma de direito fundamental e princípio constitucional.

Toma uma definição que é resultado da construção histórica de uma determinada natureza política, que se imprimiu ao princípio, no contexto de reafirmação dos direitos humanos no decorrer do século XX, principalmente no pós-guerra. E isso se coaduna com a adoção, pela Constituição, do fundamento da república a dignidade da pessoa humana, fim último ao qual se destinam materialmente todos os demais direitos fundamentais.

JAVIER GÓMEZ-TRELLES esclarece que a formulação tradicional da presunção de inocência ofereceria uma certa resistência a uma instrução presidida pela suspeita contra uma pessoa, o que gera uma tautologia: “o princípio da presunção de inocência faz possível o processo – evita sua degradação a simples ritual – um processo que, em realidade conduz a demonstrar que o acusado não é inocente e em boa parte dos casos, o alcança.”⁶⁶² Complementa o autor que “como tautologia é uma reinteração, mas também uma sentença formalmente válida: a presunção de inocência não é um princípio mais do processo, é o processo mesmo. O princípio da presunção de inocência constitui uma proibição de desautorizar o processo”⁶⁶³.

Assim GÓMEZ-TRELLES define a presunção de inocência:

Dito este novo conceito não passa por uma sorte de realidade processual de um acusado, todavia inocente, sem que pela existência mesma do processo. É na superveniência do processo como tal, de onde o princípio da presunção de inocência encontra suas raízes e seu fundamento exclusivamente. Através do conceito de processo e subsistência se logra superar a sensação de que a presunção de inocência é uma mera fórmula vazia de sentido. O papel do processo penal reside em

⁶⁶¹ CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941*. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. *Códigos 3 em 1 Saraiva: Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 350. Expõe Francisco Campos: “A decretação da prisão preventiva que, em certos casos, deixa de ser uma *faculdade*, para ser um *dever* imposto ao juiz; adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal”.

⁶⁶² GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Variaciones sobre la presunción de inocencia: análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 37. Tradução livre de: “el principio de presunción de inocencia hace posible el proceso – evita su degradación a simple ritual –, un proceso que, em realidade, conduce a demonstrar que el encausado no es inocente- em buena parte de los casos, además, lo logra-.”

⁶⁶³ *idem*. Tradução livre de: “Como tautología es una reinteración, pero también una sentencia formalmente válida: la presunción de inocencia no es un principio más del proceso, es el proceso mismo. El principio de presunción de inocencia constituye una prohibición de desautorizar el proceso”.

fundamentar a obrigatoriedade da decisão que seja adotada.⁶⁶⁴

A verdade processual não é uma verdade de caráter ôntico, que se há de conhecer ou apreender, senão que a mesma se alcança precisamente e só através do processo. A culpabilidade não é por tanto uma entidade que formada anteriormente antecede ao processo, um fato que o processo tão só mostra ou põe manifestamente sem que antes bem a culpabilidade nasce com a conclusão do processo; antes dele, a mesma era uma mera hipótese dialética, uma quimera. Não há culpabilidade além do processo. De outro lado a reação penal prevista no Código Penal e na legislação penal especial não é consequência de um “delito”, preexistente ao processo senão a coroação do mesmo.⁶⁶⁵

Por tanto, a inocência do acusado, em verdade, não é algo que se presume ou conjecture durante o processo, sem o que é um autêntico fato, até que recaia a sentença. A presunção de inocência, por isso, é tão só uma metáfora que significa que o resultado do processo, condenação ou absolvição se encontra aberto até que seja ditada a sentença, porque de outro modo não estaríamos ante a um processo, e sim, mero ritual.⁶⁶⁶

No mesmo sentido ZANOIDE DE MORAES⁶⁶⁷ afirma que, embora a ideia de “não consideração prévia de culpabilidade”, presente na redação do art. 5º, da Constituição, seja uma formulação fortemente identificada com a elaboração dogmática que sustentou o fascismo, há uma escolha material na Carta de 1988 pela presunção de inocência, que afasta do texto constitucional a inversão consagrada da lógica da “presunção de não culpabilidade”.

Essa escolha constitucional adota a presunção de inocência como direito fundamental em suas dimensões subjetiva e objetiva, cujo conteúdo assenta sobre três dimensões, nem sempre compreendidas conjuntamente na prática do processo penal ou na elaboração legislativa. A “axiologia tridimensional” da presunção de inocência é referida por ANDRÉ

⁶⁶⁴ *ibidem*, p. 35. Tradução livre de: “Dicho nuevo concepto no passa tanto por una suerte de realidade procesal de un encausado todavía inocente, sino por la existencia misma del proceso. Es en la supervivencia del proceso como tal, donde el principio de la presunción de inocencia hunde sus raíces y encuentra su fundamento; exclusivamente. A través del concepto de proceso y de subsistencia se logra superar la sensación de que la presunción de inocencia es una mera fórmula ampulosa vacía de contenido. La función del proceso penal reside en fundamentar la obrigatoriedad de la decisión que sea adoptada.”

⁶⁶⁵ *ibidem*, p. 38. Tradução livre de: “La verdad procesal no es una verdad de carácter óntico, que hay que conocer o apreender, sino que la misma se alcanza, precisamente, y sólo, a través del proceso. La culpabilidad no es por tanto una entidad que preformada acceda al proceso, un hecho que el proceso tan sólo muestra o pone de manifiesto, sino que antes bien, la culpabilidad nace con la conclusión del proceso; antes de él, la misma es una mera hipótesis dialética; una quimera. No hay culpabilidad allende del proceso. De otro lado, la reacción penal la prevista en el Código Penal y en la legislación penal especial, no es la consecuencia de un <<delito>> preexistente al proceso sino la coronación del mismo.”

⁶⁶⁶ GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera, *op.cit.* p. 38. Tradução livre de: “Por tanto, la inocencia del inculpado, en verdad, no es algo que se presume o conjecture durante el proceso, sino que es un auténtico factum, hasta que recaiga sentencia. (...) A <<presunción de inocencia>>, por ende, es tan sólo una metáfora que significa que el resultado del proceso, condena o absolución se encuentra abierto hasta que sea dictada la sentencia, porque, de otro modo no estaríamos ante un proceso, sino ante un mero ritual”.

⁶⁶⁷ MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de... op. cit.*, p. 215-221

NICOLITT⁶⁶⁸ e se manifesta como uma norma de tratamento, norma probatória e norma de garantia ou de juízo⁶⁶⁹.

Como norma de tratamento, a presunção de inocência implica numa imposição ao Estado e aos demais cidadãos, de tratar o investigado ou acusado como inocente até que se tenha resolvido o caso penal de forma imutável, havendo uma certeza, construída no processo, da prática de um crime. O acusado não pode, como regra, “ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo”⁶⁷⁰, o que implica na vedação a “qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade”⁶⁷¹ antes dos marcos legalmente estabelecidos para que se afirme a certeza jurídica sobre a prática do crime pelo imputado, o que abrange “o julgamento do caso penal nos tribunais superiores”⁶⁷².

Por força do modelo constitucionalmente eleito, que definiu o trânsito em julgado como baliza para a certeza jurídica da prática de um crime, a dimensão de tratamento assegura que “os efeitos de uma eventual decisão condenatória somente sejam aplicados após o seu trânsito em julgado”⁶⁷³.

Se o Estado estabelece como pressuposto à punição o devido processo legal, consagrando o *nulla poena sine iudicio*, violam o princípio da presunção de inocência quaisquer normas que, fora das restrições estabelecidas pela própria Constituição, atinjam o tratamento de inocente exigido pelo art. 5º, LVII.

Antecipações de sanções jurídicas que exijam uma declaração de culpabilidade são contrárias aos moldes definidos pela carta magna quando elenca o princípio da presunção de inocência. No processo penal brasileiro, as expressões “execução” e “provisória” são, portanto, inconciliáveis, já que a primeira exige, para sua concretização, a imutabilidade característica da coisa julgada, contrária à ideia de provisoriedade, ligada, por exemplo, às prisões cautelares. Esse prisma pode ser assim entendido, segundo a definição de JULIO MAIER:

a situação jurídica de um indivíduo frente a qualquer imputação é a de um inocente até que se declare formalmente sua culpabilidade e, por isso, nenhuma consequência

⁶⁶⁸ NICOLITT, André Luiz, *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 59.

⁶⁶⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de... op. cit.*

⁶⁷⁰ *idem.*

⁶⁷¹ GOMES, Luiz Flávio. *Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência* In *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 114.

⁶⁷² CASARA, Rubens R. R. *Testemunhas 'acreditadas': da tradição islâmica ao autoritarismo brasileiro* in *Temas para uma perspectiva crítica do direito* In *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. CASARA, Rubens R. R. e LIMA, Joel Corrêa de (Orgs). Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010. p. 909.

⁶⁷³ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de... op. cit.*, p. 427.

jurídico-penal lhe é aplicável, permanecendo sua situação frente ao Direito regida pelas regras aplicáveis a todos, com precedência da imputação deduzida.⁶⁷⁴

Por isso, sustenta ZANOIDE DE MORAES, as conclusões de que a antiga redação da Lei 8.038/90 e do Código de Processo Penal autorizavam a antecipação de pena, partindo da negativa de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário para interpretar uma suposta “certeza” suficiente à “execução provisória”, são contraditórias em relação à dimensão de tratamento. Nesses termos, ZANOIDE DE MORAES afirma que:

o legislador ordinário errou ao aceitar que a decisão recorrível, a despeito de ter sido expedida por um Tribunal, equivaleria à certeza exigida constitucionalmente e apenas atingível, por força de texto constitucional expresse, após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Por mais certeza que o Tribunal prolator daquela decisão possua quanto à materialidade e autoria da infração, essa certeza ainda não é a última palavra do Judiciário, ou seja, o devido processo legal não a tem como firme o suficiente para atender à cláusula jufundamental (...) O constituinte (...) definiu de modo claro e expresse que apenas ao final de todo esse trâmite cessa a presunção de inocência como norma de tratamento e a pena (definitiva) poderá ser imposta.

A questão, portanto, neste ponto, não é de “alta probabilidade” ou até mesmo “certeza” que o órgão *a quo* (Tribunal estadual ou regional) possa ter atingido. O que importa é perceber que essa decisão recorrível é apenas uma fase, conforme as regras do devido processo legal. Ainda não é a decisão suficiente ou eficaz para pôr termo à persecução penal.⁶⁷⁵

As determinações da presunção de inocência são incoerentes com as Súmulas 716 e 717, que consagram garantias ao preso provisório, e os argumentos (também invocados pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292) de que a “execução provisória da pena” seria possível porque o preso provisório tem direito à progressão de regime são insuficientes.

Quanto ao grau de probabilidade de reconhecimento da materialidade e autoria, das decisões tratadas acima, ZANOIDE DE MORAES observa que uma linha de argumentação “gradualista”, “como se, no decorrer da instrução, ele progressivamente perdesse eficácia na medida em que o processo caminha para a decisão final”⁶⁷⁶, está impregnada pela visão que marca a “presunção de culpa”, ou seja, toma-se a culpa e a condenação como certezas antes do pronunciamento definitivo do Judiciário.

Ainda com o autor, a única diferença desta lógica para a adotada nos modelos autoritários do século XX, como os do nazi-facismo, seria que, nesses casos, a “certeza” era

⁶⁷⁴ Tradução livre de “la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia jurídico-penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida”. MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2004, p. 491-492

⁶⁷⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de... op. cit.*, p. 444-445.

⁶⁷⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de... op. cit.*, p. 454.

deslocada já para a propositura da ação penal⁶⁷⁷. Adotados os argumentos “pragmáticos” seguidos pela maioria dos ministros do STF e aplicando-se a “ponderação” entre princípios cuja colisão só é enxergada quando se adota as lentes do senso comum, seria demais imaginar, num futuro próximo, a antecipação da execução provisória da pena logo ao tempo da denúncia, tal qual nos regimes de exceção do século XX? “Defender a visão ‘gradualista’ da presunção de inocência para a fase da decisão condenatória recorrível é reavivar esse pensamento fascista que rejeitava expressamente a presunção de inocência”⁶⁷⁸. Por pouco não se repristinou a prisão processual como obrigatória no início do processo e, neste caso, se daria razão para se nominar a liberdade como provisória, como deixaria orgulhoso Francisco Campos.

AUGUSTO JOBIM DO AMARAL é inconteste:

Ao que parece ser – somos capazes de assentar nesta altura com pouca margem de erro –, também é de encontro ao caráter expansivo e incorrigível da *convicção* sobre o qual deve se dirigir o argumento acusatório como modalidade de constrangimento, lugar cativo em que adentram a *presunção de inocência* e a *carga da prova*. Isto nos conduz a perguntar: poderá dispensar, por esta via, ou ter, nalgum ponto, a *evidência* como aliada? Isto é possível? Em que medida particular? A resposta parece indicar, diga-se desde logo, que, no momento em que as *presunções* são informadas por operadores como a *confiança*, a *evidência* pode ser usada em favor de *maximizar as expectativas acusatórias*. A *presunção de inocência*, como retrato ao portador (do réu) da *evidência* como aliada, tem papel central na arena do convencimento. Ela funciona, para o bem de uma lógica acusatória, como *estabilizadora de expectativas*, quando não significando, pelo próprio mecanismo da *confiança* por ela desencadeado, a realização de um *desejo de preenchimento* de um sistema acusatório.⁶⁷⁹

Quanto à dimensão probatória, admitida em certa medida pelas matrizes da Escola Técnico-Jurídica italiana, a presunção de inocência é, em geral, reconhecida pelos discursos de sua mitigação, embora descolada da dimensão de norma de tratamento, tal qual no debate do PLS 402/2015.

Nesse plano, em decorrência do referido princípio, seria distribuído ao acusador o ônus da prova dos fatos que imputa, cabendo prová-los dentro dos marcos legalmente estabelecidos em direção à incriminação e de acordo com o devido processo legal estabelecido. Como decorrência da dimensão de norma de juízo, por sua vez, cabe ao julgador, preservar as garantias inerentes ao processo, avaliar a suficiência da prova e, em não havendo, dar efetividade à presunção, aplicando o *in dubio pro reo* e o *favor rei*⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de... op. cit.*, p. 455.

⁶⁷⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de... op. cit.*, p. 455.

⁶⁷⁹ AMARAL, Augusto Jobim. *op. cit.*, p. 425.

⁶⁸⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de... op. cit.*, p. 461-475

Como norma de direito fundamental, é preciso destacar que a presunção de inocência possui uma dimensão subjetiva, na medida em que confere às pessoas investigadas ou acusadas um direito subjetivo de exigir do Estado uma postura negativa, caracterizado classicamente como direito de defesa.

Do ponto de vista objetivo, por outro lado, a presunção de inocência condiciona o ordenamento jurídico e a atuação do Estado e particulares. Protege-se não apenas o indivíduo submetido à investigação ou ao processo, mas a sociedade frente ao arbítrio no exercício do poder punitivo.

O caráter universal da presunção de inocência decorre, portanto, da sua natureza material de direito fundamental. Por isso, “estabelece critérios à atuação estatal na construção de toda uma infra-estrutura normativa, organizacional e procedimental destinada à maior efetivação dos direitos fundamentais, sem que para isso seja necessário estarmos diante de um caso específico”⁶⁸¹.

É deste ponto que decorre sua tendência ampliativa e irradiante, que significa que o princípio deve condicionar a atividade estatal desde a elaboração legislativa até a interpretação realizada pelo judiciário.

Enquanto princípio jurídico, a presunção de inocência não prescreve condutas como uma regra, pois “identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado”⁶⁸², havendo limitações oferecidas pela própria Constituição. Pode, de fato, entrar em colisão, em situações concretas, com outras normas dessa natureza. A solução, oferecida pela teoria dos princípios, que resolve este choque a partir da aplicação da ponderação de interesses, com base no critério da proporcionalidade, é admissível. Contudo, há de se questionar se há verdadeiramente conflitos ou se trata de intervenções injustificadas em seu âmbito de proteção. Como observa ZANOIDE DE MORAES:

muitas argumentações utilizadas atualmente para afastar a aplicação da presunção de inocência estão travestidas como se fossem linhas interpretativas, quando na verdade estão baseadas em opções ideológicas para reduzir de forma inconstitucional o ‘âmbito de proteção da norma’⁶⁸³.

Na formulação consagrada por ROBERT ALEXY⁶⁸⁴, a distinção possível entre regras e princípios é essencial à compreensão da teoria dos direitos fundamentais, a qual determina sua estrutura e racionalidade quando da sua aplicação. Embora ambas sejam

⁶⁸¹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de... op. cit.*, p. 241

⁶⁸² MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de... op. cit.*, p. 273

⁶⁸³ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de... op. cit.*, p. 265.

⁶⁸⁴ ALEXY, Robert. *op.cit.*, p. 92.

espécies normativas, que apontam para um “dever-ser”, princípios podem ser definidos como “mandados de otimização”. Os:

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderes serem satisfeitos em graus variados e pelo de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes’.⁶⁸⁵

A colisão entre princípios se soluciona mediante o sopesamento de um deles, que não é anulado, mas cede, concretamente, ante o maior peso do outro. Não há prevalência apriorística e os pesos variam de acordo com cada situação. ROBERT ALEXY, assevera que o conflito pressupõe que as “duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios”⁶⁸⁶.

Normas jurídicas distintas do texto ou enunciado normativo são produto da atividade do intérprete, que reconstrói seu sentido. HUMBERTO ÁVILA, esclarece que isso não significa que inexista significado anterior à interpretação:

Há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem (...) Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. Expressões (...) possuem núcleos de sentidos que permitem, ao menos, indicar quais as situações certamente não se aplicam. (...) Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso e preexistem ao processo interpretativo individual.⁶⁸⁷

Sobre a presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII, da Constituição, se pode extrair um princípio passível de colisão e de restrição, desde que haja, contudo, proporcionalidade.

É que o próprio texto constitucional estabeleceu limites a estas restrições ao âmbito de proteção da norma. O constituinte originário quis inserir no núcleo essencial deste direito fundamental a exigência do trânsito em julgado, e, segundo ZANOIDE DE MORAES⁶⁸⁸, mesmo para a teoria dos princípios, as cláusulas restritivas têm natureza de regra, sendo “uma

⁶⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

⁶⁸⁶ ALEXY, Robert. *op.cit.*, p. 92.

⁶⁸⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32-34.

⁶⁸⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de... op. cit.*, p. 293-294 e 445.

regra inserida num contexto de uma norma-princípio”⁶⁸⁹, de sorte que o trânsito em julgado é “marco constitucional que separa o até então inocente do doravante condenado”⁶⁹⁰.

As hipóteses em que se preveem aprioristicamente restrições que ignorem o “trânsito em julgado” não têm justificação constitucional possível e, menos ainda, proporcionalidade.

Há a preexistência do sentido de “trânsito em julgado”, que não pode ser manipulado conforme a conveniência do intérprete. Também existe um núcleo de sentido que aponta para a coisa julgada como “imutabilidade da ordem que emerge de uma sentença”⁶⁹¹, quando “por uma opção política do Estado torna-se o comando emitido na sentença prolatada imutável”⁶⁹².

Até mesmo a processualística civil é inconteste em afirmar que:

A expressão coisa julgada deriva da expressão latina *res iudicata*, que significa *bem julgado*. O resultado final do processo de conhecimento normalmente atribui um *bem jurídico* a alguém. Define-se, assim, uma situação jurídica, estabelecendo-se a titularidade, passando esta definição, por causa da coisa julgada material, a ser imutável, razoavelmente bem estável ou marcadamente duradoura. Este bem jurídico é abrangido pela categoria dos bens jurídicos subjetivos. (...)

A coisa julgada é instituto cuja função e a de estabelecer ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas geradas pela coisa julgada material traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão.⁶⁹³

GERALDO PRADO, em texto sobre trânsito em julgado da decisão condenatória, informa que o que as 10 medidas do combate a corrupção⁶⁹⁴ faz é sugerir:

profundas alterações no regime jurídico dos recursos criminais com o objetivo de “aumentar a eficiência e a justiça [destes instrumentos]... sem prejudicar o exercício do direito de defesa”. No mesmo contexto postula, ainda, a aprovação de Emenda Constitucional que elimine o efeito suspensivo dos recursos extraordinário e

⁶⁸⁹ *idem*.

⁶⁹⁰ *idem*.

⁶⁹¹ RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 163.

⁶⁹² *idem*.

⁶⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003, p. 20-22.

⁶⁹⁴ O apoio às 10 medidas que somam mais de 200 medidas, basta uma simples leitura para verificar, foram capitaneadas no mesmo esforço político pelos atores envolvidos na Lava Jato. O Ministério Público federal conta com uma página de plataforma simplificada para explica-las (Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>>, acesso em 10 de julho de 2017). Os atores que apoiaram publicamente as tais medidas conta com Deltan Dellagnol (que “debateu” sobre o projeto na Câmara: <<https://www.youtube.com/watch?v=WMPPvpsaNsE>>, acesso em 10 de julho de 2017), Sérgio Moro (que também “debateu” sobre o assunto defendendo-o na Câmara <<https://www.youtube.com/watch?v=st2nMtuy2Nc>> e esteve presente num evento sobre a divulgação do livro “Operação Mãos Limpas”, no dia 23 de novembro em Curitiba <<https://oglobo.globo.com/brasil/moro-defende-aprovacao-de-medidas-contr corrupcao-20530383>>, acesso em 10 de julho de 2017 no qual defendeu a aprovação das 10 medidas contra a corrupção mas é contrário ao aumento de pena para crime de abuso de autoridade) entre outros.

especial, em matéria penal, assim como viabilize a execução provisória da decisão penal condenatória, quando os tribunais de apelação proferirem julgamento de mérito em matéria penal. O direito à duração razoável do processo é o argumento central da pretendida modificação do art. 580 do Código de Processo Penal.⁶⁹⁵

GERALDO PRADO⁶⁹⁶ explica que há problemas inerentes ao se comparar e traduzir modelos jurídicos com diferentes tradições de que se tenha apenas notícias indiretas, além do problema brasileiro da falta de transição entre um modelo que deveria sair do autoritarismo rumo à democracia. E, o autor, vai além:

Em realidade, o nosso modelo constitucional de devido processo penal, orientado pela cláusula pétrea da presunção de inocência e apoiado em um conceito jurídico de culpabilidade não admite a equiparação (igualdade) entre os direitos (e garantias) fundamentais do acusado e os deveres-poderes do Estado de repressão ao delito (situação jurídica). O fato de para a acusação, por exemplo, o recurso extraordinário em matéria penal não ter efeito suspensivo, enquanto o contrário se verifica relativamente ao mesmo recurso interposto pela defesa, não se resolve por uma equação matemática de “igualdade”.⁶⁹⁷

O autor afirma que não é possível suprimir o efeito dos recursos especial e extraordinário, defensivos, para execução provisória das penas, sem ignorar que a Emenda Constitucional 45/2004 já limitou o acesso aos tribunais por força da repercussão geral exigida. Conclui: “As propostas são, pois, questionáveis e de fato não me sinto confortável para sugerir algo a ser colocado no lugar da presunção de inocência. Creio que se fizesse isso teria de prestar contas às gerações futuras.”⁶⁹⁸

É exatamente da mesma questão que se tratou posteriormente à proposta das 10 medidas que se colocam as decisão do HC e ADCs acima comentadas. De tal medida que as críticas e posicionamentos se fazem relevantes.

Ora, da leitura dos acórdãos da decisão do HC nº 126.292 e decisão em Medida Cautelar das ADCs 43 e 44 é perceptível o esforço de todos os julgadores (que denegaram a ordem no primeiro e impuseram, em sede cautelar, a possibilidade de “execução provisória” da pena para o segundo) de, enfrentar o que pode ser interpretado como trânsito em julgado.

No âmbito do processo penal (que se é diferente no processo civil não importa ao estudo) não se pode falar em níveis de coisa julgada, porquanto a certeza que autoriza a aplicação da sanção penal é a imutabilidade adquirida após o esgotamento dos pronunciamentos do judiciário. É indiferente a natureza da devolutividade dos recursos

⁶⁹⁵ PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria>, acesso em 10 de julho de 2017.

⁶⁹⁶ PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado... op.cit.*

⁶⁹⁷ *idem*.

⁶⁹⁸ *idem*.

especial e extraordinário, porque se caracterizam justamente por sua capacidade de modificar o conteúdo da decisão condenatória, seja qual for a probabilidade de seu provimento.

Ao se restringir de forma injustificada e desproporcional o princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal operou verdadeira mutação inconstitucional sobre a norma do art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa. LUÍS BARROSO afirma que:

A mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. (...) Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte (...) A mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.⁶⁹⁹

O sentido de “trânsito em julgado” foi ultrapassado, não obstante esta constitua uma limitação à restrição da norma-princípio em questão, cujo sentido não comporta a desconsideração da imutabilidade da decisão condenatória penal.

Os argumentos que procuram conflitos entre os demais princípios que consagram a proteção a bens jurídicos que podem ser objeto de proteção penal, partem de uma interpretação sem qualquer sustentação empírica e adstrita a um senso comum criminológico que ignora a realidade irracional do funcionamento do sistema penal e não reflete a crítica às funções declaradas da pena.

Os discursos jurídico-penais legitimantes sempre apelam para a noção de defesa social. Há, contudo, uma inegável e estrutural incompatibilidade entre suas proposições e a realidade da operação das agências que integram o sistema penal. A pena é o exemplo mais gritante desta irracionalidade, pois há um descompasso entre suas funções manifestas e a realidade. LOUK HULSMAN afirma que “o sistema penal jamais funciona como querem os princípios que pretendem legitimá-lo”⁷⁰⁰, enquanto ZAFFARONI sustenta que, na realidade latinoamericana, esta “verificação requer apenas uma observação superficial. A dor e a morte que nossos sistemas semeiam estão tão perdidas [sem racionalidade] que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbateramento”⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 125-127.

⁷⁰⁰ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Buenos Aires: Luam, 1993. p. 25.

⁷⁰¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 15.

O reconhecimento, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, do “estado de coisas inconstitucional”⁷⁰² acima referenciado sobre o sistema penitenciário brasileiro aponta para esta realidade. Subverteu-se o critério de ROBERT ALEXY⁷⁰³, que define que quando há conflito na aplicação de duas normas isoladamente se levaria a dois juízos contraditórios.

Frise-se que não há conflito entre a presunção de inocência e o direito à vida ou à segurança pública, afinal não é empiricamente demonstrável a relação entre a antecipação da pena e a preservação de tais valores.

Ao contrário, certamente há mais princípios constitucionais violados pelo próprio Estado com o incremento do encarceramento, para o qual o Supremo Tribunal parece ter dado um passo considerável para aumentar o número de presos ao se negar a vigência ao estabelecimento da presunção de inocência.

É, ainda, indiscutível que pelo relatório do próprio Superior Tribunal de Justiça⁷⁰⁴ a média de sucesso dos recursos especiais em matéria criminal variou de 29,30% a 49,31%. Uma cifra que chega próximo a 50% de sucesso *pro reo*.

Se a metade dos processos em que se recorre para os tribunais superiores alcançam sucesso, não há como dizer que o processo só obteve uma solução definitiva em grau de apelação. Decidir como se decidiu nos ADCs 43 e 44 é transformar o processo em mero ritual.

“Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo

⁷⁰² Para tanto basta ver o informativo nº 798 elaborado a partir das notas tomadas na sessão de julgamento pelo STF. Disponível em: “[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental - 8>](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema%20carcer%C3%A1rio:%20estado%20de%20coisas%20inconstitucional%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direito%20fundamental%20-%208%3E)”, acesso em 12 de setembro de 2016.

⁷⁰³ ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 90. Importante também a definição esposada por CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 1087-1088: “As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conceitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obdecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*) devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).

⁷⁰⁴ Acórdão disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>>, acesso em 20 de julho de 2017.

fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”⁷⁰⁵. Os ministros que permitiram a execução provisória ao arrepio da dinâmica constitucional não se diferenciam em nada do que Manzini já afirmava, como destacam, BADARÓ e LOPES JR.:

E vai além, ao afirmar que se a maior parte dos imputados resultava culpado ao final do processo, não havia nada que justificasse a presunção de inocência. Equivale, *mutatis mutandis*, a dizer: já que a maior parte dos recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa não são acolhidos, vamos presumir que são infundados e desnecessários, podendo prender primeiro e decidir depois. Sem falar que as pesquisas quantitativas publicadas mostram que o número é significativo, principalmente se considerarmos as imensas limitações de acesso aos tribunais superiores impostas por uma imensa quantidade de súmulas proibitivas, mais a necessidade de questionamento e, finalmente, a necessidade de demonstração de repercussão geral.⁷⁰⁶

Ademais, onde não coube ao legislador originário distinguir, não cabe ao intérprete fazê-lo. Em nenhum momento a Constituição identificou que os recursos especial e extraordinário teriam tratamento distinto dos demais recursos. A máxima da presunção de inocência urge que seja respeitada até o efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, algo que todos sabem muito bem o que é.

SALAH KHALED JR., sobre o HC n. 126.292SP, assim se posiciona:

Não pode ser assim. O Brasil é uma país ainda mais autoritário com essa surpreendente reviravolta de posicionamento. Não é dizer pouco. Lamento pelo Estado Democrático de Direito. O fascismo avança a cada dia. Perdemos a noção de limite. O STF acaba de reafirmar o legado autoritário do processo penal, não demonstrando o menor pudor em apunhalar direito fundamental sob alegação de “estar ouvindo a sociedade”. O desprezo pela presunção de inocência é semelhante ao de Manzini, como acredito ter demonstrado. Mais um capítulo da trágica história que brevemente relatei foi escrito. Temo pelos próximos episódios, como devem temer todos que amam a democracia. O fascismo insiste em nos roubar a esperança. E sem ela é difícil (sobre)viver.⁷⁰⁷

Fosse o sistema recursal tão protetivo, como se explicar que se alcançou o plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento sobre um suposto furto de um par de chinelos na cifra de R\$16,00?⁷⁰⁸

Da mesma forma, o STF se prestou a decidir acerca de um título de time de futebol em 1987. E, como é possível que se chegue a uma discussão sobre a aplicabilidade da

⁷⁰⁵ SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos depoimento ao cpdoc*. 5ª impressão. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997, p. 524.

⁷⁰⁶ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Parecer - Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Disponível em: < http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁷⁰⁷ KHALED JR. Salah. *Justiça social e sistema penal II: ação jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 156.

⁷⁰⁸ CONJUR. *Plenário do supremo vai julgar se insignificância se aplica a réus reincidentes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-13/pleno-stf-julgar-insignificancia-aplica-reincidentes>>, acesso em 10 de julho de 2017.

Constituição de 1988 para um título datado antes de antes da Constituição (mesmo que a discussão tratasse da decisão da CBF de conceder título a um time e se isso contrariava decisão do TRF)? Ora, o que demonstra que o juízo de admissibilidade⁷⁰⁹, só parece ser obstáculo aos réus que deveriam ser tratados como inocentes. A diferença é que, ao menos para os times envolvidos, a dúvida pairava em se saber quem era o campeão do título de 1987. Para a nova visão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que infringe a Constituição, existiriam espécies de pequeninos trânsitos em julgados. De acordo com o Ministro Luiz Fux, “Há uma coisa julgada singular, porque, aquilo ali, em regra, é imutável, indiscutível, porque não é passível de análise no Tribunal Superior. Só se desenvolvem questões constitucionais e questões federais.”⁷¹⁰ Complementa que “e à luz da realidade prática muito difícil; pode-se eventualmente, constatar um vício de inconstitucionalidade”⁷¹¹.

Os dados confirmam uma realidade diferente. O índice de conversão e reforma das decisões é alto. A insegurança jurídica instaurada não se dá por força dos recursos, mas sim por força da atual decisão do Supremo Tribunal Federal. Essa subverte o que está expresso na carta constitucional e desconsidera a competência constitucional atribuída aos tribunais superiores para decidir sobre tais questões além de ultrapassar o significado de trânsito em julgado.

O trânsito em julgado, por definição é a “declaração de certeza, do caso julgado em si, isto é, da imutabilidade dos efeitos da decisão acerca do fato principal ocorrido no mundo dos homens.”⁷¹²

Ora, é possível afirmar, como o fez o Min. Fux, a existência de pequenos trânsitos em julgado ocorrendo? Ou isso é transformar o devido processo legal em mero rito? Ou seria isso uma forma de se autojustificar para aqueles 40% de presos sem condenação⁷¹³, sem uma decisão definitiva de mérito, e que agora passam a ter validação no título da prisão a partir de

⁷⁰⁹ ESTADÃO. *Por 3 a 1, STF decide que apenas o Sport é o campeão de 1987*. Disponível em: <<http://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,por-3-a-1-stf-decide-que-apenas-o-sport-e-o-campeao-de-1987,70001743120>>, acesso em 10 de julho de 2017.

⁷¹⁰ Plenário do Supremo Tribunal Federal. Acórdão HC 126.292 SP. em 17 de fevereiro de 2016, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>, acesso em 10 de julho de 2017, Voto do Ministro Luiz Fux, p. 59 do documento.

⁷¹¹ *idem*.

⁷¹² RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 160.

⁷¹³ Aponta o último dado sobre presos. Noticiado pelo CONJUR. *40% dos presos no Brasil são provisórios aponta levantamento oficial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-26/40-presos-brasileiros-sao-provisorios-aponta-levantamento>>, acesso em 10 de julho de 2017 e DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014*. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>, acesso em 10 de julho de 2017.

uma jurisprudência defensiva⁷¹⁴, a qual pretende esconder que o judiciário é um poder extremamente caro e extremamente moroso?

Urge que se entenda a abrangência e esfera de proteção do indivíduo no segundo grau de jurisdição. Com isso se espera que se compreenda a correta afirmação da garantia da presunção de inocência. De todos os sintomas detectados pelos ministros nos comentados julgados, o problema é causado pela demora na prestação jurisdicional de qualidade.

Fossem decisões de um segundo grau de jurisdição adequado às Convenções e Pactos dos quais o Brasil é signatário, com possibilidade efetiva de ser julgado e preservar-se o duplo conforme (que também se verá no capítulo quarto), é certo que o número de recursos especiais e extraordinários diminuiriam.

Ora, se o tribunal, ao negar a apelação, não permite a produção de provas, não se tem controle sobre o contato direto do julgador a estes elementos e julga-se a partir daquilo que foi colhido anteriormente no processo. Em que se diferencia, efetivamente, a atuação dos ministros para a dos desembargadores? Melhor que se extingam os tribunais de apelação, portanto.

As críticas apontadas dizem respeito ao próprio atuar das cortes e ao próprio problema ínsito: o segundo grau de jurisdição no processo penal deve ser uma garantia da pessoa e, para isso, a teoria dos recursos no processo penal deve esclarecer estes pontos.

A suposta solução para todos os problemas da justiça criminal dada pelo Supremo Tribunal Federal é tão absurda como imprópria. Não se adequa ao ordenamento jurídico pátrio. Note-se, inclusive, que, para se exercer o direito de ação em Revisão Criminal, é necessária a certidão de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com esta “solução” do STF a pessoa pode passar a cumprir pena pelos pequeninos trânsitos em julgado e não pode rediscutir a coisa julgada. Por evidente não está sendo tratado como presumidamente inocente. Também não podem os condenados apresentar novas provas em sede de apelação e muito menos ter direito a um efetivo recurso pautado pela oralidade e primados convencionais.

JACINTO COUTINHO, em tom messiânico, previa um panorama similar em 2007:

O processo penal de hoje é aquele *absurdo* sobre o qual se referiu Franz Kafka em *O*

⁷¹⁴ No seu voto, no corpo da ADC 44 o Ministro Edson Fachin fala: “Não faço aqui apologia daquilo que se costuma denominar de jurisprudência defensiva. Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de solver casos concretos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>, acesso em 10 de julho de 2017.

*processo. Para Josef K. (personagem principal), como para o próprio Kafka, o processo jamais chegaria à instância superior, um pouco antevendo – como presságio – o que perambula pelas mentes de Brasília – e de resto pelo reacionarismo anticonstitucional do país inteiro – para afastar os menos hábeis (leia-se: excluídos) das instâncias extraordinárias (pelo menos no processo penal), justo em razão de não entenderem nada (os réus e não raro os técnicos) do que se está passando. E olha que Brasília segue sendo o garante-mor da Constituição da República e das leis, o que é despiciendo discutir.*⁷¹⁵

No mesmo sentido, LUIS ALBERTO WARAT:

O Direito Geral têm mais um caráter retórico que efetivo. Uma ficção hologramática. Quando para estes cidadãos de segunda se planteia a questão do acesso à justiça os homens de bem ficam indignados. Estamos diante uma pura hipocrisia. Para os excluídos ou refugiados não existe a possibilidade de aceder a que um juiz, que provavelmente decida sobre sua vida ou seus conflitos de maneira equitativa, decidam como nas suas fobias e preconceitos de grupo. O lobo não pode cuidar das ovelhas.⁷¹⁶

É o que ALEXANDRE BIZZOTTO identifica como a mão invisível do medo⁷¹⁷, alertando que essa resposta não tem nada de racional ou nada que a justifique e, ainda, fere de morte o texto constitucional. É por isso que pode-se dizer “que o pensamento criminal libertário se encontra em um estado de real dificuldade, tendo o paradigma do medo tomado conta das perspectivas sociais sem que se vislumbre no futuro próximo um arrefecimento do movimento de expansão do punitivismo criminal”⁷¹⁸.

É preciso se garantir igualmente a todos, a partir de regras fixas, de tratá-los como inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Feita a identificação da justificativa ética do segundo grau de jurisdição, ou seja, tratar o réu como inocente, é preciso uma nova teoria dos recursos no processo penal. É preciso uma (re)construção de uma teoria dos recursos própria ao processo penal brasileiro.

⁷¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Henry Sobel, contardo calligaris e o processo penal brasileiro de hoje*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Direito e psicanálise: interlocuções a partir da literatura*. Florianópolis: Emporio do Direito, 2016, p. 38.

⁷¹⁶ WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 44.

⁷¹⁷ BIZZOTTO, Alexandre. *A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário*. Florianópolis: Emporio do Direito, 2015, p. 153-154.

⁷¹⁸ *idem*.

4 DA TEORIA DOS RECURSOS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

De tudo o que se tratou no primeiro capítulo apresentou-se um panorama do processo penal no Brasil, que permite verificar a realidade em que ele se insere, avaliando-se alguns dos problemas estruturantes da sociedade, quanto ao funcionamento do sistema penal.

Discorreu-se, ainda no primeiro capítulo, acerca das impropriedades do tratamento da ciência do direito processual penal, subvertida por uma lógica da teoria geral do processo, o que causa, ainda hoje, prejuízos para a proteção das garantias e direitos individuais.

Os problemas do excesso na aplicação da prisão processual e da escolha judiciária e legislativa pelo expansionismo penal têm reflexo no sistema recursal, resultando em margens estrondosas de presos provisórios, ou seja, sem trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No segundo capítulo a preocupação foi de apontar as impropriedades das importações e a falta de estruturação de um pensamento autônomo, na lógica recursal, no campo do direito processual penal brasileiro. Muito se disse sobre pseudoprincípios, regras de admissibilidade, efeitos, classificações dos recursos etc. Tudo isso leva ao que se pode chamar de burocratização no acesso ao segundo grau de jurisdição, que acaba por gerar mais morosidade na prestação jurisdicional.

No terceiro capítulo, a atenção se voltou à identificação do atual tratamento do princípio da presunção de inocência e suas repercussões diretas e indiretas para o sistema recursal. Nesse contexto, analisou-se a mutação inconstitucional operada pelo Supremo Tribunal Federal ao restringir, de modo desproporcional, o âmbito de proteção do princípio insculpido no inciso LVII, artigo 5º, da Constituição. Concluiu-se que esta decisão ocasionou um retrocesso em nosso sistema de garantias individuais, com uma jurisprudência defensiva tendente a tratar o presumidamente inocente como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que fere diretamente o texto constitucional expresso.

Percorrido esse caminho, é possível, então, desenvolver a ideia de segundo grau de jurisdição como garantia da pessoa, demarcando-se as possibilidades de interpretação contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos e sua compatibilidade com o modelo constitucional, apesar das omissões da própria Constituição da República. Nesse sentido, é possível construir uma teoria dos recursos do processo penal que torne o segundo grau de jurisdição em uma garantia da pessoa.

Um exemplo concreto sobre a necessidade de construção de uma racionalidade

dirigida ao segundo grau de jurisdição como garantia da pessoa presumidamente inocente, é tomado ao se pensar no caso de Fabiane Maria de Jesus⁷¹⁹ que foi identificada por populares como autora de rituais de magias negras envolvendo crianças. Naquela ocasião, a população local passou a exercer “justiça pelas próprias mãos” e, neste passo, lincharam a suposta criminosa. Embora Fabiane tenha sido socorrida ainda com vida, não houve tempo suficiente para salvá-la das consequências do “julgamento” popular, de modo que veio a falecer no hospital. Fabiane foi, portanto, executada sumariamente pelos transeuntes indignados.

O reconhecimento de Fabiane⁷²⁰ se deu a partir de um suposto retrato falado disponibilizado nas redes sociais. Os passantes não sabiam que ela era inocente e não tinham qualquer relação com a acusação. Justamente por isso, o crivo do devido processo legal se impõe como pressuposto civilizatório, onde o acusado detém todas as garantias constitucionais e convencionais. Fabiane não teve direito a qualquer garantia, desde ser julgada por juiz imparcial e, menos ainda, a de poder recorrer a um segundo grau de jurisdição, com um julgamento efetivo. Foi julgada pela vontade popular⁷²¹.

A falibilidade humana legitima e justifica o segundo grau de jurisdição, que deve ser, efetivamente, um momento claro que permita que o inocente se defenda.

Narra RUBENS CASARA que os “brasileiros, de um modo geral, acreditam no uso da violência para resolver os mais variados problemas sociais e, em consequência apostam e apresentam respostas violentas como a solução para qualquer situação problemática.”⁷²² Argumentos que tensionam o uso da opinião pública e influenciam juízes profissionais, funcionários públicos, até mesmo os tribunais superiores, têm contribuído para que a função jurisdicional perca sua característica contramajoritária.⁷²³

Como destacado no capítulo anterior, os argumentos que extraídos da decisão do STF, no HC nº 126.292, expõe o recurso a discursos estranhos ao próprio Direito que se aproximam mais de uma suposta opinião das ruas, do senso comum, sempre ilusório, como afirma GARRAPON⁷²⁴ quanto à possibilidade de acesso dos juízes a um contato direto com a vontade popular. Não sem razão, RUBENS CASARA afirma que “escutar a *vox populi* em um contexto autoritário equivale a abandonar não só o modelo de democracia constitucional

⁷¹⁹ Matéria disponível em: <<https://horadomachado.blogspot.com.br/2017/02/elementos-acusados-da-morte-por.html>>, acessado em 07 de junho de 2017.

⁷²⁰ *idem.*

⁷²¹ *idem.*

⁷²² CASARA, Rubens R.R. #Somos todos juízes. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/08/somostodosjuizes/>>, acesso em 08 de julho de 2017.

⁷²³ *idem.*

⁷²⁴ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia. O Guardião das Promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 75.

como também qualquer pretensão de verdade e justiça.”⁷²⁵

É frente a isso que se deve pensar o segundo grau de jurisdição, ou seja, como forma de se tentar superar a falibilidade humana, mas, mais do que isso, como forma de diminuir a responsabilidade dos magistrados que possam ter errado ao condenar um inocente.

Portanto, toda a estrutura de senso comum teórico criticado no capítulo 2 passa a ser, de algum modo, reafirmação do que a tradição manualesca produziu acerca dos recursos no processo penal, como consequência da adoção de uma lógica unitária de processo e sem se amoldar aos custos necessários para efetivar a garantia da pessoa submetida a processo.

Usualmente os recursos são trabalhados com afirmações vagas acerca de sua aplicação no Brasil, desde o descobrimento, quando vigoravam as Ordenações Afonsinas, as quais seriam a primeira legislação aplicada em nosso território. Depois, se fala, usualmente, das Ordenações Manuelinas, em 1603, e a, partir daí, das Ordenações Filipinas. Há, igualmente, algum esforço para se demonstrar onde estaria o duplo grau de jurisdição nas diversas constituições que vigoraram no Brasil⁷²⁶.

Sobre isso, é necessário lembrar as palavras de LUIZ ALBERTO WARAT, que, com propriedade, explica que “o olhar é sempre um esforço para obter, desde o presente, sentidos para o passado; seria aquela releitura que trata de evitar que nosso desejo repita o passado no presente – que é sempre uma forma de tentar eliminar o presente pela melancolia, de não aceitá-lo como diferença.”⁷²⁷

A repetição do passado impede receber os sinais do novo, determina a morte do pensamento, do sentimento e da ação. Em suma, nos aliena, nos exclui, ou nos devora. Repetir o passado é uma forma de esgotar o presente, de desestimar sua força criativa, de introduzir uma pulsão destrutiva: uma forma de instalar a apatia e o cinismo como condições da transmodernidade. Um eterno presente de sobrevivências e um futuro indecifrável.⁷²⁸

(...) A dogmática jurídica é nossa herança, temos que aceitá-la. Como toda herança, temos que ver o que fazer com ela. A dilapidamos ou a transformamos? Onde estamos? Podemos aprender uma cruzada purificadora à margem da lei (do “Estado de Direito” ou da fantasia da segurança jurídica?) Pode-se seguir crendo que o direito está sempre ao serviço do opressor?⁷²⁹

⁷²⁵ CASARA, Rubens R.R. *#Somos todos juízes.op.cit.*

⁷²⁶ Por todos, exemplo claro sobre essa formatação historicista em: LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004, p. 69. Informa a autora: “Nos três primeiros séculos, após sua descoberta, o Brasil foi governado por leis portuguesas. Tanto as Ordenações Afonsinas como as Manuelinas trataram do direito de recorrer. Havia o direito de apelar das sentenças definitivas de mérito. As Ordenações Filipinas também reconheciam o direito de recorrer. O livro III das Ordenações disciplinava o Direito Processual Civil enquanto o Livro V tratava do Direito Processual Penal”. Nem tampouco foi objeto o reprisar histórico como realizado por CORDERO. Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 380-389.

⁷²⁷ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Vol. III. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 138.

⁷²⁸ WARAT, *op. cit.* 1997, p. 139

⁷²⁹ WARAT, *op. cit.* 1997, p. 140.

É justamente por isso que se propõe um enfrentamento ao opressor no sentido de criar-se uma teoria dos recursos no processo penal brasileiro. Evita-se, aqui, repetir cegamente o passado para retroalimentar uma cultura punitivista. Em que medida se dá a proteção da garantia da pessoa? De que pessoa se fala quando se protege o duplo grau de jurisdição? Quais as limitações de acesso ao segundo grau de jurisdição? Como deve ser estabelecida uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro? Como fazê-lo a partir do ordenamento jurídico brasileiro e da realidade local, submetendo-se essa estrutura aos tratados internacionais de direitos humanos?

4.1 E O SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO?

No segundo capítulo foi demonstrada a impropriedade da afirmação segundo a qual a previsão constitucional do inciso LV, do artigo 5º, da CRFB, (que define que são assegurados aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes) fundamenta a estrutura recursal em sede constitucional, ainda que presente na opinião dos diversos autores.

JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma, quanto ao devido processo legal:

O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna Inglesa: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV), Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e “quando se fala em ‘processo’, e não um simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”⁷³⁰

GILMAR MENDES⁷³¹ é mais explicativo neste ponto: entende que, no inciso XXXV, artigo 5º, CRFB, está prevista de forma clara e inequívoca a tutela judicial efetiva.

Afirma o autor: “no modelo constitucional brasileiro o direito ao duplo grau de jurisdição não se realiza em todos os feitos e em todas as instâncias. Não se reconhece direito a uma contestação continuada e permanente, sob pena de se colocar em xeque um valor da própria ordem constitucional”⁷³², o que afetaria, pois a segurança jurídica e a coisa julgada.

⁷³⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 434-435. Sustenta-se o autor em Frederico Marques.

⁷³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 402.

⁷³² MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, p. 403.

Vai além:

Assim, o Supremo Tribunal Federal tem acentuado a não configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição, a não ser naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito, como nas hipóteses que outorga possibilidade de recurso ordinário ou apelação para instância imediatamente superior (arts. 98, I, 102, II, b; 108, II), ou que institui uma estrutura hierarquizada de instâncias jurisdicionais originária e recursal (arts. 118, 122, 125).

É certo que o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que prevê, no art. 8, 2, h, o ‘direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior’, como garantia judicial mínima ao condenado por crime. Disposição semelhante é contida no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14 § 5º).

O Supremo Tribunal Federal explicitou orientação em face da cláusula contida no Pacto de San José da Costa Rica. Considerou-se que a Constituição Federal prevalece sobre os tratados internacionais. Assim, nos casos em que a própria Constituição prevê julgamento em instância única, as convenções internacionais não seriam aplicáveis.⁷³³

Em momento algum, o autor indica existir previsão constitucional expressa que permita o recurso do Ministério Público em matéria criminal. Inclusive, devem ser frisadas suas próprias palavras: “O Supremo Tribunal Federal tem acentuado a não configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição, a não ser naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito”⁷³⁴.

A Constituição dá legitimidade recursal ao Ministério Público?

ZANOIDE DE MORAES afirma que cabe ao Ministério Público a função de defender os interesses sociais, e o de perseguir o culpado “através da promoção de justas demandas penais de natureza condenatória, não menos intensa é a sua obrigação de também garantir os interesses do acusado que esteja sendo indevidamente processado ou até mesmo punido para além do permitido pela lei.”⁷³⁵

Afirma, ainda, o autor que “entende-se, com maior facilidade, porque esse órgão estará, em regra, legitimado para recorrer no processo penal”⁷³⁶. Com o autor:

Se lhe é imposta, em regra, a função de acusar, vale dizer, de iniciar e promover as ações penais públicas de caráter condenatório; se, eventualmente, também tentará algumas espécies de ações penais declaratórias; e, se, ainda, sempre lhe competirá a função mais ampla de fiscal na aplicação da lei (*custus legis*) nas ações penais de iniciativa pública ou privada e, também na ação de execução penal; conclui-se que sempre lhe caberá a defesa de interesses públicos no processo penal.⁷³⁷

No entanto, parece-nos que tal afirmação não assenta sobre nenhum dispositivo

⁷³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, p. 403-404.

⁷³⁴ *idem.*

⁷³⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 280.

⁷³⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer... op. cit.*, p. 286.

⁷³⁷ *idem.*

constitucional. Para o autor, a legitimação recursal é o poder conferido por legislador “àqueles potencialmente atingíveis pelos efeitos da decisão jurisdicional na esfera dos interesses por eles protegidos, de continuarem a defender esses interesses em fase impugnativa”⁷³⁸.

Entretanto, como Ministério Público é atingido pela decisão, principalmente, no mérito do processo? Insiste-se, ele seria sancionado? Ele teria algum decréscimo patrimonial? Enfim, como seria o Ministério Público atingido por absolvição no processo penal condenatório se não com a possibilidade de pensar que exerceu o poder de ação de forma inútil?

Dessa forma, a conclusão de ZANOIDE DE MORAES de que “impõe-se concluir: àquele órgão público [Ministério Público] deverá ser garantida a possibilidade de continuar a defesa daqueles direitos indisponíveis pela interposição de recurso”⁷³⁹ parece imprópria.

A conclusão estaria respaldada apenas na legitimidade recursal prevista no artigo 577 do Código de Processo Penal. Até porque “possibilidade”, “voluntariedade”, “interesse”, termos próprios aos particulares não se aplicam ao acusador público, já que sua atuação é pautada pela estrita legalidade.

Em sede constitucional, o que se tem no artigo 5º, inciso LV, é a previsão de que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Durante a Assembleia Nacional Constituinte, a redação do inciso LV estava prevista no projeto “A”, com a seguinte redação: “§ 15. A lei assegurará ao cidadão ampla defesa em qualquer processo, com todos os meios e recursos a ela inerentes.”⁷⁴⁰ E depois recebeu no projeto “B” sua redação final⁷⁴¹.

Do texto definitivo, restou, pois, a regra de garantia que assegura aos litigantes a ampla defesa, o contraditório com os meios e recursos a ela (ampla defesa) inerentes. Aos acusados, fica também garantido o contraditório, a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. A que o texto constitucional se refere quando afirma os meios e recursos a ela inerentes? Isso foi discutido pela Comissão de Redação final da Assembleia Nacional Constituinte⁷⁴². No debate, concluiu-se, que estes meios e recursos se destinam à proteção da

⁷³⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer...* op. cit., p. 286.

⁷³⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer...* op.cit.,p. 286-287.

⁷⁴⁰ Redação trazida na ata da 26ª Reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, datada de 23 de maio de 1987, p. 255, disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/ComESub.pdf>>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁷⁴¹ Informação acerca das proposições disponíveis em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/volumeI.pdf>>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁷⁴² Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>, acesso em 20 de julho de 2017.

ampla defesa⁷⁴³.

A palavra recursos utilizada pelo enunciado está diretamente relacionada a meios, ou seja, modos de exercício da ampla defesa. É certo que subverter essa interpretação seria o mesmo que tão somente fazer uma busca por signos e supor que isso pode se aplicar ao acusador público. Parece-nos que, pela interpretação do texto constitucional, que caberia ao acusador apenas quando atue em prol da ampla defesa dos acusados, o que não é comum no processo penal.

Sobre as fontes normativas dos recursos, parte da visão tradicional entende que pode ser extraído do artigo 22, CRFB, o qual determina, no inciso I, que compete privativamente à União a tarefa de legislar sobre direito processual penal; ou do Capítulo III do Título IV, que trata do poder judiciário; ou, ainda, dos artigos 102 e 105, que definem a competência para os recursos extraordinário, especial e recurso ordinário; e, por fim, do inciso LV, do artigo 5º, CRFB⁷⁴⁴.

Contudo, a Constituição é silente no que diz respeito à legitimidade do acusador

⁷⁴³ A discussão sobre o dispositivo ficou assim registrado: “O SR. CONSTITUINTE RICARDO FIÚZA: – Retiro a sugestão, Sr. Presidente. Minha preocupação é só com o tempo. Vamos ao art. 5º, inciso LV, pág. 17. O texto diz: “...são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Entendo que é “a eles inerentes”, ao contraditório e à ampla defesa, e não “a ela”. Trata-se dos acusados, dos litigantes. O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – A referência não é à ampla defesa? O SR. CONSTITUINTE RICARDO FIÚZA: – Os juristas entendem que é ao contraditório e à ampla defesa, e fica “a ela” mesmo? Pretendo mudar a expressão “a ela” para “a eles”. (Apartes paralelos inaudíveis por seres concomitantes.) O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Não é bem uma questão de concordância, não. Isto traz conseqüências. Tenho a impressão de que a alteração proposta enfraquece a defesa. Ela é que tem de ser ampla, irrestrita. O SR. CONSTITUINTE PLÍNIO ARRUDA SAMPAIO: – Tendo a concordar com V. Ex.ª, Sr. presidente. A que se quer dar meios e recursos é à ampla defesa. O contraditório já é em si o fato de que há uma parte outra. O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: – Sr. Presidente, aqui há dois princípios distintos. Um é o princípio do contraditório, o chamado *due process of law*, do Direito americano. Outra coisa é a defesa, que é uma das formas exatamente de se assegurar o processo. Ou seja, o contraditório, em que se insere a defesa, também sejam a eles assegurados os meios e recursos, ao contraditório inerente. Assegurar os meios e recursos inerentes ao contraditório e à defesa. O SR. CONSTITUINTE RICARDO FIÚZA: – É exatamente este aspecto que quero ressaltar. O SR. CONSTITUINTE HAROLDO LIMA: – Sr. Presidente, essa explicação, parece-me, reforça a idéia de se colocar “a elas inerentes”. O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: – Ao contrário, “a eles inerentes”, porque a expressão é mais abrangente. Alcança a defesa e o contraditório. O SR. CONSTITUINTE PLÍNIO ARRUDA SAMPAIO: – Pergunto ao Constituinte Nelson Jobim quais são os recursos do contraditório? O SR. CONSTITUINTE HAROLDO LIMA: – O que o Constituinte Nelson Jobim acentua é que “a eles inerentes” reforça o contraditório ao lado da defesa, e o que foi aprovado é reforçar a defesa, e não o contraditório. O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: – Mas se assegura a defesa, quando se assegura a manutenção integral do contraditório. Esse é o ponto. É o chamado “devido processo legal”. Não se pode suprimir os recursos do “devido processo legal”... O SR. CONSTITUINTE HAROLDO LIMA: – Mas ninguém está propondo suprimir. Está-se propondo reforçar a defesa. O contraditório está acertado. Vamos reforçar a defesa, a mais ampla possível. O SR. RELATOR (Bernardo Cabral): – Chamaria a atenção do eminente Líder Constituinte Nelson Jobim para que no texto os meios e recursos são para a ampla defesa. O contraditório não necessita. Aqui é “a ela”. O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Está bem assim? Então, a redação fica como está no texto. (Pausa) Aprovado.

⁷⁴⁴ Muitos autores ignoram a convencionalidade e se sustentam como fonte dos recursos apenas a Constituição, por todos, ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36-37.

público recorrer no processo penal. Os artigos 127 e seguintes da carta constitucional não dão ao Ministério Público legitimidade recursal.

A dúvida a ser resolvida é se é possível concluir que o acusador público seria litigante no processo penal. Evidente que não. Litigante é um termo vinculado a quem está em litígio, a quem pesa a discussão de uma lide, o que talvez seja aplicável ao Ministério Público se parte em algum processo fora da seara penal.

No capítulo primeiro já se estabeleceu que o processo penal é regido por bases próprias e que lide é termo impróprio para o processo penal⁷⁴⁵. Portanto, não se aplica ao direito processual penal.

Litigante tem origem etimológica no verbo litigar que deriva do latim *litigare*. Lide, a seu turno deriva do latim *lite*⁷⁴⁶ que significa querela, disputa, debate perante o juiz, contestação em justiça. Litigar é traduzido para o latim pelo verbete *litigare*, e litigante se traduz pelo palavra homônima em italiano⁷⁴⁷. Lide⁷⁴⁸, o mesmo que “lida”, pela etimologia em português, significa trabalho, tarefa, ofício. Do verbete *lite*⁷⁴⁹ no dicionário etimológico italiano representa a ideia *combattimento* (luta, batalha), *dibattimento* (julgamento, debate), disputa, discórdia, luta e controvérsia jurídica⁷⁵⁰. *Litigare*⁷⁵¹ significa *contendere* (litígio, discutir), *contrastare* (combater, contrariar), *piatire* (sofrer consequências). *Litígio*⁷⁵² difere-se de lide o primeiro é o termo que se repete muitas vezes, frequentativo. Ou seja, todos os termos apegados ao processo civil, despegados de significado para o direito processual penal. Litigante, por fim, é “parte que discute, pleiteia, debate, que apresenta litígio, processo perante um tribunal.”⁷⁵³

⁷⁴⁵ Sobre o tema ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Lide e o conteúdo do processo*. Curitiba: Juruá, 1989.

⁷⁴⁶ MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Vol. III. Lisboa: Livros Horizonte, 1977, p. 418 e 430.

⁷⁴⁷ PABLAGRECO, Carlo. *Dizionario portoghese – italiano/ italiano-portoghese*, Milano: Antonio Vallardi Editore, 1974, p. 371.

⁷⁴⁸ BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. Vol. 5. Santos: Editora Brasília, 1974, p. 2162.

⁷⁴⁹ PIANIGIANI. *Il vocabolario etimologico di Pianigiani*. Disponível em: <<http://www.etimo.it/?cmd=id&id=9943&md=b2e0c3bcd2e03a5ee70555e187346c1>>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁷⁵⁰ PIANIGIANI. *Il vocabolario etimologico di Pianigiani*. Disponível em: <<http://www.etimo.it/?cmd=id&id=9941&md=d48e52909c628d5b21f5e4a7d23c2952>>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁷⁵¹ PIANIGIANI. *Il vocabolario etimologico di Pianigiani*. Disponível em: <<http://www.etimo.it/?cmd=id&id=9943&md=b2e0c3bcd2e03a5ee70555e187346c1>>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁷⁵² PIANIGIANI. *Il vocabolario etimologico di Pianigiani*. Disponível em: <<http://www.etimo.it/?cmd=id&id=9944&md=1db18a514dce58c9bbb2dd02969bc2c6>>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁷⁵³ BUENO, Francisco da Silveira. *op. cit.*, p. 2194.

Mesmo que não fosse suficiente, a Constituição foi expressa. A ampla defesa não é exercida pela acusação e sim, meio que por óbvio, pela defesa, devendo ser a mais ampla e irrestrita possível, como discutido na subcomissão de redação acima referenciada. Eventualmente, poderia o acusador atuar em prol da defesa? Sim, pois assim permite a carta constitucional.

Isso porque a Constituição acaba por silenciar quanto a atuação do acusador público para recorrer. Antes da vigência da carta de 1988, a estrita legalidade que permitia que o Ministério Público recorresse era preenchida pelo Código de Processo Penal. A partir da submissão à competência da Corte Interamericana, derivada da carta em que o Brasil assumiu esta obrigação convencional-internacional, e da integração ao ordenamento jurídico pátrio do Pacto de San José da Costa Rica pelo Decreto 678/92, tornou-se imperiosa uma interpretação diferente sobre o segundo grau e, como consequência, quanto à legitimidade recursal do Ministério Público, mormente pela natureza da Convenção, ainda que incorporada antes da Emenda Constitucional n. 45/04.

A previsão do segundo grau de jurisdição está definida e fundamentada, desse modo, na Convenção Americana de Direitos Humanos. O artigo 8º (o qual define quais as garantias judiciais o Estado está obrigado a assegurar), em seu item 2⁷⁵⁴, trata das pessoas acusadas e dispõe que toda pessoa tem a garantia mínima de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Este é o sentido mínimo que se pode extrair do Pacto. De tal medida é indispensável perceber que a “natureza jurídica” do recurso, portanto, só pode ser a de garantia judicial da pessoa.

O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, também usualmente nominado de Pacto de San José da Costa Rica) pelo Decreto Legislativo nº 27/1992 e a promulgou pelo Decreto Executivo nº 678, de 1992, no qual está “assumindo a obrigação internacional de assegurar (*shall secure*) o seu cumprimento, a ela vinculando-se.”⁷⁵⁵

Muito embora o Brasil tenha reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (após ter emitido a respectiva Carta de Reconhecimento, depositada na OEA com reserva de reciprocidade⁷⁵⁶), a proteção dos direitos humanos é deficiente e se faz

⁷⁵⁴ Artigo 8. 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.

⁷⁵⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2 ed., 2015, p. 7.

⁷⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *op.cit.* p. 8.

necessário estabelecer “mecanismos internacionais e internos para garantir e dar efetividade aos direitos humanos e fundamentais (observatórios, monitoramento, também com funções propositivas)”⁷⁵⁷.

É indiscutível que as decisões dos casos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) são fontes de direito e estas podem e devem enunciar direitos não contemplados expressamente no tratado, na convenção ou que estejam diretamente relacionados a ela. “Reconhece-se, então, uma verdadeira norma material convencional obrigatória (‘norma subconvencional’). Também, alguma cláusula aberta do Tratado ou da Convenção pode vir a ser interpretada de forma estável, subsidiando juízes e tribunais”⁷⁵⁸ daqueles que se submeteram à competência da Corte Interamericana.

Como informa NEREU GIACOMOLLI, “o Brasil, ao ratificar a CADH, assumiu a obrigação convencional-internacional de cumpri-la, de fazer cumpri-la em todo o seu território e por todas as suas instituições, poderes, agentes públicos e cidadãos.”⁷⁵⁹ O que decorre da sua previsão inicial, como previsto nos artigos 1.1 e 2.1 da própria CADH.

Pode-se pensar que a CADH não teria incorporado o rol de garantias individuais da Constituição, uma vez que a alteração constitucional sobre a incorporação de garantias individuais pela Constituição da República só teria sido modificada em 2004, ou seja, após a ratificação da Convenção. Ocorre que, materialmente, a Convenção adere à Constituição como se houvesse passado pelo procedimento previsto no artigo 5º, parágrafo segundo. Nesse mesmo sentido também se posiciona FLAVIA PIOVESAN⁷⁶⁰.

Diria VALÉRIO MAZZUOLI que:

Falar em controle da convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical material das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Significa também, falar especialmente em técnica judicial (tanto internacional como interna) de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais.⁷⁶¹

Além disso, mesmo que haja variação no tratamento que a Constituição dispensa ao uso dos termos tratados internacionais, convenção internacional, acordos internacionais, compromissos internacionais, todos estes são equivalentes⁷⁶².

⁷⁵⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *op.cit.* p. 9.

⁷⁵⁸ *idem.*

⁷⁵⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *op.cit.* p. 10.

⁷⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. In: IBCCRIM, *Boletim nº 153*, agosto de 2005.

⁷⁶¹ MAZZUOLI, Valério. de O. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4ª ed ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 31.

⁷⁶² RAMOS, André de C. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 359-360.

Ingo Sarlet afirma que: “Corretamente batizado de uma cláusula inclusiva, que repudia a ideia de uma exaustividade (ou taxatividade) do catálogo constitucional de direitos”⁷⁶³ e, ainda que “o referido dispositivo constitucional segue desafiando doutrina e jurisprudência, especialmente quanto a sua real abrangência e significado.”⁷⁶⁴

Apesar disso tudo, VALÉRIO MAZZUOLI explica que

Ademais, foi tão somente a partir de 2006 que a Corte Interamericana passou a entender ser obrigação dos juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis domésticas com a Convenção Americana, levando em conta tão somente a Convenção, senão também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, interprete última e mais autorizada do Pacto de San José. Assim, a partir daquele momento (2006), a Corte Interamericana transportou a obrigatoriedade de controle de convencionalidade dessas mesmas leis, de forma prioritária, para o Poder Judiciário dos Estados-partes (o que não havia feito expressamente até então). Tempos depois (no Caso Gelman Vs. Uruguai, de 2011) a mesma Corte ampliou a obrigatoriedade do exercício desse controle para todos os órgãos do Estado, para além, apenas do Judiciário.⁷⁶⁵

Mesmo que a Corte Interamericana não represente uma instância recursal sobre as decisões de tribunais internos, existe a possibilidade de avaliação de suas decisões face à CADH, notadamente em razão da previsão do artigo 8º e, embora avalie-se as decisões dos tribunais quanto às garantias processuais, a Corte não detém meios para executar diretamente suas decisões, apenas podendo requerer a intervenção da Organização dos Estados Americanos, que é um órgão político, mas sem imperatividade⁷⁶⁶.

Há quem afirme que “não há dúvidas de que a Constituição recepcionou e prestigiou o princípio do duplo grau de jurisdição, entretanto, não o elevou a garantia.”⁷⁶⁷ Apesar do tratamento convencional sobre o assunto.

Feita esta digressão, é importante indagar: quais são as possibilidades de interpretação da norma referente ao segundo grau de jurisdição da Convenção Americana de Direitos Humanos?

Ela vem estabelecida com o seguinte texto, em seu artigo 8º:

Artigo 8. 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

⁷⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Uma Constituição aberta a outros direitos fundamentais?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁷⁶⁴ *idem.*

⁷⁶⁵ MAZZUOLI, Valério, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. *Tratados, op.cit.*

⁷⁶⁷ Muito embora MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do código de processo civil.* São Paulo: Atlas, 2006, p. 27 trate no livro acerca da reforma do Código de Processo Civil, é simplista pensar que o segundo grau de jurisdição não seja garantia, já que garante a pessoa, conforme determinação constitucional e convencional.

tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:(...)
h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Ao se traduzir tal previsão em um texto dissertativo, tem-se que o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior é garantia judicial mínima de toda pessoa, com destaque para aquela que for acusada de delito.

O Pacto, em momento algum, definiu que o recurso é garantia da sociedade contra o acusado. A previsão expressa dita justamente o contrário, afirmando que essa é somente uma garantia judicial da pessoa. Essa interpretação deve ser associada, ainda, à obrigatoriedade de preservação do duplo conforme.

O ordenamento não prevê a possibilidade de, em caso de majoração de pena em grau recursal ou de conversão de uma absolvição em condenação, uma forma de proteger a pessoa da nova condenação, além, é claro de ferir a proteção da *non bis in idem*.

Os suportes teóricos tradicionais afirmam existir a possibilidade de utilização do segundo grau de jurisdição contra a pessoa. Burocratiza-se o acesso ao segundo grau de jurisdição, com o estreitamento dos requisitos de admissibilidade, ainda que lastreados por pseudoprincípios e categorizações excessivas, que somente reverberam uma cultura protocolar e inibidora do acesso a instância superior.

O segundo grau deve deixar de ser o que tem sido até hoje: um entrave para “proteger” o Estado contra o réu, vindo a se tornar uma proteção do réu contra o Estado.

O primeiro escrito no Brasil sobre a limitação de recorrer para o segundo grau de jurisdição como um direito do acusado (interpretação a partir da previsão da CADH) foi desenvolvida por GERALDO PRADO⁷⁶⁸ em artigo publicado em 2001. Tal artigo foi inspirado nos estudos de JULIO MAIER⁷⁶⁹, que, trabalha com a ideia desde 1996. Antes disso não se tem notícia de ninguém tratando do assunto, no âmbito da CADH⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ PRADO, Geraldo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em Homenagem às idéias de Julio B.J. Maier*. In BONATO, Gilson. *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 105 e ss.

⁷⁶⁹ MAIER, Julio B.J. *Derecho procesal penal*. Tomo I – Fundamentos. 2 ed. 3 reimpressão. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

⁷⁷⁰ Isso rechaça qualquer pretensão de se pensar o segundo grau de jurisdição como proteção da pessoa enquanto cópia ou inspiração do modelo estadunidense. Neste caso, discutir a falta de legitimidade do Ministério Público para recorrer pode parecer ter sido o motivador de teses da Defensoria Pública do Estado do Paraná, como se percebe na notícia relatada por promotor de justiça e publicado na Gazeta do Povo, Disponível em: <<http://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 5 de julho de 2017. Esse raciocínio, no entanto, denota uma visão colonizada, simplificadora e punitivista. O que causa estranheza é que, mesmo para quem assim pensa, deveria haver, antes de tudo, a compreensão de que limitar o acesso ao segundo grau de jurisdição somente ao réu não induz, em hipótese alguma, a criminalização, uma vez que o número de presos dos Estados Unidos é dos mais alarmantes no mundo. Dados retirados do relatório do Prison Studies demonstram que os Estados Unidos detém mais de 2.2 milhões de presos. Disponível em:

O respeito às garantias individuais tem efeito refratário no sistema jurídico brasileiro. Para se exemplificar, basta observar a audiência de custódia, a qual demorou décadas para ser implementada no país, a despeito da expressa previsão na CADH e só o foi por meio de normativa derivada do judiciário, sem previsão expressa em qualquer documento do legislativo⁷⁷¹.

Segundo JULIO MAIER “uma pessoa julgada tem no procedimento penal, entre outros direitos, o ‘Direito de recorrer de sentença perante juiz ou tribunal superior’. Em princípio a regra se impõe, já que se refere ao culpado por um delito, a uma sentença condenatória”⁷⁷².

O autor⁷⁷³ afirma, ainda, que a mesma previsão é encontrada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que trata, no seu artigo 14, item 5, que “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.”⁷⁷⁴

Da interpretação conjunta (da CADH e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) JULIO MAIER⁷⁷⁵ afirma que ambos são aplicados na Argentina, no sentido da adoção da mesma fórmula sobre o segundo grau de jurisdição. Há de se concluir, portanto, que essas normas também se aplicam ao caso brasileiro, já que os mesmos pactos também são vigentes no Brasil e não são contrários, ao previsto na Constituição.

GERALDO PRADO compartilha da opinião de JULIO MAIER, pois sustenta 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 princípio do duplo grau de jurisdição é *exclusiva da defesa*”⁷⁷⁶.

Parece reducionista se pensar que o estabelecimento do segundo grau como garantia da pessoa acusada seria corolário ou importação de qualquer compreensão estadunidense. Ainda mais porque tal país sequer é signatário do Pacto de San José da Costa Rica.

<http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁷⁷¹ Sobre o assunto consultar o próprio documento do Ministério da Justiça, elaborado em 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁷⁷² MAIER, Julio B.J. *Derecho procesal penal... op.cit.*, p. 708. Tradução livre de: “una persona juzgada tiene el procedimiento penal, entre otros derechos, o “Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”. La regla alude, en principio, porque se refiere al inculpado por un delito, al fallo condenatorio.”

⁷⁷³ *idem*.

⁷⁷⁴ Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>, acesso em 7 de julho de 2017.

⁷⁷⁵ MAIER, Julio B.J. *Derecho procesal penal... op.cit.*, p. 708.

⁷⁷⁶ PRADO, Geraldo. *Duplo grau de jurisdição... op.cit.*, p. 114.

Muito embora diversas interpretações possam surgir de um texto, o estabelecimento do Pacto de San José da Costa Rica na realidade brasileira torna indispensável a mudança de postura da jurisprudência e da prática judiciária. Antes, alertou-se sobre a quantidade de processos existentes no Brasil (primeiro capítulo), além das várias pontuações sobre o senso comum teórico acerca dos recursos (tratados no segundo capítulo) e o claro problema destacado no terceiro capítulo, sobre a presunção de inocência. Não há, nesse contexto, outra solução mais evidente: é preciso diminuir o número de processos em curso e, especialmente, daqui se trata dos que seguem para o segundo grau de jurisdição. Poderia a solução atentar contra a pessoa que se deve proteger?

A forma de pensar o segundo grau de jurisdição como garantia do acusado também foi esposada por RUBENS CASARA⁷⁷⁷, em artigo publicado em 2009. Posiciona-se esse autor no sentido de que as convenções internacionais fixam a compreensão de que é direito do condenado e, ainda, que são necessárias, no mínimo, duas sentenças de condenação coincidentes para que se possa executar uma pena⁷⁷⁸, ou seja, é indispensável que se preserve o duplo conforme.

O pacto fala nominalmente que o segundo grau de jurisdição é garantia de toda pessoa e não somente daquela que havia sido condenada. A pessoa que recebe a condenação penal e por consequência uma sanção, a qual sofre com a existência de um processo é a pessoa do acusado.

O processo no qual se decide sobre um caso penal, ou seja, que resolve sobre o fato histórico que tenha aparência delitiva, diz respeito somente a uma pessoa (ou pessoas), que é aquela que se defende e que pode vir a sofrer as consequências da sanção penal. Por isso, conclui-se que a única pessoa que pode interpor recurso (frente à própria coação penal) é o réu, que pode vir a ser condenado.

E quanto ao Ministério Público? Ele não representa a pessoa? Não! O Ministério Público é o legitimado em nome da sociedade para tornar o Estado presente em algumas situações, especialmente na esfera penal, onde é o “dono” da ação por definição constitucional, ou seja, naqueles casos em que o Estado proibiu alguma conduta especialmente relevante para a sociedade e que é, portanto, prevista como crime.

Por isso, os autores referenciados, MAIER, PRADO e CASARA, têm certa razão ao concluir que a esfera de proteção da pessoa, pelo segundo grau de jurisdição, no processo

⁷⁷⁷ CASARA, Rubens R.R. *O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição*: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia*: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁷⁷⁸ *idem*.

penal, teria somente o réu como legitimado para a interposição de recursos. Ou seja, somente a pessoa seria detentora do direito subjetivo de ressubmeter o processo ao segundo grau de jurisdição.

A limitação necessária, portanto, do acesso ao segundo grau de jurisdição para o Ministério Público é pautada no estabelecimento do princípio da legalidade. Não há previsão constitucional nem convencional a legitimar o Ministério Público para recorrer de sentença penal condenatória ou absolutória. Existe somente a previsão infraconstitucional de 1941, do Código de Processo Penal.

De fato, o artigo 577, do Código de Processo Penal prevê a legitimidade recursal do Ministério Público, mas essa legislação é contrária ao que ditam as demais previsões acima informadas. A previsão do Código de 41 faz do segundo grau de jurisdição uma instância de perpetuação do sofrimento da pessoa, invariavelmente o contrário do que definem as previsões convencionais de garantia da pessoa.

AFRÂNIO SILVA JARDIM entende que “O Ministério Público tem interesse em recorrer sempre que a via recursal seja o caminho útil e necessário para a tutela do ordenamento jurídico, ainda que isto venha em proveito do réu”⁷⁷⁹.

Sobre interesse em recorrer, é preciso recuperar, ainda, o que sustenta ZANOIDE DE MORAES, que afirma:

Contudo, por motivos de política legislativa⁷⁸⁰ em algumas hipóteses lhe é retirado o poder de impugnar. Assim, para a sua legitimação recursal deve vigorar a seguinte

⁷⁷⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *O Ministério Público e o Interesse em Recorrer no Processo Penal*. In: Revista Justitia. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 47 (131), 1985, p. 405-412, especificamente p. 410. Esta visão não distancia em nada da que foi esposada por Magalhães de Noronha, o qual se escora nas lições de MANZINI, em NORONHA, Edgard Magalhães de. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 336, o qual narra: “A regra de que a titularidade do direito de recorrer cabe a quem tiver interesse na reforma ou modificação da decisão é consagrada no § único do art. 577. Além disso, como doutrina MANZINI, ‘O interesse em impugnar deve ser direto. Pode reconhecer-se interesse direto em impugnar somente quando há possibilidade de providência e, eventualmente, também das razões aduzidas pela parte’. Não obstante, como ainda lembra o eminente professor, ‘Em relação ao Ministério Público, o requisito do interesse para recorrer deve considerar-se com maior amplitude do que em relação às outras partes, já que o Ministério Público, na esfera de sua função, tem sempre interesse em que se aplique exatamente a lei’. E mais adiante: ‘Porém, como o Ministério Público tem sempre interesse na exata aplicação da lei, deve reconhecer-se-lhe o direito de recorrer da impugnação possam ceder em favor do impugnado. Quem está encarregado de vigiar, pela exata observância da lei, não pode estar obrigado a deixar passar erros de direito somente porque o corrigi-los produziria vantagem ao imputado’. Essa função do Ministério Público é expressamente dita no art. 257, consoante já se teve ocasião de ver”. E a mesma opinião também é apresentada por MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação...op. cit.*, p. 298, quando narra que “o fato de o recurso ministerial ser contrário ou favorável aos interesses do imputado é uma contingência que jamais poderá orientar ou influir no agir daquele órgão público”.

⁷⁸⁰ Nota de rodapé do próprio autor informa: “Exatamente por isso sua legitimação recursal sempre vem definida expressamente nas normas gerais dos capítulos recursais; cf. o art. 577 do Código de Processo Penal, o inc. III do art. 68, da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal e, ainda, o § 1º, do art. 82, da Lei 9.099/95 (Lei dos juizados especiais cíveis e criminais).”

regra: pelos motivos já expostos, sempre lhe é conferida legitimação recursal,⁷⁸¹ exceção feita aos casos em que, de modo expresso ou por coerência sistêmica, o legislador tenha-lhe vedado a o direito ao recurso. A ilegitimidade recursal do Ministério Público, portanto, ocorre em moldes negativos; é dizer, sempre estará legitimado, exceção feita às hipóteses em que, por vedação epressa ou sistêmica, o próprio legislador lhe retire tal atribuição.⁷⁸²

Há que se ressaltar que interesse em recorrer, nesse caso, seria o mesmo que interesse de agir⁷⁸³. Por serem importadas do direito processual civil, estas categorias são inaplicáveis ao direito processual penal. Facultar-se, ao acusador tal interesse é impróprio na estrutura científica do processo penal.

Nota-se, então, que a ancoragem da razão de se fundamentar o acusador público como legítimo para impetrar recurso está unicamente no artigo 577, do Código de Processo Penal. A Constituição não autoriza essa legitimação expressamente. Prevê, somente, o texto constitucional que os acusados terão assegurados a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

O próprio autor⁷⁸⁴, como já indicado, informa que, por vedação expressa ou sistêmica, estaria limitada a atuação do acusador público. Passa a ser indispensável, então, analisar se ao Ministério Público é sempre conferida a legitimidade recursal, com base no único artigo de lei infraconstitucional que fala sobre o assunto ou se a norma em questão deve ser condicionada pelo marco constitucional e, após a submissão do Brasil à CIDH, ao marco da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Sobre o tema, é necessário recuperar a lição de JACINTO COUTINHO, que esclarece que “a competência ou atribuição dos órgãos da administração é exclusiva de quem a detêm e excludente dos demais”⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ Nota de rodapé do próprio autor informa: “Até mesmo porque sua atribuição legal encontra-se prevista no *caput* do artigo 577, do Código de Processo Penal, cuja topologia (encartada nas disposições gerais dos recursos) induz o exegete a supor uma legitimação com incidência a toda e qualquer espécie de recurso prevista naquele diploma legal. Nesse sentido. Afrânio Silva Jardim, ‘o Ministério Público’, cit. item 2.”

⁷⁸² MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação... op. cit.*, p. 287.

⁷⁸³ “A partir dessa classificação, categorias que dizem respeito ao processo civil, como é o caso do interesse de agir, perdem a razão de ser, em função da indefectibilidade da jurisdição penal.” KHALED JR. Salah. *Justiça social e sistema penal II: ação jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 96. No mesmo sentido se as digressões feitas por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira, já tratados no capítulo inaugural da tese.

⁷⁸⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação... op. cit.*, p. 287.

⁷⁸⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *PEC 37 Críticas tecidas pelo Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rLe81qxca7s>>, acesso em 20 de julho de 2017. Aos 23 minutos e 33 segundos transcrição do vídeo: “A matéria é uma matéria de lei. E a regência dessa matéria (...) é dada por uma questão primária que se aprende no primeiro ano da faculdade, com o professor de Direito Civil. A regência da matéria diz respeito a atuação dos órgãos do Estado. E o que rege essa matéria no Direito é uma dualidade de princípios: o princípio da compatibilidade e o princípio da conformidade. Porque? Porque desde o início da modernidade todo mundo sabe, pelo menos, que ao particular é possível fazer tudo aquilo que não está proibido em lei. É um princípio de compatibilidade. (...) De outro lado faz a regência de tudo aquilo que é um pouco do sentimento de liberdade com a qual precisamos nos comportar em sociedade e com os laços que

Desta reflexão, pode-se chegar à conclusão de que, como há um silêncio constitucional, a única previsão, que se poderia considerar seria a do comentado artigo 577, do Código de Processo Penal⁷⁸⁶. Contudo, o Pacto de San José modifica os contornos do sistema de recursos.

Um exemplo concreto extraído da comparação com outros sistemas latinoamericanos a justificar a possibilidade de se enxergar o segundo grau como garantia da pessoa é aquele previsto no Código Processual Penal da Província de Neuquén, na Argentina⁷⁸⁷. Essa norma teve clara inspiração da doutrina de JULIO MAIER. De acordo com o Código de Nequén, só existem duas possibilidades para o acusador recorrer de sentença absolutória: quando houver

travamos nela. Você precisa se sentir livre (...). Para poder entender o princípio da compatibilidade. Você é livre? Se é livre deve ser tomado assim. Liberté que é o princípio que está lá expresso na base francesa faz muito sentido para nós porque efetivamente aponta numa direção de igualdade que se pode ter em face da lei e por conta da lei. Por isso, igualdade liberdade e fraternidade são os pilares de sustentação da qual a sociedade deveria se reger. Porque falar daquilo que rege a sociedade civil, por que falar daquilo que rege o comportamento das pessoas na sociedade? Porque o outro pilar disso está voltado exatamente para o outro lado, um lado tão caro na estruturação da modernidade que foi a Constituição do Estado. Como se criou alguma coisa feita a imagem e semelhança a cada um de nós que pudesse ter uma personalidade, que não fosse a nossa, como a personalidade juridicamente constituída, por isso uma pessoa jurídica, pois é preciso definir qual é o espaço e nessa hora, como se tratava de uma ficção o que veio desde logo (...) a primeira coisa que vem a mente é que se está sendo criado uma pessoa jurídica por uma ficção ela não é em si, não vai agir por si. Alguém vai agir por ela. Quem vai agir por ela? Os órgãos agem por ela. Os órgãos atuam no lugar dela, não a representando propriamente dito, mas diria apresentando-a. Ela está lá agindo, o próprio Estado agindo, ela é presente lá. Apresenta-a, dirá Pontes de Miranda, o órgão apresenta o Estado. Mas se o órgão apresenta o Estado é preciso que a liberdade que ele encontra para agir é uma liberdade, e que seja uma liberdade diferenciada. Evidentemente que por ser uma ficção e não ser essa pessoa da ficção, quem apresentando-a for agir precisa agir desde outro lugar. Que não é o lugar da compatibilidade, a qual pode fazer tudo que não esteja proibido em lei. Mas é o lugar da conformidade: você pode fazer tudo o que está estabelecido na lei, delimitado, e aí, permitido na lei. (...) Para marcar expressamente algo que é basilar (...) da coisa. O que você irá fazer, está permitido? Conformidade desde este ponto de vista é um princípio, dentre outras coisas, que ilumina determinada forma de agir e garante que quem age e contra quem ele eventualmente age. Porque quando você contesta os atos, ou a higidez dos atos, vocês sabem que a forma é o *modus* pelo qual alguma coisa de substancial, ou de “substância”, se poderia tomar de um ato. Como se controla isso se não pela higidez que ele possa ter em face da conformidade, em razão daquilo que é a própria previsão que se tem. Como um possível e não como um definitivo. (...). Se pensar a extensão que pode ter determinado ato e a relevância daquilo que é o arsenal jurídico que deve ter ele [o ato] de modo tal a poder responder pela higidez. Nesse vão que se discute a extensão que pode ter. Mas não duvidem, aquilo que não está autorizado para os órgãos do Estado está proibido! Você quer fazer alguma coisa? Quer ter uma conduta naquela direção? (...) Você tem que ter autorização expressa. Essa é digamos assim a grande diferença. É por isso que, escutem bem, em termos de Direito Público estou preocupado em (...) concertar, fazer um concerto, dos fundamentos que justifiquem pautado na decisão e que ela não seja uma decisão qualquer. Nos termos de Direito Público a competência dos órgãos jurisdicionais, a atribuição dos órgãos do poder executivo é exclusiva de quem os detêm e excludente dos demais. Repetindo: a competência ou atribuição dos órgãos da administração é exclusiva de quem a detêm e excludente dos demais.”

⁷⁸⁶ O senso comum teórico a respeito da legitimidade recursal sem qualquer crítica a limitação do recurso ao acusador public pode ser visto em: RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 997. Outra obra que compõe o senso comum teórico é de PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21 ed. São Paulo, Atlas, 2017, p. 951 e seguintes, na qual o autor sequer trata do artigo 577 e, simplesmente trata acerca da disponibilidade do recurso obstada ao acusador público, o que denota ter, então legitimidade para recurso já que não se pode dispor aquilo que não detem.

⁷⁸⁷ Província de Neuquén, “Artículo 237 Sentencia absolutoria. La sentencia absolutoria podrá impugnarse únicamente por el fiscal y por la parte querellante que acusó por los siguientes motivos: 1) Arbitrariedad de la sentencia. 2) Apreciación absurda de las pruebas recibidas en el juicio.” Disponível em: <<http://www.adepra.org.ar/wp-content/uploads/2016/11/Neuquen-CPP.pdf>>, acesso em 09 de julho de 2017.

arbitrariedade da sentença ou quando a apreciação das provas recebidas em juízo tenha sido absurda.

Os ávidos defensores da ampla legitimidade recursal para a acusação sustentam seu apelo punitivista com argumentos retóricos como o da possibilidade de corrupção do juiz. Este mesmo argumento parece frágil e tautológico, pois não dá conta de resolver o problema da possível corrupção nos casos em que o acusador “deixa” de recorrer, em caso de absolvição de um acusado ou condenação “branda”.

Apenas exemplificativamente, deve-se atentar para a notícia de que o Procurador Geral da República “perdeu o prazo” e não recorreu da decisão do Superior Tribunal de Justiça na Operação Satiagraha⁷⁸⁸. Ou, então, atente-se para a “perda de prazo” para o Ministério Público Federal recorrer das condenações da Odebrecht⁷⁸⁹. Houve “perda de prazo” quando deveria ter impetrado recurso? Então neste caso deixaram de praticar ato de ofício quando deveriam? A isso, as normas penais já definem tipicidade suficiente.

É preciso lembrar que todo poder deve vir acompanhado de uma espécie de controle. Então, como controlar os casos que o acusador público “deixa” de impetrar recurso e “deveria”? Eis aí uma questão insolúvel aos adeptos de uma visão não convencional do segundo grau de jurisdição.

Não há controle para o acusador que perde prazo para impetrar recurso. Não há controle sobre o acusador que deixa de impetrar recurso em uma sentença com valoração absurda de provas. Não existe controle para o acusador que deixa de impetrar recurso quando houver arbitrariedade da sentença. Não há controle para os casos em que o acusador deixa de oferecer recurso por possivelmente ter praticado crime de corrupção, já que a herança da teoria geral do processo para os recursos no processo penal sustenta que os recursos são voluntários. Ora, acusação pública e voluntariedade são incompatíveis!

Há compatibilidade possível de voluntariedade na atuação estatal? Não, não há. Especialmente porque não se pode transpor a lógica do direito processual civil para o direito processual penal.

Pois bem, se não é possível avaliar o grau de voluntariedade, é sinal de que a ficção científico-jurídica para explicar os eventos positivados é imprópria e deve ser afastada. A

⁷⁸⁸ Notícia publicada pelo CONJUR. *PGR perde prazo e não recorre de decisão do STJ*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-27/pgr-perde-prazo-recorrer-decisao-anulou-operacao-satigraha>>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁷⁸⁹ Notícia disponibilizada na VEJA. *MPF perde prazo para recorrer de condenações da Odebrecht*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/mpf-perde-prazo-para-recorrer-de-condenacoes-da-odebrecht-2/>>, acesso em 20 de julho de 2017.

característica da voluntariedade dos recursos não serve à demarcação da atuação da atividade do Ministério Público, pois este ente público não pode agir munido de vontade, este age a partir da lei, não motivado por interesses.

Se houver suspeita de corrupção, de que algum juiz tenha absolvido alguém, imbuído de dolo, este fato deve ser investigado por vias próprias e com ferramentas definidas pelo próprio direito processual penal, já que se trata de infrações penais tipificadas por lei.

Argumentações genéricas sobre a falta de controle esbarram, imediatamente, na falta de controle absoluta sobre o que os acusadores fazem ou deixam de fazer, quanto ao seu voluntarismo para interpor recurso perante uma sentença. Pela herança do processo civil, a única limitação recursal seria a da sucumbência, ou seja, no caso de condenação ao máximo da pena do crime denunciado. Não haveria, nesse caso, sucumbência alguma a se discutir em segundo grau de jurisdição para o acusador. De resto, valeria a máxima: para os inocentes a pena mínima e para os culpados a pena máxima, na lógica recursal?

Com a previsão do atual Código de Processo Penal e da sistemática de recursos presentes na carta constitucional, a única solução possível é a de se limitar o acesso ao segundo grau de jurisdição para o acusador.

Deve-se retomar a opinião de dois autores já referenciados no final do capítulo 2, os quais são também operadores jurídicos. NEREU GIACOMOLI⁷⁹⁰ relata a aparência cenográfica dos julgamentos monossilábicos, quando os julgadores apenas respondem ao recurso, em sessões, com meros “de acordo com voto do relator”. ROGÉRIO SCHIETTI⁷⁹¹ também critica que se não tem uma discussão sobre os fatos e sobre o direito no segundo grau de jurisdição, além de relatar que as sessões de julgamento são apenas um repetido “de acordo com o voto do relator”.

Existem autores que já denunciaram que os julgamentos colegiados sofrem influências para além do plano normativo, a depender da segurança do relator, pois existe uma variável de grupo, como postura cooperativa, ordem de pauta, e outros fatores que podem repercutir nas decisões⁷⁹².

⁷⁹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 316.

⁷⁹¹ CRUZ, Rogério Schietti. *op. cit.*, p. 19.

⁷⁹² ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 929-930, especificamente na passagem que se segue: “Por outro lado, nos julgamentos colegiados a decisão comporta novas variáveis. Entretanto, para além do plano normativo, a maneira pela qual o discurso do relator é apresentado pode alterar a votação. Se o voto é apresentado com segurança e credibilidade, construída em julgamentos anteriores, a adesão é mais tranquila. A dinâmica de julgamentos coletivos e repetitivos compreende, portanto, essa variável fundante de um grupo, a saber, a de que os julgadores se enfrentarão diversas vezes numa mesma sessão e sabem que na semana seguinte, em regra, estarão novamente se enfrentando, de modo que as movimentações internas se darão no sentido de se construir

Questiona-se, assim, de que segundo grau está se tratando? De qual segundo grau os ministros trataram no julgamento do HC nº 126.292 e após, na decisão em Medida Cautelar das ADCs 43 e 44? Não se pode descurar das necessárias críticas ao segundo grau de jurisdição e é disso que se trata quando se fala de recursos no processo penal brasileiro.

Ainda, deve-se ter em mente a pesquisa citada pelo próprio Ministro Marco Aurélio⁷⁹³, no bojo do julgamento da Medida Cautelar das ADCs 43 e 44, a qual aponta que há entre 29,30% e 49,31% de sucesso nos recursos especiais em matéria criminal.

Portanto, não só fica demonstrada a imprescindibilidade de transformação do segundo grau em garantia da pessoa, como, ainda, de se resguardar a estrutura da presunção de inocência à pessoa acusada ou condenada. Essa é a única forma de se estabelecer tratamento dado à pessoa acusada de delito, como se inocente fosse. Do contrário, depois de um sistema recursal falho como o brasileiro, chega-se a registrar de 62% a 36% de concessão em *habeas corpus*, nos tribunais superiores, nos quais há algum benefício *pro reo*⁷⁹⁴.

Manter o sistema recursal como está não só é tratar a pessoa como condenada. Em tempo, parecem os ministros do STF não terem compreendido a previsão constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Não há forma mais eficaz de se tratar alguém como se culpado fosse do que a de submeter o condenado ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para além de um segundo grau deficiente, como o brasileiro em que cerca de 40% dos presos provisórios (muitos sequer foram julgados na primeira instância)⁷⁹⁵.

O direito ao duplo pronunciamento, ou seja, o direito ao recurso, é o direito a um recurso efetivo. O artigo 8º da Declaração Universal de Direitos Humanos afirma,

aliados, posturas de concordância (cooperativa), vinculados à capacidade de confiança e perfil dos julgadores. Daí que a ordem pela qual os processos são pautados e/ou julgados pode alterar o resultado. Depois de dois processos em que o relator é vencido e a relatoria transferiu-se ao revisor, por exemplo, a expectativa de concordância com o terceiro voto é maior. As regras não ditas de convivência coletiva assim apontam. A recompensa negativa do revisor em elaborar mais um voto e se indispor com o relator devem ser levadas em conta. Da mesma forma, a presença dos jogadores defensivos durante a votação pública altera a *profundidade* em que o caso é analisado. Não porque os julgadores estejam de má-fé e sim porque justamente a credibilidade e confiança no relator, na ausência dos julgadores na sessão, é potencializada. O S1 prevalece sobre o S2, o rápido pelo reflexivo (5.7.3). Logo, a maneira, como os processos são pautados e como os votos são apresentados, desde sua ordem at~e a estrutura, mostram-se como ações com repercussões estratégicas na decisão.”

⁷⁹³ Acórdão disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁷⁹⁴ BOTTINO, Thiago. *Habeas corpus nos tribunais superiores – propostas para reflexão*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 23, n. 112 (jan-fev.), 2015.

⁷⁹⁵ Aponta o último dado sobre presos. Noticiado pelo CONJUR. *40% dos presos no Brasil são provisórios aponta levantamento oficial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-26/40-presos-brasileiros-sao-provisorios-aponta-levantamento>>, acesso em 10 de julho de 2017 e DEPEN. *Levantamento nacional de*

especialmente, sobre isto que “toda pessoa tem direito a um recurso efetivo a um tribunal”⁷⁹⁶.

Como é possível sustentar que a pessoa submetida a segundo grau, sem possibilidade de produção de provas ou de qualquer controle sobre a análise probatória ante os magistrados que a julgam, teve garantido um segundo julgamento efetivo? A ausência de um julgamento efetivo é clara quando se tem em mente o tempo de debate travado pelos julgadores em sede de julgamento recursal, que, por si só, tornaria altamente questionável a possibilidade de conversão das absolvição em condenação. É, no mínimo, duvidoso que o segundo grau seja estabelecido desta forma como uma garantia da pessoa.

O direito ao recurso indica o direito fundamental à faculdade da pessoa de recorrer e desencadear o mecanismo, real e sério, de controle de falha judiciária sobre aquilo que foi julgado, dotando-se o condenado do poder de requerer a revisão da decisão, de modo que esta não seja meramente uma função declarativa da atuação dos julgadores em segundo grau⁷⁹⁷.

FAUZI CHOUKR discorre sobre a adequação necessária ao segundo grau: “o seu alcance ainda não se faz sentir com a devida profundidade mesmo no espaço acadêmico e, muito menos, nas discussões legislativas sobre a reforma do ‘sistema recursal’.”⁷⁹⁸

Pode ser que surjam vozes que critiquem o segundo grau como efetiva garantia da pessoa, sustentando que essa perspectiva causaria um descompasso na paridade de armas entre o Ministério Público e Defesa.

Ocorre que o Ministério Público dá início ao processo penal sem a possibilidade de participação da pessoa acusada. Para isso basta observar as definições legais acerca da possibilidade do indiciado propor diligências em sede policial. A autoridade policial realiza as diligências requeridas pelo indiciado, apenas se quiser. Novamente, nossa codificação de origem em aspirações fascistas e inquisitoriais, abre a possibilidade de entes públicos agirem por vontade. Ainda que exista a previsão do indiciado poder propor a busca de indícios probatórios, não existe a figura da investigação defensiva e nem a obrigação de busca dos elementos probantes requeridos pelo futuro acusado.

Na sistemática do Código de Processo Penal em vigor, a defesa não pode realizar investigação. Mesmo que passasse a existir esta possibilidade, não existe a previsão de propor

informações penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>, acesso em 10 de julho de 2017.

⁷⁹⁶ “Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.” Presente na Declaração Universal dos Direitos dos Homens. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>, acesso em 09 de julho de 2017.

⁷⁹⁷ Essa ideia já foi identificada por JULIO MAIER, NÉREU GIACOMOLLI entre diversos outros.

⁷⁹⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1063.

uma espécie de ação para declarar o réu inocente de um crime. Assim, já que presumidamente inocente o acusado, a prova do contrário fica a cargo do acusador.

O processo penal só passa a existir com o pedido de instauração do processo. Somente uma das partes pode tirar da inércia a jurisdição penal, para discutir a existência de um fato delitivo.

Realizada a investigação, quando o acusador entender que há dados suficientes para submeter o indiciado a processo, deve ser oferecida uma denúncia. Essa denúncia chega até o ponto de retirar da inércia a jurisdição sem contraditório, sem ampla defesa, sem qualquer espécie de paridade de armas⁷⁹⁹.

O suspeito, que se torna acusado, pode ter sua liberdade ceifada no curso do processo se um acusador pleitear uma medida cautelar de prisão e o juiz acatar o pedido. Não há qualquer paridade de armas a fim de se deter os mesmos meios e submeter a parte *ex adversa* a alguma cautelar.

Oferecida a denúncia, somente a partir daí poderá o réu realizar o contraditório e a ampla defesa. Feito isso, a pessoa inocente no processo, mesmo com provas frágeis, pode ser condenada.

Ressalte-se que a pessoa inocente pode receber uma condenação. Neste caso, já foi submetida a processo. Ela pode até concordar com a sentença e não recorrer. Em alguns casos, a defesa técnica pode ter sido falha e ela será considerada culpada e, inclusive, com trânsito em julgado. Para vencer essa possível injustiça, o sistema processual penal apresenta a possibilidade de se reverter a injustiça através da revisão criminal, uma ação autônoma⁸⁰⁰.

Até o momento do recebimento da denúncia, (ou mesmo depois) onde está a paridade de armas?

Como equilibrar a balança na seara processual penal? Um dos graus de jurisdição é iniciado por uma das partes, e o mínimo a se esperar sobre a paridade de armas é permitir-se que somente o acusado possua legitimidade para provocar a jurisdição por outro grau, de modo a rediscutir aquilo que já passou pela esfera estatal. Essa é, portanto, uma garantia da pessoa, pois só a ela cabe a possibilidade de ressubmeter o processo a julgamento. Quem pode definir a devolutividade, aqui, é a pessoa que se deve proteger no processo contra sentenças injustas.

⁷⁹⁹ Não se propõe, por evidente, que a investigação seja local para tais garantias (o que demanda um estudo autônomo que fugiria ao objeto em estudo), apenas se destaca que não há qualquer paridade de armas até este momento.

⁸⁰⁰ Previsto no Código de Processo Penal art. 621 e ss.

Permitir ao acusador público insatisfeito com a solução jurídica de primeiro grau ressubmeter o processo à jurisdição é tornar a garantia em suplício. Despido da garantia estará o réu de ser tratado como pessoa, como indivíduo.

É, no mínimo, irrazoável submeter novamente o réu a processo, sem que seja a sua vontade. Note que a pessoa só pode responder uma única vez sobre um caso penal. Não se pode ignorar a necessidade do duplo conforme ser garantido. No caso de absolvição, se o Ministério Público alcança seu intento somente na instância superior, como resolver? E se o Ministério Público converter uma condenação em uma condenação mais gravosa, como proteger o duplo conforme da parte a qual não havia sido condenada, submetendo esta parte da sentença a um controle por segundo grau?

Como fica o direito ao duplo conforme ao se considerar que as chances recursais não aceitam, na prática, a produção nem revolvimento de matéria fática, no caso de conversão de absolvição em condenação? Não se resolve, justamente porque é um *bis in idem*, já que nesse caso a pessoa terá respondido duas vezes pelo mesmo fato, em dois graus de jurisdição, sob um cântico de “acompanho o voto do relator”.

O sistema recursal brasileiro não comporta, portanto, solução para o duplo conforme ao se permitir ao acusador recorrer o que permite que haja uma condenação nova. Isso já foi decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao condenar a Argentina, justamente pela falta de preservar-se o duplo conforme nos casos de condenação nova no segundo grau.⁸⁰¹

É indispensável se garantir a possibilidade de o acusado recorrer de sentença condenatória, de sorte que não existe qualquer meio hábil para tanto, já que o segundo grau deverá ser efetivo. O Estado brasileiro é omissivo e já tarda ser submetido à jurisdição da CIDH para que, somente assim, ativamente passe a dar o tratamento convencional a pessoa condenada e se altere o sistema recursal para proteção da pessoa.

O segundo grau de jurisdição brasileiro, além de ferir a garantia da pessoa, é ineficiente, ineficaz e com uma péssima qualidade jurisdicional, cujo sintoma é o excessivo número de reformas em grau de recursos a tribunais superiores e, ainda, o próprio número de recursos e processos em curso, como destacado no capítulo 1 e 3.

O duplo conforme já foi decidido, inclusive, pelo Comitê de Direitos Humanos, no caso *García Sanchez y González Clares*⁸⁰². Assim, a leitura que se pode fazer do recurso se

⁸⁰¹ CIDH. Caso Mohamed VS. Argentina. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>, acesso em 7 de julho de 2017.

⁸⁰² Comitê de Direitos Humanos. *Juan García Sánchez y Bienvenida González Clares VS. España*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0a>>

corresponde a uma garantia do condenado. Muito embora MONTERO AROCA⁸⁰³ identifique que esta leitura poderia levar abaixo o direito processual penal espanhol e é assim que o Tribunal Constitucional Espanhol tem se manifestado.

Sob outra perspectiva, observa-se que a Corte de Estrasburgo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁸⁰⁴, tem decidido que as garantias do devido processo ou um juízo justo são exigíveis também na instância da revisão das sentenças, sob pena de ferir-se o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A previsão estrita apresentada no item 6.1 da CEDH expressa que:

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.⁸⁰⁵

No caso nº 10563/83, Ekbatani vs. Suécia de 1988 o Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁸⁰⁶ decidiu que as garantias previstas no artigo 6º se aplicavam ao grau de apelação e

hUKEwjL_9ST5p3VAhWGCpAKHRdAC3sQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fdocstore.ohchr.org%2FSelfSe rvices%2FFilesHandler.ashx%3Fenc%3D6QkG1d%252FPPRiCAqhKb7yhsh0NOQzIINsoUFstAtJW4fu2BLw0 YxrakVgysTSt2AAsmp53yb4ywBAE5JwaUqGeVt4zilghmYUy6yBCta9rnOkTTtrFi2ofQ1OUqmjZH6LZMkj4U 0ycvv3jQ%252BUWAZzmgKw%253D%253D&usg=AFQjCNGsfwyw7GV_U3GtE521CdJ40JDKWg>, acesso em 12 de julho de 2017.

⁸⁰³ MONTERO AROCA Juan. *Proceso penal y libertad*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008 p. 481-493. Mas, sobre este tema também há de se verificar MOREY, Jaime Suau. *Recurso de apelación penal*. Curitiba, Juruá, 2017, p. 26 e 27, quando fala que: “Se criticó insistente y coherentemente el hecho de que no existían em nuestro proceso penal posibilidad de apelar las sentencias condecoratorias recaídas em los procesos en los que se pueden imponer mayores penas, sí em cambio cuando éstas eran de menor entidad. En los delitos graves pues, el recurso de casación era el único recurso a través del cual se resolvía la impugnación de las sentencias condenatorias. La Sala Penal del TS tuvo que adaptarse o intentar adaptarse a la nueva situación (pese al carácter extraordinario del recurso de casación), declarando en algún Acuerdo que en la evolución actual de la jurisprudencia en España, el recurso de casación ya constituye un recurso efectivo en el sentido del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996. Ciertamente que actualmente la aplicación del art. 24.2 CF, en defensa del principio del presunción de inocencia y del derecho a un proceso con todas las garantías establece la posibilidad de que se controle por todos los Tribunales (también por la Sala Segunda del TS) tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia, al igual que la razonabilidad de las inferencias realizadas (STC de 18 de marzo de 2014)”

⁸⁰⁴ Digressões apresentadas por ROVATTI, Pablo. *Casación positiva “contra reo”*. *El paradójico derecho de recurrir “condenas sin juicio”*. In: LEDESMA, Ángela E. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

⁸⁰⁵ Artigo 6 CEDH. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf >, acesso em 20 de julho de 2017.

⁸⁰⁶ SUMMERS, Sarah. *Fair trials: the european criminal procedural tradition and the european Court of Human Rights*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=ofbBAAAQBAJ&pg=PR14&lpg=PR14&dq=Ekbatani+v.+Sweden,+26+May+1988,+%C2%A7+%E2%80%A6,+Series+A+no.+134&source=bl&ots=_ISYcLZuL4&sig=Nx7faEvqUm0IER6G2PCpIAsdL1s&hl=pt-

reconheceu que, em matéria penal, o Estado deve, no mínimo, se limitar às garantias do direito a uma audiência pública e que o acusado possa assistir e defender sua causa.

Como acima referenciado, o segundo grau de jurisdição exige que seja prevista a proteção da pessoa, como também foi decidido na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no já citado caso *Mohamed vs Argentina*⁸⁰⁷.

Em síntese, o Tribunal já decidiu sobre a necessidade de se ter assegurada a exigência do devido processo legal para o grau recursal, especialmente naquele que converte uma sentença absolutória em condenatória, quando passa a ser indispensável assegurar-se o duplo conforme.⁸⁰⁸

Para desfazer a presunção de inocência é necessário, evidentemente, dupla confirmação da jurisdição, quando condenatória. Porém, o sistema recursal estabelecido no Brasil não dá conta de efetivar a garantia cujo cumprimento o Estado brasileiro assumiu.

JULIO MAIER⁸⁰⁹ esclarece que os recursos não devem ser uma faculdade de todos os intervenientes no processo penal. O segundo grau deve deixar de ter um caráter bilateral e, na visão do autor, deve se transformar em direito exclusivo do condenado para recorrer à dupla conformidade. Também, esta é exigência mínima para execução de uma condenação penal. A persecução penal posterior à decisão de primeiro grau deve ser considerada um *bis in idem* se não for para garantir o acusado, sustenta JULIO MAIER⁸¹⁰.

JULIO MAIER também alerta que “romper com uma tradição histórica sobre ‘nossa’ concepção daquilo que significa o recurso contra as decisões judiciais, serão mais difíceis de

BR&sa=X&ved=0ahUKEwiQwbvc-

IHVAhWJQpAKHb7vCiwQ6AEIQTAE#v=onepage&q=ekbatani&f=false>, acesso em 10 de julho de 2017.

⁸⁰⁷ CIDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=233&lang=es>, acesso em 10 de julho de 2017.

⁸⁰⁸ Em FARIA, Lucas Adam Martinez. *O supremo tribunal federal e a corte interamericana de direitos humanos: diálogos transjudiciais no duplo grau de jurisdição interpretado*. Monografia apresentada a SBDP, disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/259_Lucas%20Adam.pdf>, acesso em 10 de julho de 2017, se pode perceber a verificação da interpretação do segundo grau de jurisdição. Inicialmente a Corte já se manifestou de que o segundo grau de jurisdição deve ser feito por um tribunal superior, justo, imparcial e independente, não bastaria a mera previsão do recurso (p. 29 de acordo com o Caso Castillo Petruzzi e outros vs Peru); esses recursos devem realizar uma análise completa e compreensível, com o reexame de todas as questões debatidas na instância inferior (p. 32, de acordo com o caso Herrera Ulloa vs Costa Rica); quando não houve tribunal superior a corte abre a possibilidade de recurso para o mesmo tribunal desde que a composição dos julgadores seja distinta (p. 36, caso Barreto Leiva vs Venezuela); remédios administrativos não judiciais não cumpre o requisito do segundo grau de jurisdição (p. 37, no caso Vélez Loor vs. Panamá); recurso acessível seria aquele em que formalidades para admissibilidade são mínimas e não componham obstáculo para concretizar o fim de reexame das questões levadas ao segundo grau (p. 37, no caso Moramed vs. Argentina – o qual será analisado mais aspectos deste julgamento mais a frente); o recurso deve ser não só um sentido formal, mas matéria, o que se pode afirmar, recurso efetivo.

⁸⁰⁹ MAIER, Julio B.J. *op. cit.*, p. 709.

⁸¹⁰ *idem*.

compreender e, inclusive, mais difíceis de aceitar”⁸¹¹.

Conceder recurso ao acusador, em especial, ao acusador público, contra a sentença que não concede aquilo que ele pretendia significa sem dúvida uma nova instância que, em caso de transformar a absolvição originária em uma condenação, como pretende o acusador, será, sem dúvida, uma condenação de ‘primeira instância’. É dizer, a primeira condenação que, no procedimento, suporta o recém condenado. Contra essa condenação, não há dúvida, entra em funcionamento seu ‘direito ao recurso’, sua possibilidade de reclamar o processo sob o duplo conforme. Isso não só implica uma terceira instância ante um tribunal ‘mais’ superior ainda, sem, que se torne um regresso em infinito, pois, com a concepção ‘bilateral’ do recurso, sempre é possível que o acusador, o promotor, consiga uma condenação ante ao tribunal de última instância – por exemplo a Corte Suprema, quando exerce competência positiva e sentença – contra essa primeira condenação sempre se deverá respeitar o ‘direito ao recurso’, que desencadeará a prova do ‘duplo conforme’, ao condenado.⁸¹²

O que se demonstra, aqui, é que a estrutura do segundo grau, como estabelecida hoje, tem por objetivo claro a condenação e, enquanto não se repara a distorção do sistema atual restringindo-se a legitimidade de recorrer somente como mecanismo de proteção da pessoa, perpetuar-se-á essa violação contra a garantia referida, fazendo-se do local em que se clama por justiça mero espaço de perpetuação do poder punitivo.

RUBENS CASARA observa que “a ideia de ‘recurso’ nasce associada ao Estado Absoluto”⁸¹³, uma vez que o poder de decidir, nestes sistemas, pertencia ao soberano. O soberano, por delegação, passava aos funcionários a possibilidade do exercício da jurisdição e se reservava a ele a possibilidade de reexaminar tais questões. Nesse sentido, operava um “controle tanto dos aspectos materiais quanto formais das decisões. Surgia, então, a verticalização da estrutura de julgamento e o chamado efeito devolutivo (pois o poder de decidir era devolvido ao Soberano) dos recursos.”⁸¹⁴

O instrumento pensado para concentração de poder, após a ruptura nas revoluções burguesas, se volta a um direito individual e se torna um controle do exercício do poder de

⁸¹¹ MAIER, Julio B.J. *op. cit.*, p. 709. Tradução livre de: “romper con una tradición histórica sobre ‘nuestra’ concepción de aquello que significa el recurso contra las decisiones judiciales, serán más difíciles de comprender e, incluso, más difíciles de aceptar.”

⁸¹² MAIER, Julio B.J. *op. cit.*, p. 714-715. Tradução livre de: “Conceder recurso al acusador, en especial, al acusador público, contra la sentencia que no concede aquello que él pretendía de ella significa sin duda, una nueva instancia que, en caso de transformar la absolución originaria en una condena, como lo pretende el acusador, será, sin duda, una condena de ‘primera instancia’, es decir, la primera condena que, en el procedimiento, soporta el recientemente condenado. Contra esa condena, no hay duda, entra en funcionamiento su ‘derecho al recurso’, su posibilidad de reclamar la prueba de la ‘doble conforme’. Ello no sólo implica una tercera instancia, ante un tribunal ‘más’ superior aún, sino, antes bien, algo parecido a un *regressus in infinitum*, pues, con la concepción ‘bilateral’ del recurso, siempre es posible que el acusador, v. gr., el fiscal, consiga una condena ante el tribunal de última instancia –por ej., la Corte Suprema, cuando ejerce competencia positiva y sentencia- y contra esa ‘primera condena’ siempre se deberá respetar el ‘derecho al recurso’, a desencadenar la prueba de la ‘doble conforme’, del condenado.

⁸¹³ CASARA, Rubens R.R. *O direito ao duplo grau de jurisdição... op.cit.* p. 496.

⁸¹⁴ *idem*.

julgar. Então, “o ponto de tensão dos recursos deixa de ser a luta política pelo poder de decidir para se tornar a luta principiológica entre os valores certeza e justiça. Dito de outra forma: o duplo grau de jurisdição deixa de ser *ex príncipe* para se tornar *ex parte principium*”⁸¹⁵. Eis a explicação da fundamentação do recurso.

O problema jaz, desde JULIO MAIER a RUBENS CASARA, na identificação da bilateralidade do recurso, o que, portanto, deve ser enfrentado para que se complete a compreensão do que deve ser o segundo grau de jurisdição e como se conformar o segundo grau de jurisdição para se tornar garantia da pessoa.

Os recursos que são julgados no segundo grau de jurisdição são os meios pelos quais são exercidos o controle jurisdicional, já que são os meios legítimos de provocar a revisão total ou parcial da sentença⁸¹⁶.

ALBERTO BINDER⁸¹⁷ esclarece que este controle serve a alguns pilares. Entende que a sociedade deve fiscalizar a atuação dos juízes e, para tanto, deve haver mecanismos de controle para se permitir o planejamento institucional. Logo, é necessária a fiscalização da decisão judicial, até porque o Estado tem interesse em fiscalizar como os juízes aplicam o Direito.

O que foi demonstrado no capítulo 2 é que se fundamenta o recurso como meio voluntário. Assim, como associar a vontade aí fixada para a atuação do acusador público, em especial? Se sua atuação está submetida e tem suas balizas definidas a partir da lei e conforme a lei, como seria possível a verificação do “direito” de recorrer do Ministério Público?

RUBENS CASARA é claro ao dizer que “no direito brasileiro, não há, portanto, ‘direito’ do Ministério Público ou do querelante, ao duplo grau de jurisdição em matéria penal”⁸¹⁸.

Aqueles que partem do paradigma da teoria geral do processo para estabelecer a teoria dos recursos, ou até mesmo aqueles que não sabem que estão neste paradigma, afirmam que, seja na ação, seja no recurso, o Ministério Público age por interesse. Para os defensores desse paradigma, o interesse de agir dá corpo à lide na ideia de conflito de interesses.

Conflito de interesses que comporia o processo penal causa inúmeras consequências danosas ao processo penal e afeta diretamente aquele que se deve proteger. Foi preocupação de um dos pontos do capítulo 1.

Antes de tudo porque conflito não é uma palavra própria para se tratar uma relação

⁸¹⁵ CASARA, Rubens R.R. *O direito ao duplo grau de jurisdição... op.cit.* p. 497.

⁸¹⁶ BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumeno Juris, 2003, p. 221.

⁸¹⁷ *idem*.

⁸¹⁸ *ibidem*, p. 508.

que envolva Estado x indivíduo, pessoa. Conflito é terminologia de guerra e, quando aparece descolado dessa estrutura, demonstra qual o objetivo, então escondido pela linguagem, a ação estatal assume, sem nem ao menos se darem conta seus defensores.

Da mesma forma, interesse é algo que não pauta a atuação estatal. Não se pode pensar que um agente público, agindo a partir do Estado, pretenda estabelecer suas atividades e tomadas de decisão a partir de interesses próprios, o que torna a atuação espúria na própria estrutura, maculando a necessidade de se proteger a população.

É daí que surge a identidade da República como coisa pública. Ela é fundada a partir do princípio que, vertido para o cidadão e com inspiração liberal, denota que se pode fazer tudo que não está proibido em lei. Enquanto que para o ente público, ao revés, só se faz o que está previsto em lei.

Como seria possível, no ponto, mesclar a identidade de um ente público ao atuar a partir da sua vontade? Todo poder estatal se vincula a uma forma de controle. Se o acusador público tem o poder de recorrer, como poderia se verificar que, num ou noutro momento, não se cometeu uma falta funcional ou um ato de corrupção, caso não o fizesse? E quando se verificaria o excesso, acaso fizesse e não deveria?

Até mesmo na Itália, de onde usualmente alguns autores, referenciados no capítulo segundo buscaram a base de pensamento para os recursos, passou-se a adotar o segundo grau de jurisdição como garantia do acusado. RENZO ORLANDI⁸¹⁹ demonstra que privar o órgão acusatório de recorrer se coaduna com os pactos e convenções internacionais, pois o segundo grau de jurisdição encontra espaço apenas como uma possível oportunidade da defesa e não é uma prerrogativa da acusação.

A ausência de possibilidade de controle acerca da atuação do acusador público é sintoma de que é impróprio à estrutura estatal e, sendo impróprio ao estabelecimento da República, desprotege-se o cidadão torna-se meio o que é fim e deveria ser protegido. Se há vontades particulares sem controle, o que há é arbítrio.

Isso tudo alcança a (re)construção de uma teoria dos recursos própria ao processo penal brasileiro do que se tratará no próximo tópico.

⁸¹⁹ ORLANDI, Renzo. *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*. In: *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*. Ano LVII, Fascículo 3, 2014, p. 1144. Sobre a estrutura recursal, atual, na Itália: BIAVATI, Paolo; CAVALLINI, Daniela; ORLANDI, Renzo. *Assetti della giustizia civile e penale in Italia*. Bolonha: Il Mulino, 2016, p. 189 e ss.

4.2 A (RE)CONSTRUÇÃO TEÓRICA DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Narra o Manual dos Inquisidores, escrito por Nicholau Eymerich e complementado por Francisco de La Peña, como se dá o procedimento da apelação ao Papa (dentro do capítulo de obstáculos à celeridade de um processo)⁸²⁰. Oferecida apelação, o inquisidor a analisava para verificar se ela era justa, no caso de infringir alguma lei durante o processo, e se, caso o dano pudesse ser reparado, anulava os termos da apelação e retomava o processo de onde foi cometido o erro. “O inquisidor esperto e experiente, que tiver tomado a decisão de prender o réu enquanto estivesse esperando a resposta da apelação, terá o cuidado de citá-lo levando em consideração a sua condição de preso”⁸²¹.

Tal postura não se distancia demais do que se presencia no cenário brasileiro atual. Lá, o Papa era quem dava a última palavra, num clássico modelo de delegação de força. Contudo, ao menos o Manual dos Inquisidores era expresso ao determinar que “durante todo esse tempo, ele [o réu] permanecerá na mesma situação em que estava antes da apelação: na prisão, se estava preso, solto, se estava em liberdade. Não poderá ser torturado durante esse período”⁸²². Nem isso se preserva hoje à pessoa, conforme visto no capítulo 3.

Mesmo havendo uma resposta positiva para seguir com a apelação, o inquisidor argumentaria que agiu em conformidade com a previsão canônica e, após, desconstruía todas as acusações da apelação, e, então, em respeito à Santa Sé Apostólica, aceitava a apelação e a remetava ao Papa, sendo então apresentado à Cúria romana⁸²³.

A apelação carrega a compreensão geral do segundo grau de jurisdição, já que é o recurso mais importante e o que pode converter uma condenação em absolvição, decidindo-se sobre o mérito do processo. Portanto, é necessário identificar o que pode significar essa palavra.

Appellare é usualmente conhecido como o ato de recorrer de sentença, mas também

⁸²⁰ EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Comentários de Francisco De La Peña. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993, p. 144-146.

⁸²¹ EYMERICH, Nicolau. *op.cit.*, p. 145. Há de se destacar que o mesmo procedimento também foi previsto em KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras – malleus maleficarum*. 19 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2007, p. 511-517, na questão XXXV, no qual tratam do assunto os atores, na p. 511: “Mas se o juiz perceber que a acusada está determinada a obter recurso ou apelação, deverá observar que por vezes, tais recursos são válidos e legítimos, enquanto noutras são inteiramente frívolos.”. O juiz deveria solicitar cópia da apelação, que deverá analisar diligentemente as razões da apelação, verificar os fundamentos alegados, no fim, se aceitar também remeterá a questão ao Papa, nos exatos mesmos moldes narrados no *directorium inquisitorium*.

⁸²² *idem*.

⁸²³ *idem*.

significa, pelo uso da palavra, chamar, gritar, clamar⁸²⁴. Apelo (e suas variações) significa dirigir a palavra a alguém com uma súplica⁸²⁵. O termo *apella*, por sua vez, deriva do latim e significa “o nome de um liberto”⁸²⁶

Acontece que, em face de tudo que foi dito, pode apontar também para uma possível e talvez mais consistente forma de desconstruir a palavra: a+pelar. Desconstruído, aqui, significa simplesmente a negação do ato de tirar o pelo, a pele⁸²⁷.

Sobre o direito à última palavra IGNACIO SERRANO BUTRAGUEÑO afirma que esse direito tem que ser mais que um mero trâmite, no qual é, sem dúvida, possível perceber que o direito a última palavra tem sido um mero ritual⁸²⁸.

Segundo grau demanda um primeiro grau. Este primeiro grau findará, principalmente, com uma sentença. Assim, é preciso entender o que é a sentença. Diz SALAH KHALED JR. que “é através da discussão sobre o fundo narrativo da sentença que acrescentaremos o elemento final que nos permite sustentar que a verdade é produzida analogicamente sob a forma narrativa e não encontrada no processo de forma correspondente”⁸²⁹. Ou seja:

A sentença também é, ao menos em seu trecho de fundamentação, o substituto presente aqui e agora, no lugar de um evento passado não presente. Além disso, ela é combinação de um lugar (uma formação, um meio de recrutamento, uma profissão), de procedimentos de análise (um corpo de saber, uma disciplina) e de um texto (uma narrativa). Trata-se de um objeto cultural linguístico que exerce a função de representação do passado para fins de possível incidência do poder e que tem uma natureza fundamentalmente opaca, cujas características devem ser tentativamente desvaladas(...)

O narrador que produz uma sentença condenatória sempre trabalha para encontrar um presente que é o término de um percurso, produzindo na narrativa um recorte dentro do tempo, que compreende o evento ao qual ela se refere. Ainda que os critérios de validade – as provas – demonstrem se a narrativa faz jus ao embasamento referencial exigido para fundamentar a condenação, seu caráter será sempre analógica dos rastros, a narrativa é conectada com a experiência vivida de quem escreve e que necessariamente agregará algo seu à formação de convicção, como já abordamos.⁸³⁰

⁸²⁴ BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. A 1º Vol. Santos: Brasília Ltda, 1974, p. 280.

⁸²⁵ FARIA, Ernesto (org.). *Dicionário escolar latino-português*. 2 ed. Rio de Janeiro: Companhia Nacional de Material de Ensino, 1956, p. 82.

⁸²⁶ BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico... op.cit.*, p. 80.

⁸²⁷ Essa desconstrução já havia sido desenvolvida em PAULA, Leonardo Costa de. *O constitucional sentido da apelação no processo penal e o projeto 156/2009 com texto substitutivo*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O novo processo penal à luz da Constituição vol. 2*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 167-174.

⁸²⁸ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. *El derecho a la última palabra*. In: SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio; DEL MORAL GARCÍA, Antonio. *El juicio oral en el proceso penal*. 2 ed. Granada: Comares Editorial, 2010, p. 659.

⁸²⁹ KHALED JR. Salah. *A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial*. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016, p. 501.

⁸³⁰ KHALED JR. Salah. *A busca da verdade... op.cit.*, p. 501 e 504.

Exatamente por isso, o segundo grau deve ser permeado pela possibilidade de produção de prova. Há de se notar que a sentença pode ser ressubmetida a julgamento e, nesse sentido, como poderia ser a decisão final conectada com a experiência de um julgador que sequer teve contato com a prova? Qual o ponto zero quando se reenvia alguma decisão ao segundo grau, senão a própria decisão da qual se recorre?

No caso brasileiro, é necessário converter o segundo grau de jurisdição em esfera de garantia da pessoa, que tem o direito a falar por último. Nesse passo, se presta a pensar um sistema recursal para o processo penal que preserve, enquanto objeto complexo formado de componentes distintos, a ligação entre eles, com o fim identificado de se preservar a garantia da pessoa.⁸³¹

E é disso que se falará adiante.

a) “Natureza jurídica” e conceito de recurso

Como se fosse possível identificar a “natureza jurídica” de algum instituto, o que seria o segundo grau de jurisdição e, portanto, o que seriam os recursos?

RUBENS CASARA afirma, nesse sentido:

Nesse passo, o recurso apresenta-se como o instrumento técnico de que se serve o Estado para conferir aos seus jurisdicionados a esperança de uma resposta judicial menos imperfeita e mais equilibrada. Dito de outra forma: o duplo grau de jurisdição realiza-se através do recurso, i. e., concretiza-se quando da produção do efeito devolutivo do recurso (por definição, sempre voluntário) interposto.⁸³²

Por indefinição e imprecisão constitucional do que vem a ser o segundo grau de jurisdição, ou os recursos, este trabalho deve se reservar aos tratados e convenções internacionais outrora citados e indispensáveis nesse momento. É preciso entender que o silêncio da Constituição é eloquente pela cláusula geral de legalidade, não se prestaria esta em dizer que o Ministério Público não pode recorrer. Desta forma é necessária a leitura do sistema de proteção que enfeixa esta garantia.

Com base nos tratados, NEREU GIACOMOLLI define que o “duplo grau, na

⁸³¹ Aqui se usa a identificação de sistema estruturado e explicado no capítulo 1, também esposado em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Hermenêutica e paz dogmática*. Disponível em <<http://emporiiodireito.com.br/tag/jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/page/2/>>, acesso em 20 de julho de 2017, além dos acréscimos dados por WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 29 e ss. Bem como a identificação de sistema dada por PIRSIG, Robert M. *Zen e a arte da manutenção de motocicletas: uma investigação sobre valores*. 13 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra Ficção, 1984, p. 102: O verdadeiro sistema é o nosso próprio modelo atual de pensamento sistemático, a própria racionalidade. Se destruímos uma fábrica, sem aniquilar a racionalidade que a produziu, essa racionalidade simplesmente produzirá outra fábrica igual. Se uma revolução derrubar um governo sistemático, mas conservar os padrões sistemáticos de pensamento que o produziram, tais padrões se repetirão no governo seguinte. Fala-se tanto sobre o sistema, e tão pouco se entende a seu respeito.”

⁸³² CASARA, Rubens R.R. *O direito ao duplo grau de jurisdição... op. cit.* p. 498.

realidade, confere direito a um duplo pronunciamento, a uma revisão do primeiro *decisum*”⁸³³ Identifica os recursos como “gênero dos meios ou remédios jurídicos impugnativos, distintos das ações autônomas de impugnação e das medidas correicionais”⁸³⁴.

Não é suficiente tal definição, pois o termo “meios”, na realidade, é uma simples tradução do termo recurso para do italiano. De tal forma que a doutrina passa a adotar termo insuficiente para definir os recursos.

Ampara-se o último autor citado, contudo, no artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o qual informa que “toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

O item 5, do artigo 14, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, impõe, por sua vez: “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.”

Para que não reste dúvida, o Pacto San José da Costa Rica determina que toda pessoa tem, por garantia mínima, o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

O segundo grau de jurisdição é, portanto, a garantia individual, assegurada constitucional e convencionalmente, do jurisdicionado a fim de submeter o processo a reanálise judicial assegurado com todos os recursos e meios inerentes à ampla defesa da pessoa frente ao Estado.

O recurso, no processo penal brasileiro, deve ser entendido como o instrumento técnico, necessariamente efetivo, que materializa a garantia da pessoa no acesso ao segundo grau de jurisdição, com a finalidade precípua de protegê-lo de da prestação jurisdicional equivocada a fim de permitir que se tenha preservado a justificativa estatal de ser tratada como inocente.

Se o foco for a pessoa, sendo ela a base estrutural desse entendimento, a redução da burocratização para o aspecto que releva somente a vontade dela em recorrer de sentença ou decisão que possa prejudicá-la, também deve ocorrer.

Portanto, não basta se pensar o sistema recursal ou a teoria dos recursos com excesso de preciosismos, critérios, requisitos de admissibilidade, princípios limitadores do direito de recorrer entre outros inibidores do acesso ao segundo grau de jurisdição, porque, assim, se fere a Convenção, devendo o Estado responder perante os mecanismos internacionais de proteção dos Direitos Humanos.

⁸³³ GIACOMOLLI, José Nereu. *op.cit.*, p. 312.

⁸³⁴ *idem.*

b) Dos Legitimados para acessar o segundo grau de jurisdição

Não há dúvida que a estrutura do segundo grau de jurisdição se destina à proteção da pessoa e tem por objetivo reparar os vícios ainda restantes na prática judiciária. A pessoa é a destinatária da regra e é por ela que se justifica toda a estrutura do segundo grau de jurisdição.

Dessa forma, não há dúvida de que qualquer previsão recursal tendente a limitar o acesso da pessoa acusada ou condenada a recorrer ao segundo grau de jurisdição deve ser compreendida como incompatível com as citadas Convenções.

Em um ponto, contudo, ainda há dúvidas: é possível conceber, pela teoria dos recursos do processo penal, a existência prescritiva do recurso em sentido estrito como está previsto no artigo 581, do Código de Processo Penal?

A resposta deve ser negativa. Esse recurso limita as chances de recorrer que são dadas à acusação, mas não são dadas ao denunciado. Então, deve-se aceitar que é possível o recurso a tribunal hierarquicamente superior da decisão que também receber a denúncia. A limitação fere diretamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e, por evidente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, independentemente de previsibilidade.

Há decisões da CIDH⁸³⁵ em que o Brasil foi condenado por não ter efetivado investigação por falha das agências de persecução penal. É possível que haja a previsão de recurso para caso de inadmissibilidade da acusação?

A resposta há de ser positiva, já que assim se preserva a pessoa, sem se atentar contra o acusado, até porque este ainda não assumiu o papel de réu. Neste caso, a pessoa aí protegida é a vítima. Portanto, é compatível com a teoria dos recursos do processo penal brasileiro que o não recebimento da acusação seja submetido a segundo grau quando da inadmissibilidade da exordial acusatória. Mas, qual o fundamento dessa possibilidade recursal? Se encontra na própria Constituição da República, no artigo 129, inciso I: “promover, privativamente, a ação penal pública na forma da lei”.

Esta, portanto, é a forma de preservar a função institucional do Ministério Público, qual seja, a de promover a ação e mesmo que pela via do segundo grau deve prezar pela sua função institucional. Por isso, neste caso o Ministério Público (o qual da mesma forma pode deixar de oferecer a denúncia anteriormente), em caso de rejeição da acusação pode deixar de oferecer o recurso para que alcance o processo ou, utilize dessa via para a promover a ação.

⁸³⁵ Brasil já foi condenado por deixar de investigar questões relacionadas a chacinas, como é o caso Comse Rosa Genoveva e outros Vs. Brasil. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=297808>>, acesso em 12 de julho de 2017.

Com isso, se preserva a validade das decisões (da própria CIDH) sobre o óbice da investigação e deve ser possível se recorrer a tribunal superior da decisão que não receber a denúncia, mas o fundamento é diverso do fundamento do segundo grau de jurisdição para a proteção da pessoa.

No momento do recebimento da denúncia (ou seja, da aceitação do caso penal a ser processado pelo Estado) há que se ter em mente que este é o único momento possível de legitimidade do recursal para o Ministério Público agir, (que não em favor da pessoa condenada), para utilizar o recurso em caso de negativa de admissibilidade.

Dessa forma, o acesso ao segundo grau de jurisdição protege a pessoa e também deve ser entendido como a possibilidade de rediscussão da matéria submetida a grau revisional. Igualmente, é importante lembrar que não se prejudica a pessoa acusada, neste caso, justamente por não se ter passado, ainda, pelo curso do processo, desde que evidentemente o acusado possa participar do julgamento em sede recursal (não fere a proibição de *bis in idem*).

Deve-se considerar, nesse passo, que o réu não foi submetido a processo e se preserva, de tal sorte, o direito da pessoa. Assim, como estabelece YÁÑEZ VELASCO, embora trate do processo penal espanhol,

A parte atacada (acusado/condenado), tem, *prima facie*, uma plataforma mais sólida para poder estabelecer uma continuidade processual através do recurso, a diferença do resto das partes que são meramente formais. Essa é uma justificação expressa para poder se dispor de um recurso legal⁸³⁶

Então, ao se fazer uma leitura do segundo grau como proteção da pessoa com nosso sistema convencional, dúvidas não restam de que o recurso em sentido estrito tem por objetivo a possibilidade de continuação e submissão de uma acusação a processo. Dessa forma, como os demais recursos não têm qualquer previsão especial para se admitir recurso contra o condenado ou contra o absolvido, torna-se inviável estabelecer que haja a possibilidade de submissão ao segundo grau de jurisdição a pessoa condenada.

Ressalte-se, por oportuno, que ao se tratar de recurso em sentido estrito, e ainda para garantir as mesmas armas à defesa, também deve se proceder a leitura convencional desse instrumento para permitir que o acusado possa recorrer da decisão de recebimento da acusação.

⁸³⁶ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Derecho al recurso en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. P. 160. Tradução livre de: “La parte atacada (acusado/condenado) tiene, *prima facie* una plataforma más sólida para

c) Das classificações indispensáveis

Pode-se perceber que existem, em termos práticos, dois grupos de recursos.

Nos recursos em que há possibilidade de revolvimento da matéria fática deve ser preservado o direito de produção de prova em segundo grau de jurisdição. Já nos recursos sem revolvimento de matéria fática isso não ocorre.

A simplificação aqui se torna indispensável. Para os recursos com reanálise de matéria fática, deve-se permitir que a parte produza provas em segundo grau de jurisdição. Os demais recursos demandam uma atuação mais pautada na defesa técnica, embora a manifestação de vontade em recorrer também deva ser preservada pessoalmente em relação ao condenado. Assim, seria inviável a produção de prova.

Recursos com revolvimento de matéria fática no atual ordenamento jurídico brasileiro são os recursos em sentido estrito, a apelação e os embargos infringentes. A justificativa para incluir o recurso em sentido estrito nessa categoria diz respeito à possibilidade de absolvição sumária prevista no ordenamento jurídico.

Nos citados recursos há análise de prova. No recurso em sentido estrito, a análise recai sobre a prova indiciária, na apelação e embargos infringentes, efetivamente sobre a prova. Todos devem permitir, assim, a propositura de indícios de provas ou provas, pelas partes. Deve-se preservar a mesma estrutura resguardada, com o procedimento garantido no momento processual anterior. Ou seja, a formalidade preservada para se alcançar a decisão da qual se recorre deve ser garantida para preservar a pessoa. Neste passo, a produção de prova e formalidade são preservadas, agora perante o órgão colegiado.

Recursos sem revolvimento de matéria fática, ou seja, sem a possibilidade de produção de provas em segundo grau de jurisdição, são, assim, todos os demais recursos previstos.

Esta é a única classificação necessária para a estrutura recursal a partir da teoria dos recursos do processo penal brasileiro.

A classificação que separa os recursos em totais ou parciais é tão inútil quanto retrógrada. Uma vez que importada essa categoria da teoria dos recursos da dogmática do processo civil, é indiferente no processo penal se o recurso tem amplitude total ou parcial. Nesse sentido, até mesmo autores do paradigma da teoria geral do processo informam que as questões de ordem pública são todas ressubmetidas ao segundo grau⁸³⁷. Assim, é indiferente

poder establecer una continuidad procesal a través del recurso, a diferencia del resto de las partes, meramente formales sin remedio. Esa es una justificación expresa para poder disponer de un recurso legal.”

⁸³⁷ Por todos NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 153.

discutir a amplitude recursal. Ainda mais porque, no processo penal, todas as questões decididas são de ordem pública. Não há, portanto, utilidade nessa classificação para qualquer fim prático ou teórico no processo penal.

A categoria que divide os recursos em ordinários e extraordinários, por sua vez, é derivada de uma separação existente na Itália, no qual os recursos ordinários suspendiam a eficácia da sentença penal condenatória e os recursos extraordinários não. No ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no processo penal, não há qualquer justificativa para a separação entre essas categorias, até por que, quando se utiliza o signo ordinário, faz-se referência, na verdade, a uma espécie de recurso típico previsto em sede constitucional⁸³⁸. A categoria dos recursos extraordinários, a seu turno, (nomenclatura que se convencionou para designar a categoria dos recursos dirigidos aos tribunais superiores) não fazem paralelo com o signo extraordinário definido constitucionalmente para recurso. De onde deriva esta categoria? O recurso extraordinário se assemelha às ações autônomas de impugnação em ordenamentos estrangeiros (como na Itália, por exemplo), portanto, tão inaplicável quanto inútil a classificação defendida por muitos.

Daí se percebe a falta de compromisso teórico na definição de uma teoria própria ao processo penal causa enormes retrocessos. Há, em verdade, distorções, como ocorreu no caso da decisão acerca da execução provisória da pena a partir de acórdão em sede de apelação como o caso do HC nº 126.292, discutido no capítulo 3. Os responsáveis por essas distorções são os repetidores da cultura jurídica manualesca brasileira.

No entanto, essa importação, desapegada de qualquer função, é usual no Brasil, pois o Código de Processo Penal, nada mais é do que uma péssima tradução do Código de Rocco, como já alertava JACINTO COUTINHO⁸³⁹. O código de processo penal indica a atuação dos tribunais de apelação, como se tivesse qualquer outro Tribunal que não o de Apelação na estrutura processual penal brasileira. Sua divisão se justificava na Itália, onde existiam tribunais de apelação e tribunais de cassação. Porém, nosso tradutor não se deu conta que não cabe reproduzir a distinção, se não houver os tribunais que não os de apelação.

Na definição de institutos internos, com maior relevo no campo teórico, sempre se deve ter o cuidado de evitar a mera repetição de categorias importadas, que só se justificam na origem. Na tentativa de adequá-las, talvez com o fim de demonstrar erudição, dá-se o nome a qualquer coisa que se pareça com a categoria original, sem, contudo, embasamento adequado.

⁸³⁸ É preservado ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, alínea a, CRFB) e ao STJ (art. 105, II, alínea a, CRFB) julgar recurso ordinário.

⁸³⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. *op.cit.*

Categorias científicas são necessárias para distinguir algo dentro da ciência. Se apenas servem para demonstrar erudição, não formam ciência, reduzem-se a mero dogmatismo.

O legislador constitucional não estabeleceu uma categoria de recursos ordinários e extraordinários. Pelo contrário, criou tipicamente um recurso chamado ordinário e um recurso chamado extraordinário. A criação da categoria homônima a esses recursos faz confundir os recursos típicos com categorias, decorrente da falta de identidade da categoria com nosso ordenamento.⁸⁴⁰

Assim, inútil é distinguir a classificação para os recursos como ordinários e extraordinários, e somente se manter a previsão típica.

d) Do Acesso ao Segundo Grau de Jurisdição

Com o objetivo de preservar a pessoa, é fundamental que se verifique se o acesso ao segundo grau é coerente com um tratamento que preserve a garantia fundamental que o acusado possui de ter seu processo ressubmetido a julgamento, sem que seja submetido a uma série de requisitos e regras que não servem mais do que a simples burocratização da esfera recursal.

Da mesma forma que ocorre com a burocratização da apelação na inquisição, a imposição de muitos critérios de admissibilidade recursal significa, no mínimo, a vedação ao acesso ao segundo grau, pois há subordinação da substância da proteção a um formalismo exagerado.

Equiparar os requisitos de admissibilidade da acusação aos requisitos de admissibilidade recursal sequer é válido. O primeiro, sobre a acusação, é feito por ente público, munido de dever de submeter uma pessoa a processo quando houver elementos suficientes para tanto. Para que se submeta alguém a processo, é necessário controle, pois é indispensável filtrar a acusação com o mínimo indispensável para que alguém seja acusado.

Por outro lado, o recurso é garantia da pessoa que tem direito ao reexame do processo por órgão de jurisdição superior. Por isso, ao se tratar o recurso ou o segundo grau de jurisdição como direito condicionado ou ônus (como sustentam os repetidores do conhecimento importado da teoria geral dos recursos) subverte a função dessas garantias, ou sua “natureza jurídica”, por um tradicionalismo desmedido.

É da estrutura inquisitória a busca de formalidades excessivas. LUIGI

⁸⁴⁰ Como visto, a Constituição de 1969 que previa no artigo 119 a separação classificatória de recursos em ordinários e extraordinários, o que talvez tenha motivado a permanência nos manuais posteriores.

FERRAJOLI⁸⁴¹ afirma que esse sistema, o inquisitório, gera e se alimenta de múltiplas formalidades, intrigas e labirintos inventados por milícias togadas que, durante cinco séculos, afetaram a Europa e tornaram obrigatório o estudo de leis. Agora, por tradição, essa estrutura afeta a teoria dos recursos⁸⁴².

A tendência a desenvolver caminhos tortuosos para o exercício de uma garantia só tem sentido para esvaziá-la no sentido de impedir que esta seja efetivada. Quando não isso, mesmo que se chegue ao segundo grau, não há garantia alguma da verificabilidade (pelos julgadores) dos dados probatórios trazidos no processo.

Noutro giro, os defensores da teoria geral dos recursos limitam o acesso ao segundo grau num pseudoprincípio da taxatividade. Pensar assim é ignorar que, antes disso, o que existe é a garantia do devido processo legal.

A lógica, (ao se observar a pessoa e não o excesso de burocratização) é tomar como pressuposto que a pessoa acusada de um crime não tenha conhecimento jurídico. Portanto ela, *per se*, não sabe qual o recurso manejável.

O Estado tem a obrigação de intimar pessoalmente o acusado ou condenado de uma decisão. Isso é indispensável ao se pensar o segundo grau enquanto garantia. Esse pode simplesmente manifestar o desejo de recorrer, independentemente do recurso cabível.

Posicionamento semelhante é sustentado por VINICIUS VASCONCELLOS⁸⁴³, que indica que a renúncia ao recurso deveria ser tomada por escrito e, ainda, com a fundamentação de sua inocuidade em relação a resultado mais benéfico.

Por força dos componentes da ampla defesa (como autodefesa e defesa técnica⁸⁴⁴) é indispensável que ambos sejam intimados das decisões passíveis de recurso. O acusado pessoalmente e o defensor técnico pelas vias próprias.

Manifestada a intenção do réu em recorrer, esta deve ser reduzida a termo pelo oficial responsável pela intimação. Daí, deve-se intimar o advogado pelo prazo previsto para

⁸⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 567 e 641, quando o mesmo se ancora nos desenvolvimentos de F. M. Pagano.

⁸⁴² O autor BINDER, Alberto. *La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición*. In: BONATO, Gilson. *Processo penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 31-32 trata da tradição jurídica e explica que a maioria dos setores do campo judicial não se dá grandes passos por conta da cultura tradicional e da subcultura de fortalecimento da lei frente a tradição dominante, o que pareceu ser exatamente a tônica do capítulo terceiro, narra o autor, ainda, que a falta de confrontação da cultura jurídica tradicional como cultura dominante o que transforma os sistemas jurídicos inflacionários em labirintos que fortalece uma sociedade de privilégios que inibem as promessas de igualdade perante a lei. Este panorama que afeta diretamente os recursos.

⁸⁴³ 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 Gomes de (org.). *Processo penal e garantias constitucionais*. Estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 248 e 249.

⁸⁴⁴ Por todos v. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal... op. cit.*, p. 99-103.

interposição do recurso para apresentar as razões de recorrer, caso seja manifestado o interesse pelo assistido.

Com isso, o recurso pode receber a roupagem de garantia da pessoa, por ocasião da interposição de recursos com revolvimento de matéria fática.

Para recursos sem revolvimento da matéria fática a intimação da pessoa também se torna indispensável. Havendo intimação pessoal da decisão e, demonstrado o interesse da pessoa em recorrer, deve ser comunicado o defensor para apresentar as razões recursais, já que o recurso foi interposto.

Quando da intimação do defensor e do oferecimento direto do recurso, a despeito da opinião do réu, o recurso deve ser encaminhado ao órgão competente (após a juntada das contrarrazões da parte contrária), na forma própria já prevista para cada recurso, já que esta forma compõe o estabelecimento do devido processo legal, ao fim do qual alguém pode ter perda dos bens ou da sua liberdade.

A contagem do prazo para interposição deve, nessa lógica, se dar a partir da intimação do réu ou a partir da intimação do defensor, o que ocorrer por último.

Quanto aos requisitos de admissibilidade tradicionais, esses são reduzidos a quase nada, pois a maioria dos requisitos de admissibilidade são mera burocratização da instância recursal com a finalidade de tolher o acesso.

Os únicos dados que devem ser analisados quando da admissibilidade dizem respeito à verificação se o recurso manejado é forma hábil para atacar determinada decisão, ou seja, se, pelo devido processo legal é possível o acesso ao segundo grau contra a decisão atacada (para além da análise da taxatividade) e se foi respeitado o prazo para sua interposição.

Havendo qualquer equívoco quanto à escolha do recurso, deve-se intimar o defensor para sanar o vício, pois já houve a demonstração de interesse em ver a decisão reformada, ou seja, interposição.

Para o recurso especial, por exemplo, a análise sobre a admissibilidade no processo penal então deveria estar adstrita àquilo que a própria Constituição estabelece como necessário, ou seja, a indicação de que a decisão fez “a) contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência”, conforme o previsto no artigo 105, II da CRFB. Se houve a indicação de contrariedade de lei, de tratado ou se houve a indicação de negativa de vigência, resolvida estará a fase de admissibilidade recursal, desde que, evidentemente, respeitado o prazo para interposição.

Para o recurso extraordinário, o acesso ao segundo grau de jurisdição tem por requisito de admissibilidade a verificação do prazo de interposição e a indicação de violação

da Constituição ou a declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, como previsto no artigo 102, III da CRFB.

Mais do que isso, a análise sobre admissibilidade que possa ser feita do recurso, com base em quaisquer outros dados implicaria na usurpação de competência do órgão previsto constitucionalmente para o julgamento de mérito de tais questões. Qualquer defensor ou advogado que maneja um recurso especial ou extraordinário percebe que a admissibilidade invade o mérito e subverte a competência jurisdicional que fora definida constitucionalmente.

Com o que se propõe aqui, resta resolvida a “dificuldade de acesso processual aos Tribunais Superiores, onde normalmente se encontra a competência originária para essas ações.”⁸⁴⁵

e) Dos Procedimentos Recursais

A diferença prática entre recursos com revolvimento de matéria fática e recursos sem reanálise de matéria fática se explicita mais profundamente quando se trata, agora, dos procedimentos.

Muito embora a procedimentalização dos recursos não comporte, na prática, a produção de provas perante o órgão colegiado, deve-se observar a pesquisa levada a cabo por RUBENS CASARA e MICHELLE AGUIAR⁸⁴⁶, acerca da ilusão do duplo grau de jurisdição em matéria penal.

Relata RUBENS CASARA⁸⁴⁷, acerca dos recursos julgados em determinada Câmara no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro “foram julgados em tempo exíguo, o mais demorado durou apenas três minutos e 54 segundos, enquanto o mais rápido, aproximadamente, seis segundos.”⁸⁴⁸ Mesmo se pensar que esse tempo fosse o destinado somente para debate é um tempo exíguo por demais (na pesquisa foram descontados o julgamento das ações autônomas de impugnação em *habeas corpus*).

Ainda de acordo com a referenciada pesquisa, se constatou que em outra Câmara, o julgamento mais demorado dos recursos pelo colegiado durou 2 minutos e 58 segundos, enquanto o mais rápido apenas 3 segundos. Sobre o julgamento colegiado de *habeas corpus*, cabe a ressalva do pesquisador: “vale citar um julgador que declarou: ‘para adiantar os *habeas corpus*, estou denegando todos’”⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ CHOUKR. Fauzi Hassan. *op.cit.* p. 1064.

⁸⁴⁶ Resultado da pesquisa disponibilizada por RUBENS CASARA. *Pesquisa revela a ilusão do duplo grau de jurisdição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-24/rubens-casara-pesquisa-revela-ilusao-duplo-grau-jurisdicao>>, acesso em 09 de julho de 2017.

⁸⁴⁷ *idem*.

⁸⁴⁸ RUBENS CASARA. *Pesquisa revela a ilusão do duplo grau. op. cit.*

⁸⁴⁹ *idem*.

Esclarece RUBENS CASARA, que pela pesquisa,

Ao se analisar essas sessões de julgamento fica evidente a ausência tanto da necessária construção pública e dialética das decisões judiciais em segundo grau de jurisdição quanto de fundamentação adequada à Constituição da República. A celeridade percebida nessas câmaras viola, por evidente, o princípio da duração razoável do processo, isso porque, tanto quanto a demora excessiva para o julgamento dos casos penais, o julgamento em tempo que inviabiliza a concretização dos direitos e garantias fundamentais das partes também afronta essa garantia constitucional.⁸⁵⁰

Com esse panorama acerca dos julgamentos dos tribunais, seria próprio afirmar que ocorre a preservação da garantia de acesso a um segundo grau de jurisdição efetivo? Evidentemente que não.

GERALDO PRADO já havia se manifestado sobre isso, em 2001, e, apesar de extensa a citação se faz necessária, pois, indica uma definição possível para um segundo grau garantidor da pessoa.

Desse modo, a igualdade de partes que indispensavelmente pesara a desigualdade material entre os dois sujeitos em posição de enfrentamento. Daí a advertência de que essa igualdade só terá plena condição de se efetivar na medida em que os dois sujeitos processuais parciais puderem dispor das mesmas armas ou de armas (instrumentos processuais e recursos materiais) equivalentes e souberem com antecedência quais são as regras do jogo. O que é permitido fazer? O que é proibido fazer? O que se deve fazer para se conquistar o gol, tal seja, alcançar o resultado mais favorável? Nesta linha de raciocínio, o que é necessário para convencer o juiz a respeito da procedência ou improcedência da pretensão deduzida? Como se deve agir para oferecer uma resistência real e efetiva à pretensão deduzida?(...)

Com efeito, um sistema de recursos como o brasileiro, que admite que uma sentença absolutória ou condenatória seja modificada pelo tribunal por meio de um recurso de apelação, sem que o tribunal tenha apreciado diretamente as provas e sem que o tribunal tenha ouvido imediatamente os argumentos das partes, guiando-se com exclusividade por um mecanismo de interpretação de textos, sobre os quais o tribunal se debruça (textos da apelação, das contra-razões, dos termos de depoimento de declaração, além da própria sentença que está ali impressa) não pode substituir o verdadeiro julgamento ou até ser considerado como tal.

Portanto, a oralidade é igualmente imprescindível no âmbito dos recursos, e mais do que isso, como garantia que se impõe mediante re-interpretação constitucional do princípio do juiz Natural.

Diante disso, a disciplina dos recursos tem que ser concebida de outro modo, não se visualizando apenas seu aspecto formal, mas também seu aspecto substancial. Afinal, como os convênios internacionais de direitos humanos cuidam do duplo grau de jurisdição?⁸⁵¹

A única previsão atual de produção de provas se dá pela conversão em diligências para a realização de atos instrutórios, como novo interrogatório do acusado, reinquirição de testemunhas ou outras diligências, do artigo 616, do Código de Processo Penal. Essa possibilidade estaria prevista apenas para o recurso de apelação. Segundo GUSTAVO

⁸⁵⁰ *idem*.

⁸⁵¹ PRADO, Geraldo. *Duplo grau...*, *op. cit.*, p. 106 e 113.

BADARÓ, “a aplicação de tal dispositivo, contudo, tem sido muito rara para não se dizer praticamente nula.”⁸⁵²

Efetivamente a prática brasileira da apelação penal coloca tal recurso não como um *novorum iudicium*, em que há um segundo juízo sobre tudo o que foi decidido em primeiro grau, inclusive, com nova atividade probatória realizada em segundo grau, mas como algo muito mais limitado: um exame crítico do julgamento em primeiro grau. Não é, pois, a apelação, uma “segunda” primeira instância.⁸⁵³

Os regimentos internos dos tribunais disciplinam o *modus procedendi* das diligências. Com isso, há um deslizamento na própria constitucionalidade, ferindo-se, como consequência, o princípio do juiz natural. Ocorre que, em verdade, tal possibilidade caiu praticamente em desuso. Tanto a conversão em diligências quanto a produção de provas perante o órgão colegiado são pouco utilizadas, apesar do que prevê o art. 616 do Código de Processo Penal⁸⁵⁴, que deveria ser presidido pelo relator.

Entende sobre este ponto GUSTAVO BADARÓ que:

No entanto, o artigo 616 deixa claro que, no caso de novo interrogatório ou de reinquirição de testemunhas, esses atos deverão ocorrer perante toda a câmara da turma julgadora do recurso, devendo ser presidido pelo relator. O colegiado em segundo grau deverá ouvir, de viva voz, as declarações do réu, das testemunhas ou do ofendido. Em tal matéria, não poderá o regimento interno dos tribunais determinar que tais diligências sejam realizadas em primeiro grau. Não só o interrogatório ou oitiva de testemunhas, mas todos os atos que sejam realizados por fonte de prova pessoais, como declarações do ofendido, acareações ou de reconhecimentos pessoais ou de coisas, devem ser realizados em contraditório e com imediação processual, razão pela qual, se o processo já está em segunda instância, tais atos deverão ser realizados no Tribunal e não em primeiro grau.⁸⁵⁵

Realizada uma pesquisa jurisprudencial⁸⁵⁶ acerca da aplicabilidade do artigo 616, do

⁸⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique. *op.cit.*, p. 192.

⁸⁵³ *idem*.

⁸⁵⁴ Código de Processo Penal: Art. 616. *No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.*

⁸⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op.cit.*, p. 193.

⁸⁵⁶ Foi pesquisado no sítio do Supremo Tribunal Federal os termos: “REINQUIRÇÃO E CPP-1941 ART-00616”. Localizou-se somente 3 acórdãos. Um deles de relatoria de Teori Zavaski que tratava de *habeas corpus* 127186/PR e sobre prisão preventiva, que foge ao objeto em estudo. O outro *habeas corpus* 100487/RJ foi ementado da com o seguinte fundamento: “Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. CP, ART. 157, § 2º, I E II. REQUERIMENTO DE NOVO INTERROGATÓRIO E OITIVA DE NOVA TESTEMUNHA EM SEDE DE APELAÇÃO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR DESCUMPRIMENTO DO ART. 616, CPP. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. O Tribunal a quo pode substituir a decisão ou confirmá-la, hipótese em que, valendo-se da análise exaustiva da sentença acerca da prova, não padece de nulidade. (Precedentes: HC 94384/RS, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/03/2010; RHC 91.405/RS, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ 24/10/08; HC 98814/RS, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJe 04/09/2009). 2. O interrogatório do acusado e a oitiva de testemunha no juízo de apelação, na forma do art. 616 do CPP, são diligências que se encartam no Poder do Tribunal, por isso que a rejeição das mesmas não enseja nulidade do julgamento quando o órgão a quo entende desnecessárias novas provas. (Precedentes: RHC 91.405/SC, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJe 24/10/2008); e HC 92181/MG, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, DJe

CPP, verificou-se ocorrer negativa do procedimento, sendo exigida demonstração de prejuízo para anulação da decisão. Há, assim, fortes marcas de uma tradição da teoria geral do processo, que está eivada de erros na sua estrutura.⁸⁵⁷

Com os exatos mesmos termos de pesquisa anterior, foram encontradas apenas 4 incidências no STJ⁸⁵⁸ sobre o artigo 616, do Código de Processo Penal, e o termo “reinqüirição”. Dele se extrai a máxima do acórdão de 2015: “De acordo com entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o artigo 616 (...), há faculdade, e não obrigação, do tribunal de segundo grau determinar ou não o reinterrogatório do acusado ou a reinqüirição da vítima ou de testemunhas, diante do conjunto probatório produzido.”⁸⁵⁹

No mesmo sentido, a decisão do Ministro Jorge Mussi, no HC nº 276485/SP, em 2014:

Ao interpretar o artigo 616 do Código de Processo Penal, que prevê que no

01/08/2008). 3. É o que dispõe o art. 616 do CPP, verbis: “No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinqüirir testemunhas ou determinar outras diligências.” 4. A doutrina do tema assenta, verbis: “Com a responsabilidade de formar o íntimo convencimento, mediante a livre apreciação da prova, no seu conjunto, tal qual o fez o juiz de primeira instância (...), os juízes, que vão julgar o caso em segunda instância, têm, naturalmente, a liberdade de fazer o exame direto dos elementos pessoais de prova (pelo que, o art. 616 autoriza o novo interrogatório do acusado e a reinqüirição das testemunhas, na sessão de julgamento, sem necessidade de termo, pois os julgadores estão presentes, e não há outra instância ordinária, para apreciar a espécie), bem como ordenar todas as diligências destinadas a sanar nulidade, ou melhor esclarecer a verdade dos fatos.” (in Espínola Filho, Eduardo - Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Editora Rio, 5 Edição, p. 301). 5. Deveras, é cediço na Corte que: “DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO ART. 616, CPP. REVOLVIMENTO DE MATERIAL PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA. (...) 3. A fundamentação exposta no sentença que embasou a condenação do recorrente pela juíza de direito, posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça se revela hábil e coerente, não havendo qualquer vício no acórdão da Corte local que possa ensejar a declaração de nulidade do julgamento. Além disso, repisa-se, não é possível revolver exame de prova em sede de habeas corpus. 4. O alegado descumprimento do disposto no art. 616, do Código de Processo Penal não ocorreu no caso em tela, tendo a Corte estadual fundamentado de maneira suficiente e adequada a razão pela qual não se tratava de hipótese de retratação das declarações prestadas pela vítima em juízo. 5. Recurso ordinário improvido.” (RHC 91.405/SC, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJe 24/10/2008); “(...) Improriedade do pedido de realização de nova instrução processual no segundo grau de jurisdição. Excepcionalidade da norma do art. 616 do Código de Processo Penal, não aplicável à hipótese (...)” (HC 92181/MG, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, DJe 01/08/2008). 6. In casu, verifica-se que o Tribunal de origem motivou adequadamente o indeferimento do pleito formulado pela defesa, que não logrou demonstrar o prejuízo a ela causado a justificar a anulação do julgado. 7. Parecer do parquet pela denegação da ordem. Ordem denegada.” Ou seja, denega a ordem por não demonstrar prejuízo na negativa do tribunal de produção das provas quando entender desnecessárias não compõe nulidade. O terceiro *habeas corpus* 69335/SP também nega a ordem por força da falta de demonstração de nulidade, mesmo tratando sobre laudo de sanidade mental.

⁸⁵⁷ As digressões sobre os equívocos na teoria das nulidades, remete-se à identificação dos vícios publicados em PAULA, Leonardo Costa de. *Nulidades no processo penal brasileiro: sua compreensão por meio da afirmação do Direito como controle ao poder de punir*. Curitiba: Juruá, 2012.

⁸⁵⁸ Encontrou-se 4 incidências na pesquisa jurisprudencial, apenas se utilizou os termos “reinqüirição” Código de Processo Penal e artigo 616. Encontrados apenas o AgRg no REsp 1418746 / SC de Relatoria de Maria Thereza de Assis Moura, o HC 276485 / SP de Relatoria do Ministro Jorge Mussi,

⁸⁵⁹ Voto de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura AgRg no REsp 1418746/SC. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=reinquiri%E7%E3o&ref=CPP-41+MESMO+ART+ADJ+%2700616%27&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>, acesso em 10 de julho de 2017.

juízo das apelações criminais é possível novo interrogatório do réu, reinquirição de testemunhas e realização de outras diligências, esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento de que o Tribunal, diante do conjunto probatório já produzido, tem a faculdade de autorizar ou não a produção de tais provas, sendo imprópria a implementação de nova instrução processual no segundo grau de jurisdição.⁸⁶⁰

O mesmo entendimento foi esposado pelo Ministro Fernando Gonçalves no REsp 256164/DF, no qual afirma: “O art. 616 do CPP traduz uma faculdade do órgão julgador, diante da análise do conjunto probatório, determinar ou não que o feito seja baixado em diligência.”⁸⁶¹

Em um acórdão de 1997, de relatoria do Ministro Vicente Leal, que concedeu o *habeas corpus*, está assim ementado: “A regra do art. 616, do CPP, deve ser concebida na linha de visão do princípio da ampla defesa, de dignidade constitucional, devendo ser assegurado ao réu a faculdade de ser novamente interrogado. ‘habeas-corpus’ concedido.” Ou seja, em 1997, a reinquirição, ainda sob a égide da redação original do Código de Processo Penal, era respeitada.

O Tribunal, em sede de apelação, seria que dispõe da “faculdade” sobre produção da prova. Como preservar a necessidade da imediação do juiz com a prova? Seria uma faculdade e não mais uma determinação legal? O princípio da oralidade, assim, é desprestigiado, o que demonstra ser o segundo grau um espaço para reafirmação do inquisitório, regido pela escrituração.

É certo que um segundo grau de jurisdição que funcione como garantia da pessoa deve resguardar as mesmas formalidades e oportunidades dadas à acusação no primeiro grau para a condenação. Essa é uma exigência mínima⁸⁶². O mesmo deve ser facultado ao réu que

⁸⁶⁰ Relatoria Ministro Jorge Mussi HC 276485/SP, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=reinquiri%E7%E3o&ref=CPP-41+MESMO+ART+ADJ+%2700616%27&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>, acesso em 10 de julho de 2017.

⁸⁶¹ Relatoria Ministro Fernando Gonçalves REsp 256164, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=reinquiri%E7%E3o&ref=CPP-41+MESMO+ART+ADJ+%2700616%27&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>, acesso em 10 de julho de 2017.

⁸⁶² Como não há a previsão, sob o manto do devido processo legal, de como se procedimentaliza a produção de provas em segundo grau, esta resta por ser a única forma de se preservar a garantia enquanto não houver uma previsão séria, na qual se possibilite a análise efetiva sobre o recurso. Resta, portanto, permitir o mesmo procedimento de primeiro grau, agora perante o órgão colegiado.

Essa medida é a única possível para se preservar as armas dadas à acusação em primeiro grau de jurisdição. O mesmo deve ser facultado ao réu que foi condenado em primeiro grau.

Assim, em se tratando de recurso sobre a admissibilidade da acusação (atualmente previsto como recurso em sentido estrito), o primeiro passo para vencer a inconstitucionalidade constatada é permitir que o acusado tenha direito a recorrer ao segundo grau de jurisdição, quando ocorre admissibilidade da acusação.

Toda a formalidade permitida para a acusação realizar a investigação, ao submeter a denúncia à análise de admissibilidade, deve ser concedida ao acusado para se permitir que a polícia judiciária atue na busca de indícios

foi condenado em primeiro grau, no caso de juízo de apelação e, até, no caso de embargos infringentes (ressalvando, neste caso, a vinculação das provas a serem produzidas adstritas ao âmbito da divergência).

Assim, em se tratando de recurso sobre a admissibilidade da acusação (atualmente previsto como recurso em sentido estrito), o primeiro passo para vencer a inconstitucionalidade constatada é permitir que o acusado tenha direito de recorrer ao segundo grau de jurisdição, quando ocorre admissibilidade da acusação⁸⁶³.

Toda a formalidade permitida para a acusação realizar a investigação, ao submeter a denúncia à análise de admissibilidade, deve ser concedida ao acusado para se permitir que a polícia judiciária atue na busca de indícios de prova para a defesa. A incumbência prevista para a autoridade policial é a de realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou Ministério Público, de acordo com o artigo 13, do CPP⁸⁶⁴.

Outro aspecto importante acerca do recurso em sentido estrito se verifica através das críticas de LENIO STRECK e RAFAEL DE OLIVEIRA sobre o modo com que o *habeas corpus* se dilatou no Brasil. Esses autores traçam crítica direta ao afirmar que esse “remédio” não deveria ser utilizado contra decisão que recebesse denúncia.⁸⁶⁵

de prova para a defesa. A incumbência prevista para a autoridade policial é a de realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou Ministério Público, de acordo com o artigo 13, do CPP.

Destaca-se, nessa sistemática, que a autoridade passa a ter obrigatoriedade de buscar indícios de prova para a defesa. A exigência da autoridade policial de produzir provas para a defesa é facultada quando da investigação, também sem contraditório para a acusação, como um espelho do que acontece no primeiro momento antes do oferecimento da denúncia. Somente assim se pode equilibrar a balança no que se refere ao recebimento da acusação e à possibilidade de revisão da decisão que recebe a inicial acusatória.

⁸⁶³ O recurso em sentido estrito só tem previsão para a decisão ou sentença que não receber a denúncia ou queixa, art. 581 do Código de Processo Penal, por força da paridade de armas, contraditório e ampla defesa deve ser lido este dispositivo conforme o tratamento constitucional e convencional falados anteriormente, ainda no capítulo 4, e, com isso, passa a ser possível impetrar o recurso para casos de recebimento da denúncia reparando-se o artigo 581, inciso I, do Código de Processo Penal para uma garantia da pessoa.

⁸⁶⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal e comentários...*, p. 120 expõe que “Deve-se ir mais além no sentido de uma reestruturação global da investigação, que, no que diz respeito à participação do investigado, deve ter uma definição mais precisa no que tange aos denominados incidentes que devem ser jurisdicionalizados e com a necessidade (e não mera possibilidade) da presença de uma defesa técnica em todos os atos que venham a comportar restrições à liberdade individual. Averte-se, mais uma vez, contudo, que adoções de medidas parciais, no bojo de reformas pontuais ou setoriais, como se dá no direito brasileiro, não são capazes de visualizar o sistema como um todo e, portanto, corre-se o risco de, tomando pontos isolados de um determinado raciocínio jurídico, construir uma realidade distorcida e fomentadora do desequilíbrio das situações jurídicas que envolvem os atores do sistema penal”. É justamente este o problema que se enfrenta neste ponto. Como não há uma exigência de realização dos atos da defesa e esta incumbência está determinada apenas para as diligências requisitadas pelo juiz ou Ministério Público, como se verifica no artigo 13, II do CPP, acaba por ser obrigado submeter o procedimento ao segundo grau com a possibilidade efetiva de indicações de diligências a serem realizadas, agora com a incumbência de atender a defesa, também sem contraditório para a acusação, como um espelho do que acontece no primeiro momento antes do oferecimento da denúncia. Somente assim se pode equilibrar a balança no que se refere ao recebimento da acusação e à possibilidade de revisão da decisão que recebe a inicial acusatória.

⁸⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Thomaz. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25. Além de outras críticas como o uso do *hc* para proteger as testemunhas em CPI’s.

De forma descontextualizada, o *habeas corpus*, que comportaria parte do sistema recursal brasileiro (já que até mesmo os ministros nos debates envolvendo o HC nº 126.292 e decisão em Medida Cautelar das ADCs 43 e 44 pensam assim), teria extrapolado a sua natureza de ordem mandamental contra iminência de limitação do direito de ir e vir. Acontece que esse *mandamus* não deve ser visto de forma descolada da inexistência de previsão suficiente a assegurar a paridade de armas nesse momento. Ou seja, deve ser facultado o uso do recurso em sentido estrito pelo acusado após o recebimento da inicial acusatória.

A lacuna no campo do conhecimento é tamanha que, para tais autores, é fácil traçar críticas pertinentes à dilatação do uso do *habeas corpus*, embora a doutrina usualmente não consiga enxergar a patente inconstitucionalidade presente no próprio recurso em sentido estrito, um recurso com o êmbolo da balança todo vertido para a acusação, causador, em parte, do excesso de seu uso.

Quando se compreende o processo penal a partir de uma visão influenciada pela teoria geral do processo, não há o que se discutir, já que os recursos são ditos de forma empírica. Recurso em sentido estrito é aquilo que o legislador disser que o recurso em sentido estrito é, com o agravante da possibilidade de interpretação jurisprudencial completamente contrária às convenções e pactos cujo Brasil é signatário.

A expansão do uso da ação de *habeas corpus* é sintoma de um sistema recursal caótico. Na defesa das garantias individuais, essa é, muitas vezes, a única forma de se fazer serem restaurados os direitos fundamentais pelo Judiciário.

Sobre o recurso em sentido estrito a faculdade de recorrer dada ao Ministério Público deve ser mantida. O que pela teoria dos recursos do processo penal brasileiro e a partir da sua sistemática se esclarece com fundamento nas próprias decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A CIDH⁸⁶⁶ já condenou o Brasil por falhas na investigação, determinando que o país realize investigações efetivas e completas para encontrar os responsáveis sobre determinados crimes. O recurso em sentido estrito é, portanto, o único recurso em que há a possibilidade recursal para o Ministério Público, de acordo com a teoria dos recursos no processo penal. Assim, garante-se a proteção da pessoa e o acesso ao segundo grau de

⁸⁶⁶ Por exemplo o caso Nova Brasília Vs Brasil em que o Brasil foi condenado a realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva das violações aos direitos humanos. CIDH. *Cosme rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros Vs. Brasil.* Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/11566FondoPt.pdf>> , acesso em 20 de julho de 2017 e, também, o Caso de Vladimir Herzog e outros em que o Brasil foi condenado a também realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva contra as pessoas que torturaram e mataram o jornalista. CIDH. *Vladimir Herzog e Outros Vs. Brasil.* Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>>, acesso em 20 de julho de 2017.

jurisdição, preservando-se a necessidade de manifestação judicial sobre a investigação quando do não recebimento da denúncia. Essa medida respeita as decisões da CIDH já referenciadas.

Já para o exemplo do recurso de apelação aqui, tomado como proteção da pessoa, deve ser assegurado e compensado o claro descompasso na paridade de armas do primeiro grau de jurisdição. Ao se interpor um recurso de apelação a garantia da oralidade e um efetivo julgamento em segundo grau se impõem. Então, no prazo de ingressar com as razões da apelação deve ser indicadas as provas que devem ser produzidas em segundo grau a fim de que seja desconstituída a sentença condenatória. Igual prazo é concedido ao acusador para propor provas com a finalidade de manutenção da condenação (em sede de contrarrazões).

Mas, qual seria o rito a se seguir quando se garante a produção de provas em segundo grau?

Por força da ausência de qualquer previsibilidade de rito o limite de direito do acusado no processo, por conta da omissão em segundo grau, dever ser garantida a reprodução do rito de onde partiu a condenação. Se o acusado foi submetido ao rito sumaríssimo, deveria ser garantida a ele a forma do rito sumaríssimo a fim de desconstituir a sentença de primeiro grau. Se ele foi submetido ao rito sumário deveria ser garantido a ele a forma do rito sumário a fim de desconstituir a sentença de primeiro grau e assim sucessivamente para qualquer rito ao qual ele foi submetido. Destaca-se que isso preservará o segundo grau como garantia da pessoa já que não há qualquer previsão.

Mas, não seria melhor um rito abreviado?

Por evidente que um rito abreviado, com a previsão expressa de se restar a produção de provas para desconstituir a condenação de primeiro grau seria, inclusive, mais célere. Entretanto, como não há qualquer previsibilidade de ritos para o segundo grau de jurisdição só se poderá permitir a produção de provas em segundo grau tal qual foi necessário para a produção da condenação em primeiro grau.

A acusação assume o papel inverso à que ocupou no rito o qual submeteu o acusado. Também poderá propor provas etc. a acusação. Em sede de apelação, por ausência de outra previsão legal, o devido processo legal deve ser o mesmo do primeiro grau, com a defesa vista como aquela que retira o órgão jurisdicional revisional da inércia.⁸⁶⁷

Sem isso, o segundo grau de jurisdição é mero engodo.

⁸⁶⁷ O mesmo raciocínio se aplica às limitações que acompanham todos os demais ritos, como o sumário, o ordinário etc. Toda a formalidade necessária para provar a acusação no primeiro grau deve ser facultada ao réu, para ser realizada no segundo grau. Invertem-se os papéis e obriga-se que o segundo grau de jurisdição prolate o acórdão após a realização de instrução e julgamento perante o colegiado. Não se deve esquecer que também

Argumentações vazias de conteúdo, que tendam a afirmar que isso obstaria a produção da justiça, aumentando a morosidade, são falhas. Apenas de forma exemplificativa, o processo penal chileno, reformado e resignificado sob o prisma do sistema acusatório, preserva a garantia da oralidade em segundo grau de jurisdição.

LEONEL POSTIGO⁸⁶⁸ informa, sobre a oralidade em segundo grau de jurisdição, o que no Chile se discutiu em sede de apelação. Um gráfico que informa que, em 7% dos recursos se discutiu prova novas; em 4% dos recursos, o conteúdo da apelação se pautava no que estava descrito no recurso; em 30% deles se discutiu arquivos com informação da investigação; em 33% se discutia aplicação normativa; em 11% se discutiu jurisprudência; e, em 15%, se discutiu a dogmática utilizada na decisão de segundo grau. Muito embora os recursos no processo penal chileno ainda são facultados à acusação e, mesmo que o Brasil não se compare à realidade chilena em relação à sua população, número de processos e implantação do sistema acusatório, é de se destacar que a taxa de demora entre a interposição do recurso e o julgamento pela corte com a leitura da decisão foi de 21,91 dias.⁸⁶⁹ Ou seja, menos de 22 dias para se processar e julgar o recurso interposto. Portanto, a desculpa quanto a demora na prestação jurisdicional é meramente argumentativa, dessa forma, o único caminho, para assegurar a previsão constitucional e convencional, ainda, permitir a diminuição dos recursos é limitar a atuação do acusador nos moldes já esclarecidos.

O que se deve ter em mente é que, quem pode estar regido pela identidade da faculdade é somente a pessoa, o indivíduo. Órgão colegiado não tem faculdade de nada. Esse apenas segue a cartilha do princípio da estrita legalidade, fazendo o que está previsto na Constituição, Convenções e tratados e por isso se deve é facultar ao condenado a produção de provas, na exata medida a que a pessoa foi submetida em primeiro grau.

Submeter o réu a nova discussão sobre a matéria, em caso de absolvição, é ferir a presunção de inocência e ferir o devido processo legal. Nesse caso, submete-se o presumidamente inocente a responder novamente ao processo em segundo grau de jurisdição,

deverá ser assegurado ao réu o favor rei, ou seja, depois de toda intervenção do acusador será permitida a atuação da defesa para suas palavras finais.

⁸⁶⁸ POSTIGO GONZÁLEZ, Leonel. *La oralidade em la etapa recursiva del proceso*. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/leonel-gonzalez-postigo-oralidad-etapa-recursiva-proceso-penal-chileno-dacf140392-2014-05/123456789-0abc-defg2930-41fcanirtcod>>, acesso em 07 de dezembro de 2016, p. 362.

⁸⁶⁹ POSTIGO GONZÁLEZ, Leonel. *La oralidade em la etapa recursiva del proceso*. *op. cit.*, p. 371. Destaca-se que no Código de Processo Penal chileno tem previsão expressa sobre produção de provas para recursos de fato, muito embora seja um recurso excepcional, já que o acusado quando submetido a julgamento é feito perante 3 julgadores em que toda a prova fora produzida perante os julgadores. Não se admite lá que o juiz busque provas ou produza prova. regido, de fato, por um sistema acusatório em que se preservam as garantias do réu. Mesmo assim há a previsão de produção de provas em segundo grau de jurisdição. MIQUEL, Cristián Maturana; LÓPEZ, Raúl Montero. *Derecho procesal penal, Tomo II*. Santiago: Thomson Reuters, 2012, p. 1201 e ss.

para que enfrente novamente a condenação, ou seja, sem garantir a procedimentalização necessária para os casos em que tiver sido condenado por um primeiro decreto condenatório. Assim, submetê-lo a novo processo, novo curso, a partir do que se pode entender por faculdade, é solapar sua condição humana, sua condição de cidadão e sua garantia de ser tratado como inocente.

Sem isso, não é possível expurgar a lógica punitivista e a procedimentalização burocrática que submete o réu a um novo julgamento perante novos juízes, os quais sequer são submetidos ao controle sobre o contato direto com a prova.

ALEXANDRE DA ROSA e SALAH KHALED esclarecem que o produto do ofício do juiz é controlado pela instância superior e, ainda, é submetido a uma pressão social, estimulada pela mídia a partir de uma cultura punitivista e, acrescentam:

Sua formação ou (de)formação jurídica costuma ser a expressão de uma contínua e deliberada busca de reprodução do mesmo: produz cegueira normativa. Não é por acaso que acabamos tendo juízes dedicados à reprodução ideológica da barbárie discursiva que é a exposição de motivos do CPP de 1941: foram nutridos por anos a fio com razão programática. Eis aí o perigo da narrativa decisória conformar um veículo arbitrário para o exercício do poder punitivo, mesmo que inconscientemente.⁸⁷⁰

JOSÉ SANTIAGO NETO afirma, por sua vez, que o “juiz não é mais um ser isolado, como um oráculo distante de tudo e de todos a quem devem ser levado os fatos para que seja dito o direito, o juiz está acompanhado da atividade jurisdicional que é construída de forma conjunta pelo juiz e pelas partes”⁸⁷¹.

A não ser que se considere satisfatório que no tempo exíguo, do julgamento em segundo grau de jurisdição, por três julgadores que devem também entrar em consenso na cenografia que tem sido o julgamento dos recursos, o mínimo a se afirmar é que a pessoa não teve o direito a um julgamento efetivo em segundo grau.

Destaca-se que, em três segundos, já referenciados na pesquisa realizada por RUBENS CASARA⁸⁷², não é possível sequer que o presidente pronuncie as palavras: “a palavra com o revisor”, menos ainda que o Revisor diga “acompanho o voto do relator” e o presidente da sessão diga “abre-se a palavra para o terceiro julgador” para que o terceiro

⁸⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR. Salah H. *O complexo de Münchhausen (no juiz) e o show do direito*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/06/24/o-complexo-de-munchhausen-juiz-e-o-show-direito/>>, acesso em 20 de julho de 2017.

⁸⁷¹ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 216.

⁸⁷² Resultado da pesquisa disponibilizada por RUBENS CASARA. *Pesquisa revela a ilusão do duplo grau de jurisdição*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-24/rubens-casara-pesquisa-revela-ilusao-duplo-grau-jurisdicao>>, acesso em 09 de julho de 2017.

jugador pronuncie: “acompanho o voto do relator”.

No momento em que se pretende que o réu passe de inocente a culpado, a partir de um julgamento de menos de 4 minutos⁸⁷³, sem revolvimento de matéria fática verificável pela população (embora toda atividade estatal deva ser controlada), o recurso se afirma apenas como mera justificção de um tratamento vil, pior mesmo do que previsto no Manual dos Inquisidores.

Lá, ao menos, era necessário que o acusador justificasse e negasse aquilo que estava presente na apelação do “herege”, com a possibilidade de o mesmo responder solto.

Em nossa realidade, o réu é ressubmetido a julgamento em clara ofensa à garantia convencional do segundo grau de jurisdição para proteção da pessoa e, em míseros segundos, tem sua liberdade é tomada por longos períodos de tempo.

O segundo grau de jurisdição deve estar preenchido pelo princípio da oralidade. A oralidade no segundo grau não pode se restringir somente a manifestações orais como alguns podem pensar. Oralidade demanda a observância de subprincípios indispensáveis. Em primeiro lugar, deve haver identidade física do juiz, ou seja, o juiz que esteve presente na produção de provas deve ser o que profere a sua sentença. No caso brasileiro: o órgão colegiado esteve presente na produção da prova para, após, julgar?

Em segundo lugar, também deve haver imediação do juiz com a prova, o que quer dizer que o juiz que julga deve estar presente na produção de provas e este deve estar efetivamente presente no momento da produção da prova, para preservar a cognição do magistrado acerca do que venha a ser decidido. Como é possível afirmar que o órgão colegiado está imediando a prova produzida no segundo grau de jurisdição com a práxis judiciária atual?

Em terceiro lugar, a audiência deve ser uma para que se possa preservar os demais subprincípios acima narrados e garantir a apreensão psicológica da prova produzida. Não parece razoável pensar que os três minutos e cinquenta e quatro segundos⁸⁷⁴ do julgamento perante o segundo grau de jurisdição em uma única “audiência” possam resguardar todos os demais subprincípios.

Em quarto lugar, exige-se a irrecorribilidade das decisões interlocutórias para que seja possível a preservação de todos os subprincípios anteriores, evitando-se que se cinda a audiência, o que fica mitigado em segundo grau⁸⁷⁵.

⁸⁷³ RUBENS CASARA. *Pesquisa revela a ilusão do duplo grau de jurisdição... op.cit.*

⁸⁷⁴ *idem.*

⁸⁷⁵ Sobre a Oralidade no Processo Penal brasileiro: PAULA, Leonardo Costa de e CROZARA, Rosberg de Souza. *O princípio da oralidade no processo penal brasileiro: Leis 11.689, 11.690 e 11.719 de 2008. In: Temas*

AURY LOPES JR. afirma que, para garantir a vigência da imediação e do princípio da oralidade, é indispensável que o juízo penal realize a análise de questões fáticas colhidas em primeiro grau e isso, “em segundo grau gera uma indesejável condicionante, que é o fato de a prova ser praticada no julgamento de primeiro grau, com o órgão *ad quem* fazendo um juízo de apreciação mediata, ou seja, através de materiais escritos e sem o contato do julgador com a prova”⁸⁷⁶.

O que se pode entender por preservar a lógica da escrituração, um dos dados que permitem apontar que o sistema é inquisitório.

A oralidade é, pois, garantia da pessoa também em segundo grau.

Diante da previsibilidade retrógada do Código de Processo Penal e descolada da proteção às garantias individuais, não é possível pensar o segundo grau de jurisdição de modo diferente.

Garantir o indivíduo contra os abusos estatais tem um custo. Esse compõe o elevado custo que se paga para a manutenção de um segundo grau de jurisdição, no qual as sessões de julgamentos não passam somente de cantorias entoadas como cultos em palavras quase inaudíveis, das quais só se pode compreender: “acompanho o voto do relator”, “acompanho o voto do relator”, “acompanho o voto do relator”. Cânticos nos quais mais e mais vidas são ceifadas sem o mínimo de reconstrução das provas produzidas.

NEREU GIACOMOLLI⁸⁷⁷ informou, em entrevista, que um dos motivos que o levou a se aposentar foi a impossibilidade temporal de ouvir as audiências de instrução e julgamento para proferir sua decisão, após a conversão do sistema de preservação da prova de escrita para gravação e registro da prova na sua essência, porque demandava muito tempo e tornava quase impossível a função jurisdicional ao se ter que assistir todo o rito de primeiro grau.

Como não é possível garantir que todos os julgadores na apelação, tenham tido contado direto com a prova produzida acerca do caso penal ressubmetido ao segundo grau de jurisdição, qual outra solução possível para garantir contato direto com a prova? Não se tem controle deste contato e em uma República não pode existir poder sem controle.

A experiência que é presumida⁸⁷⁸ dos julgadores em segundo grau não dá o dom de

para uma perspectiva crítica do direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

⁸⁷⁶ LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 967.

⁸⁷⁷ Entrevista acerca dos motivos do seu pedido de aposentadoria como desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 03 de junho de 2016.

⁸⁷⁸ Sobre isso tratou-se no capítulo dois. Alguns doutrinadores justificam a possível maior qualidade da decisão em segundo grau de jurisdição por força da experiência e do tempo de magistratura.

onisciência das coisas. Isso apenas seria uma presunção de experiência pelo decurso do tempo, que nem sequer é verificável. A onisciência é atributo de outro julgador, não da jurisdição mundana; e sua compreensão demanda questões para além da ciência e da realidade intrínseca na ciência jurídica.

PERFECTO IBÁÑEZ⁸⁷⁹ já se debruçou sobre a imediação do juiz com a prova em segundo grau de jurisdição, afirmando que a dupla instância é uma garantia essencial para se verificar a qualidade do primeiro julgamento. No segundo juízo e sem o contato direto com a prova, perdem-se informações só perceptíveis quando em contato direto do julgador com a prova.

Por evidente que pode ser muito mais conveniente ter uma previsão de procedimento mais estreito e focado na possibilidade de produção de prova pela defesa para enfrentar somente a sentença condenatória.

Isso está previsto no procedimento de impugnação do Código da Província de Neuquén. Lá, a impugnação deve ocorrer no prazo de 10 dias para sentença (ou 5 dias para qualquer outra decisão). Na impugnação se indica, lá, a forma que a defesa deve receber as intimações. Esta impugnação deve ser acompanhada das cópias necessárias, se não for impugnada diretamente pelo imputado. O impugnante deve, ainda, requerer a produção de prova junto com o pedido escrito de interposição, e indicar a circunstância concreta que pretende provar. A prova que não se vincula diretamente à impugnação não é aceita. Assim, abre-se vista às outras partes para se manifestarem. Em 10 dias, o tribunal designa audiência oral para julgamento em segundo grau de jurisdição.⁸⁸⁰

⁸⁷⁹ IBÁÑEZ, Perfecto. *Sobre el valor de la intermediación*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKE5vD_IHVAhWHfZAKHXMuD5wQFggpMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.alfonsozambano.com%2Fdoctrina_penal%2Fvalor_inmediacion.doc&usq=AFQjCNFc32hKOd8LF4vduQDJZN3pgVVK0A>, acesso em 10 de julho de 2017.

⁸⁸⁰ Previsão do Código de Processo Penal da Província de Neuquén, já citado acima. Previsão: “PROCEDIMIENTO DE LA IMPUGNACIÓN Artículo 242° Interposición. La impugnación se interpondrá por escrito, ante el mismo tribunal que dictó la resolución, dentro del plazo de diez (10) días si se trata de sentencia y de cinco (5) días en los demás casos. Se deberá también designar el domicilio y el modo en que pretenden recibir las comunicaciones del Tribunal de Impugnación. El impugnante deberá acompañar las copias necesarias para ser puestas a disposición de las otras partes, salvo que el recurso sea interpuesto directamente por el imputado. Artículo 243° Prueba. Si el impugnante requiere la producción de prueba, la ofrecerá junto con el escrito de interposición, señalando en forma concreta la circunstancia que se pretende probar. No se admitirá prueba que no se vincule directamente con el contenido de la impugnación. Artículo 244° Comunicación y remisión. Formulada la impugnación, el tribunal que dictó la decisión cuestionada comunicará la interposición a las otras partes, poniendo a su disposición su contenido. En los supuestos en que se haya ofrecido prueba, la valoración de su procedencia será decidida por un juez distinto, designado por el Colegio de Jueces, que convocará a una audiencia dentro de un plazo máximo de cinco (5) días para decidir lo que corresponda. Vencido ese plazo se remitirá al Tribunal de Impugnación, adjuntando exclusivamente el escrito de interposición, la resolución sobre la prueba y los registros de la audiencia en donde se tomó la decisión impugnada. Artículo 245° Audiencia. Dentro de los diez (10) días de recibidas las actuaciones, el Tribunal de Impugnación convocará a una audiencia

Com isso, percebe-se uma codificação que trata do segundo grau de jurisdição como garantia da pessoa e preserva as convenções e tratados ratificados também pelo Brasil.

É de se destacar, ainda, que JULIO MAIER⁸⁸¹, o inspirador dessa codificação, chega a afirmar que o segundo grau de jurisdição, pela sua função de garantia, não pode conceber, nunca, que se dê ao acusador faculdades para que uma sentença absolutória seja revertida em condenação e, ainda, que a absolvição não possa provocar nenhum risco para o acusado, nem para sua defesa, por mais infundada e injusta que tenha sido a solução do caso. Isso porque, nesse caso, o acusado também teria sido vítima de uma injustiça, já que submetido a jurisdição por um juiz que praticou algum absurdo jurídico ou erro crasso.

Como visto, sem se tornar o segundo grau de jurisdição uma garantia da pessoa, os argumentos são sempre voltados a tornar os recursos uma espécie de controle, de tradição autoritária, com a tendência do uso da máquina judiciária para produzir um reforço da cultura do punitivismo. Dessa forma, a garantia perde sua função precípua, que, diga-se, nunca foi alcançada no caso brasileiro.

Em outro estudo, JULIO MAIER é mais expresso:

A origem histórica dos recursos contra decisões judiciais (marcadamente autoritária)

oral y pública. La audiencia se celebrará con las partes que comparezcan o sus abogados, quienes debatirán oralmente el fundamento de los recursos. Podrán ampliar la fundamentación o desistir de los motivos ya invocados. En la audiencia los jueces podrán requerir precisiones a los recurrentes sobre las cuestiones planteadas y sus fundamentos legales, doctrinarios o jurisprudenciales. Quien ha ofrecido prueba tomará a su cargo la presentación de ella en la audiencia. De ser necesario, se requerirá el auxilio de la fuerza pública. Regirán en lo pertinente las reglas del juicio oral. Artículo 246º Resolución. El tribunal dictará resolución en forma inmediata o en el plazo máximo de diez (10) días. Si la anulación es parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio o resolución. Si por efecto de la resolución debe cesar la prisión del imputado, el tribunal ordenará directamente la libertad. Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal resolverá directamente sin reenvío. Artículo 247º Reenvío. Si se reenvía a un nuevo juicio, no podrán intervenir los jueces que conocieron del juicio anulado. Para el caso de corresponder un nuevo juicio, previamente, un juez designado por el Colegio respectivo, examinará las nuevas pruebas que se ofrezcan, actuando de modo análogo al que corresponde en la audiencia de control de la acusación. Si el reenvío procede como consecuencia de un recurso del imputado, en el nuevo juicio no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero. Si en el nuevo juicio se obtiene una segunda absolución, esta decisión no será susceptible de impugnación alguna.”

⁸⁸¹ MAIER, Julio B.J. *Es la inmediación una condición de la condena penal?* In: Revista *Jueces para la democracia. Información y debate*, n. 49, março 2004, p. 16. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0ByhMNmX0p_pGVUtERWw4b0ZsNXM/view>, acesso em 10 de julho de 2017. Tradução livre de: “La primera pregunta que surge -o, en honor a la verdad, que me surge a mí- en ese contexto problemático reza: ¿qué es lo controlable para la afirmación de “la verdad” como garantía del sometido a un enjuiciamiento penal?; o, dicho de otra manera, ¿cuál debería ser el objeto de ese control?, si la averiguación de la verdad funciona como garantía del justiciable. Ya esa pregunta respondo casi automáticamente: sólo la condena penal – eventualmente la aplicación de una medida de seguridad y corrección, reacción estatal que aquí dejo de lado para simplificar la redacción del texto-, ya que la absolución, debido a la caracterización de la investigación de la verdad como garantía del acusado, no provoca, en principio, riesgo alguno para él, ni para su defensa, por infundada e ...”injusta” que fuera la solución del caso. A ella parece equiparable la sentencia benigna a favor del acusado, de modo que el control sólo se puede producir a su favor, nunca en disfavor de él.”

de um lado, e as inconsistências e contradições do seu sistema atual, pendente (como temos observado várias vezes) de um delicado equilíbrio entre esse autoritarismo e a compreensão do sistema conforme a idéia básica do Estado de Direito em matéria penal - equilibrar as armas e garantir ao acusado um tratamento justo – de outro lado, tem logrado consagrar (a despeito das regras básicas) exceções abertas a essas regras que, a par de convocar uma adaptação forçada da ideia política de referência (podem dar origem a aplicações autoritárias, exagerar seu uso e as interpretar extensivamente). Esse risco me conduziu a pensar que resta necessária uma transformação do sistema de controle das decisões judiciais, a fim de garantir ao eventual prejudicado por elas a menor possibilidade de erro e adaptá-lo melhor à ideia política do Estado Democrático de Direito, pois o sistema atual e algumas de suas normas já podem ser, em alguns casos, qualificados como hipócritas e até mesmo cínicos.⁸⁸²

Os erros judiciais são a razão para justificar a existência do segundo grau. Porém, não só é possível o erro na primeira decisão, como também é possível o erro na segunda, com a única diferença de que, agora, se conta apenas com mais juízes e que talvez estes sejam mais antigos⁸⁸³.

Sobre esse ponto, até mesmo se pode afirmar que “por conseguinte, ninguém ousará afirmar que uma decisão qualquer, apenas porque prolatada pelo STF em recurso extraordinário, será, automaticamente, portadora de melhor quilate técnico e de melhor solução jurídica do que aquele decisório por ela reformado”⁸⁸⁴.

Num sistema recursal como o brasileiro? O que poderia então se afirmar?

Não é sem razão que são identificados equívocos no sistema recursal, no sistema de produção da justiça, embora se tente reparar o sistema reforçando ainda mais o uso dele contra o réu no fim acaba por inflá-lo.

Alguns⁸⁸⁵ pensam que se deve limitar o acesso ao juízo superior para a acusação,

⁸⁸² MAIER, Julio B.J. *Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales?* In: ALVAREZ. Daniel Gonzalez (org.). *El recurso contra la sentencia penal en Costa Rica*. São José: Associação de Ciências Penais, 2015. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/31060-1.pdf>>, acesso em 10 de julho de 2017, p. 15. Tradução livre de: “El origen histórico de los recursos contra las decisiones judiciales, marcadamente autoritário, por una parte, y las inconsecuencias y contradicciones de su sistema actual, pendiente, como lo hemos observado múltiplemente, de un delicado equilibrio entre esse autoritarismo e a comprensión del sistema conforme a la idea básica del Estado de Derecho en materia penal –equilibrar las armas y garantizar al imputado un trato justo–, por la otra, han logrado consagrar, al lado de las reglas básicas, excepciones abiertas a esas reglas que, a la par de convocar a una adaptación forzada a la idea política de mención, pueden dar pie a aplicaciones autoritárias no bien se exagere su uso y se las interprete extensivamente. Ese riesgo me há conducido a estimar que resulta necesaria una transformación del sistema de control de las decisiones judiciales, para garantizarle al eventual afectado por ellas la menor posibilidad de error y adaptarlo mejor a la idea política del Estado democrático de Derecho, pues el sistema actual y algunas de sus normas ya pueden ser, em ocasiones, calificados de hipócritas y hasta de cínicos.”

⁸⁸³ MAIER, Julio B.J. *Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales...* *op.cit.*, p. 16 a 17.

⁸⁸⁴ KUKINA, Sérgio Luiz. *O princípio do duplo grau de jurisdição*. In: Revista de Processo. São Paulo: RT. Ano 27, nº 109, jan-mar de 2003, p. 103.

⁸⁸⁵ “Poder-se ia concluir que se aproimoraria o duplo grau de jurisdição com a previsão do acesso do acusador ao juízo superior somente para o reexame das questões jurídicas. A prática norte-americana revela que, presents os valores e os costumes desse povo, é perfeitamente viável essa restrição ao acusador, sem prejuízo à efetividade do processo e com a garantia de se evitar o duplo risco de condenação para o argüido. Todavia, as peculiaridades de nosso sistema – falta de maior participação popular nos negócios da justice, deficiências orgânicas e quanto

autorizando-o somente para a revisão de questões jurídicas, de modo que a alteração deveria ser feita de forma gradual.

O que se espera na mudança da teoria geral dos recursos para a teoria dos recursos do processo penal brasileiro é que os vícios seculares que são enfrentados no país sejam resolvidos e se passe a proteger quem efetivamente é o destinatário da proteção: a pessoa.

Sobre os efeitos recursais, se fosse necessário usar categorias da teoria geral dos recursos, todos os recursos no processo penal devem ter efeito suspensivo e devolutivo. Desnecessário, pois, se pensar nessas categorias, já que deve o acusado ou condenado estar ancorado pelo princípio da presunção de inocência, talvez só para fins tautológicos.

O problema que se pode diagnosticar quanto às discussões acerca do efeito suspensivo do recurso especial e extraordinário diz respeito mais à adoção de discursos que afirmam a quantidade excessiva de recursos procrastinatórios. Lança-se mão dos mesmos argumentos fascistas que optaram por um sistema inquisitório como forma de produção de uma “justiça penal” apta a encarcerar.

Os embargos de declaração, por exemplo, por conceito, não se adequam a uma identidade de recurso. Principalmente por que não se pode pensar que uma decisão seja válida se contiver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

Não é simplesmente porque o Código de Processo Penal nominou os embargos de declaração como recurso que o são. Devem, ao contrário, serem compreendidos como uma petição de questionamento de validade da decisão.

Afinal, se os embargos de declaração fossem recursos, o mínimo que deveria ser feito ao se deferir-los é anular a decisão e exarar outra, afastando-se os erros que justificaram sua oposição e o julgador. Nos embargos de declaração, assume-se que esses são erros crassos. Os embargos de declaração não servem para proteger as partes. Se sua função fosse a de proteção da pessoa, jamais se aceitaria que no processo civil o prazo é de 5 dias⁸⁸⁶ e, no processo penal (cujo bem é infinitamente mais relevante) é de meros 2 dias⁸⁸⁷.

Deve-se lembrar, das diversas críticas de LENIO STRECK, que o Tribunal passou a negar os embargos de declaração com a máxima de que o próprio tribunal não estaria obrigado a enfrentar todos os argumentos e teses das partes, como se respondesse a uma

aos sujeitos processuais – recomendam que a passagem de um sistema de amplo acesso ao acusador ao Segundo grau, como o vigente na atualidade, para um modelo de ingresso mais racional no juízo *ad quem* seja feito de forma gradual.” Em: PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: RT, 2006, p. 175.

⁸⁸⁶ Arts. 1022 e 1023, nCPC.

⁸⁸⁷ Art. 619, CPP.

cartilha, e, pelo próprio autor⁸⁸⁸, isso, *per se*, já é a declaração expressa da própria omissão da decisão.

No máximo, pode-se pressupor que os embargos de declaração são, na verdade, uma proteção à higidez da decisão e, no fim, protege-se efetivamente a boa administração da justiça e com mais rigor, o juiz. Portanto, inaplicável à compreensão de que seja um recurso no processo penal, o que o torna uma proteção do juiz a equívocos crassos produzidos por ele mesmo.⁸⁸⁹

Salta aos olhos que, ao contrário de todas as argumentações acerca dos problemas relatados pelos críticos do estabelecimento da presunção de inocência apenas após o trânsito em julgado, o problema do sistema recursal está na demora da prestação jurisdicional. A decisão em Medida Cautelar das ADCs 43 e 44 nada mais é do que jurisprudência defensiva.

Para exemplificar, o fato de o caso Pimenta Neves ter demorado 12 anos para ser julgado não reside no uso dos recursos⁸⁹⁰. Na verdade, o que demorou foi, sim, a prestação jurisdicional, pois os prazos recursais no processo penal não ultrapassam 15 dias.

Se a prestação jurisdicional obedecesse a um prazo para a resposta dos recursos e se o segundo grau de jurisdição se tornasse um efetivo momento processual de proteção da pessoa, não resta dúvidas de que o número de recursos especiais, de recursos extraordinários

⁸⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Virou moda dar o drible da vaca nos embargos de declaração no crime*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/senso-incomum-virou-moda-dar-drible-vaca-embargos-declaracao-crime>>, acesso em 20 de julho de 2017. E Também em: STRECK, Lenio Luiz. *Az dak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-29/senso-incomum-azdak-humpty-dumpty-embargos-declaratorios>>, acesso em 20 de julho de 2017. A crítica de que embargos de declaração não são recursos não é nova, veja TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, Vol 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 35-36, quando assim se manifesta: “Os recursos no Projeto. No Código de 1942 aparecem como *recursos* vários remédios que, a meu ver, não são propriamente recursos: o *habeas corpus*, a carta testemunhável, os embargos de declaração, o protesto por novo júri e a revisão. (...) Os embargos de declaração, considerados em meu Anteprojeto meio de pedir a correção de erros materiais da sentença (arts. 351 e 699, parágrafo único, I), foram também assim tratados no Projeto nº 633 (arts. 428 a 432 e 578 a 580)”

⁸⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Nas so(m)bras da filosofia da consciência*. In: BONATO, Gilson. *Processo penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 458, já sinalizava este problema: “Ora, decisões judiciais fundadas em meros enunciados (ementas jurisprudenciais) sem a necessária justificação já são, *per se*, nulas. Isto é, os ED podem até não ser um mal em si. Entretanto, a *sua previsão acaba sendo contraditória com o modelo constitucional de fundamentação como dever fundamental previsto no art.93, IX*. Além disso os ED ferem o princípio do contraditório e da igualdade, circunstância que assume maior gravidade se examinarmos a previsão do parágrafo primeiro do aludido art. 497, § 1º, que admite ‘efeitos modificativos’ aos embargos! Observe-se que a parte contrária apenas será ouvida quando se tratar de embargos de declaração com pretensões modificativas.”

⁸⁹⁰ O Ministro Luis Barroso utilizou-se do exemplo do caso Pimenta Neves para poder justificar suas razões para obrigar a execução provisória da sentença que ainda não conte com trânsito em julgado. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>>, acesso em 10 de julho de 2017, p. 7. Destaca, ainda, nesse voto os argumentos que o Ministro traz: “O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e estimulava as pessoas a voltarem ao tempo da vingança privada e quererem fazer justiça com as próprias mãos.” (...) “O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e difundia a impressão de que neste país o crime compensa.” Ou “O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era um golaço da impunidade.”, p. 8. Bem similar da leitura da exposição de motivos do Francisco Campos, como já demonstrado no capítulo próprio.

diminuiria, ocorrendo o mesmo quanto ao número de *habeas corpus* (mesmo que este não seja recurso).

O Código de Processo Penal Paraguaio⁸⁹¹ prevê que todos os seus prazos são peremptórios, conforme o artigo 129 da Lei 1286/98, e estabelece que é direito da pessoa que o procedimento integral acarrete em uma decisão em, no máximo, 3 anos. Acresce aquele diploma que esse prazo se estende por 6 meses caso exista recurso. Essa informação compõe apenas a exemplificação de que o processo penal não pode demorar eternamente, e o responsável pela demora não é o acusado. Lá, quem responde pela demora na prestação jurisdicional serão o Estado ou os funcionários responsáveis.

Com o estabelecimento da teoria aqui explicitada, entende-se que haveria diminuição também no número de recursos ao segundo grau de jurisdição, já que haveria limitação recursal do Ministério Público, o qual só atuaria efetivamente em proteção da pessoa, quando recorresse da não admissibilidade da acusação. Aí, quem sabe, aqueles três minutos e 54 segundos⁸⁹² para julgar um recurso não passariam a um tempo razoável para produção de provas e debates dos magistrados em que se poderia afirmar que houve efetivo julgamento em segundo grau?

O segundo grau de jurisdição e, por consequência, os recursos no processo penal, quando estabelecidos a partir da teoria dos recursos do processo penal brasileiro, simplificado, e excluídas as classificações impróprias e inúteis, além da adequação dos critérios de admissibilidade, é algo que urge acontecer. Não tarda, o Brasil se dará conta, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da impropriedade com que se trata a pessoa. Não somente no que se refere ao duplo conforme, mas no que se refere à qualidade da prestação jurisdicional por um recurso efetivo⁸⁹³.

⁸⁹¹ VASQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo e CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabian. *Ley n. 1286 – Código procesal penal comentado actualizada*. Asunción: Intercontinental, 2008, p. 313.

⁸⁹² Resultado da pesquisa disponibilizada por RUBENS CASARA. *Pesquisa revela a ilusão do duplo grau de jurisdição*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-24/rubens-casara-pesquisa-revela-ilusao-duplo-grau-jurisdicao>>, acesso em 09 de julho de 2017.

⁸⁹³ Após o curso realizado no Chile (Ferramentas para implementação de um Sistema Acusatório no Brasil), foi feita proposta de alteração do dispositivo legal do PLS 156/2009 (hoje em trâmite na Câmara sob o nº 8.045/2010) cujo artigo 461 tem a redação: “Art. 461. O recurso poderá ser interposto pelas partes e, nas hipóteses previstas em lei, pela vítima, pelo assistente ou por terceiro juridicamente prejudicado. § 1º Ao acusado é facultado interpor o recurso pessoalmente, por petição ou termo nos autos, caso em que o juiz intimará ou, se necessário, nomeará defensor para apresentar as razões. § 2º O recurso da defesa devolve integralmente o conhecimento da matéria ao tribunal.” Para a redação: “Art. 461. O recurso poderá ser interposto pelo réu e, nas hipóteses previstas em lei pela vítima, pelo assistente ou por terceiro juridicamente prejudicado. § 1º Ao acusado é facultado interpor o recurso pessoalmente, por petição ou termo nos autos, caso em que o juiz intimará ou, se necessário, nomeará defensor para apresentar as razões. (sem alteração) § 2º O recurso da defesa devolve integralmente o conhecimento da matéria ao tribunal. (sem alteração) § 3º O recurso da acusação enquanto garantia da pessoa prescinde da manifestação da vontade da vítima ou procurador municipal, estadual, federal ou de autarquia que seja diretamente responsável pelo bem jurídico lesado não é suprimível pela manifestação do

Nessa hipótese, talvez a doutrina se dê conta de que importou categoria demais, que propôs soluções inúteis, ou se importou com divergências doutrinárias sem necessidade para explicar o mundo de coisas que não torna o segundo grau garantia da pessoa.

Os linchamentos, de onde se iniciou o capítulo, e os numerosos condenados por uma pseudojustiça dada pelas mãos do povo, apontam para mais e mais vítimas de um sistema jurídico caótico, demasiadamente caro, cheio de acréscimos salariais⁸⁹⁴ e baixíssima qualidade e eficiência na produção jurisdicional.

Esse estado de coisas só irá mudar no momento em que o processo penal se torne espaço para a proteção da pessoa e não uma luta de interesses pessoais para estar sob o foco do primeiro holofote, ou presente em uma noite de autógrafos ou, até quem sabe, em um espaço no jornal para narrar o quão “justo” um juiz ou promotor são.

A opinião pública é uma coisa, mas a necessidade racional por um processo penal para resolver os vícios e a falibilidade humana é outra.

Os recursos, no processo penal, são, por essência, estabelecidos pela *non reformatio in pejus*. Esse é o mínimo a se estabelecer na proteção daquele que grita, daquele que clama para que sua pele não seja arrancada e alimente o lobo que se reveste da pele de cordeiro.

O paradigma, aqui, é o da pessoa, o ser vivente, e somente assim se poderá deixar de utilizar o processo penal para sufragar a vida dos que foram dispensados de humanidade, ao serem selecionados pelas agências primárias e secundárias de criminalização como clientes prioritários da contenda penal massacrante na qual o indivíduo é somente coisa do processo.

acusador público.”. Essas digressões foram produto de artigo publicado em 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 brasileiro*. In: POSTIGO GONZÁLEZ, Leonel. *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago; CEJA, 2017.

⁸⁹⁴ Até mesmo a Folha já noticiou a alta de 30% nos benefícios concedidos ao judiciário. FOLHA De S. Paulo. *Em ano de crise, benefícios ao Judiciário têm alta de 30%*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/01/1854129-em-ano-de-crise-beneficios-ao-judiciario-tem-alta-de-30.shtml>>, acesso em 20 de julho de 2017.

CONCLUSÃO

A finalidade da tese foi a de apresentar um conteúdo teórico próprio para os recursos no processo penal brasileiro.

Os vícios dogmáticos estabelecidos a partir de uma lógica derivada de uma sociedade que pune demais, que optou por resolver os problemas da modernidade tardia através do judiciário, acaba por inflar a jurisdição.

Os equívocos apontados no capítulo 1 também são reflexo de um demasiado apego a um paradigma científico ultrapassado, que culmina em um déficit de compreensão dos problemas próprios da ciência do processo penal, no Brasil.

Este paradigma foi definido pela teoria geral do processo. Os vícios de lá decorrentes impõem ao processo penal resquícios e ranços que fazem legitimar os dogmas da teoria geral do processo para qualquer dos campos, sem que se dê conta que identificam institutos supostamente comuns, com o mesmo signo, mas com conteúdo distinto, o que inviabiliza uma teoria geral.

A paralisia do paradigma científico interrompe o desenvolvimento científico e impede que as identidades próprias do direito processual penal sejam resolvidas e superadas, o que culmina nos equívocos quando da prestação jurisdicional no tratamento dos casos penais.

A paralisia paradigmática também reflete um problema central do processo penal em um Estado Democrático de direito: deve se ancorar o sistema processual penal em um modelo de sistema acusatório, por determinação constitucional. Porém, no plano do funcionamento concreto do sistema de justiça, este modelo é negado pela prática judiciária e cultura manualesca.

No capítulo dois, demonstrou-se a consonância plena entre os recursos no direito processual civil e o que se produz sobre o tema atualmente no âmbito do direito processual penal.

Arraigados a uma herança comum, os institutos da teoria geral dos recursos são aplicados tanto para o direito processual civil quanto para o direito processual penal. Não raro, as referências e citações se confundem, o que demonstra um eixo comum de pensamento que se distancia de uma visão autônoma do processo penal.

Para além do pragmatismo, autores preocupados com o processo penal demonstraram a necessidade de tratamento teórico próprio para o sistema recursal no processo penal e esta foi a perspectiva aqui apresentada.

No capítulo 3 foi necessário abordar o momento jurídico-político atual, mesmo que apenas através de um recorte restrito indispensável ao estudo, pois refletido na interpretação da presunção de inocência. Muito embora constitua uma garantia distinta daquela referente ao segundo grau de jurisdição, a presunção de inocência é como se justifica a existência e manutenção de uma estrutura recursal no processo penal.

A presunção de inocência, pelo texto expresso constitucional, deveria pautar a atuação das cortes superiores. Entretanto, como se percebeu, presos os tribunais a uma lógica populista e punitivista, houve uma opção política de alterar a interpretação constitucional da presunção de inocência que havia sido dada pelo STF o no julgamento do HC nº 84.078-7, de relatoria do ministro Eros Grau, em 2009. Desde 2016, essa alteração na jurisprudência do Supremo significou verdadeira mutação inconstitucional, ultrapassou os limites semânticos do texto constitucional e contra qualquer critério de proporcionalidade em relação ao direito fundamental da envergadura da presunção de inocência.

No curso desse processo de involução, em 2011 foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição de nº 15/2011, com o objetivo de impor o trânsito em julgado de sentenças condenatórias já em sede de apelação, ou seja, antes dos recursos às cortes superiores. Após as discussões sobre um projeto de lei do Senado (nº 402/2015), cuja parte do conteúdo dos debates foi discorrido no capítulo 3, a corte constitucional optou por simplesmente retomar o entendimento anterior a 2009 para dar eficácia à decisão penal condenatória não transitada em julgado e revogar o texto constitucional, embora não o tenha feito expressamente.

Os problemas relatados, seja no debate do PLS (nº 402/2015), seja na decisão do HC nº 126.292, ou na decisão das Medidas Cautelares nas ADCs 43 e 44, não abordam com profundidade o tema do trânsito em julgado, mas apontam para um problema ínsito a um sistema recursal moroso, inefetivo, ineficiente e descuidado da função de proteção da pessoa seja no primeiro grau seja no segundo grau de jurisdição. Procurou-se, de forma equivocada, ao arrepio da regra constitucional expressa, resolver o problema da demora na prestação jurisdicional. Autorizou-se, assim, submeter o acusado, sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a iniciar o cumprimento da pena, mesmo que o processo ainda esteja em curso e, portanto, passível de modificação por outro órgão jurisdicional.

Argumentos metajurídicos que dizem respeito à opinião popular sobre a justiça, impunidade, etc. refletem, na verdade, o grau de insatisfação da população, que culminou em uma verdadeira jurisprudência “defensiva”. O que expõe, ainda mais, o estado de coisas inconstitucionais em que se encontra nosso sistema penal.

Retomou-se, com uma aparência de cientificidade, a alteração da presunção de inocência para uma ideia de presunção de não culpabilidade, contrária ao que está estabelecido até mesmo na Declaração Universal de Direitos do Homem: a *presumption* conectada com a expressão de inocência, agora vertida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal para a mesma forma de interpretar de antes da Revolução Francesa. As suas raízes estruturantes, na codificação italiana, que inspiraram Francisco Campos quando da elaboração do Código de Processo Penal, fazem-se vivas e contrariam texto expresso da Constituição da República.

Ainda que inconscientemente, volta-se ao pensamento autoritário produzido pelas Escolas Positiva e Técnico-Jurídica italiana. A produção de Vincenzo Manzini foi reavivada e com isso revivificado também um conceito sobre a presunção de inocência fortemente marcado pelo fascismo ascendente antes da segunda grande guerra.

A presunção de inocência é a justificativa estatal para a manutenção de uma estrutura recursal extremamente cara, mas infrutífera e inoperante, que se desenvolve como mera cenografia, em que os julgamentos com aparência de respeito à oralidade se travestem de garantia.

O segundo grau atual exige um complexo de requisitos para a admissibilidade recursal. Os princípios pensados na teoria geral dos recursos, na verdade, são limitadores do acesso ao segundo grau, e as correspondentes classificações tão retrógradas quanto impróprias ao direito processual penal, fazem inveja ao manual dos inquisidores.

Da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Pacto de Direitos Civis e Políticos e da Declaração Universal de Direitos Humanos é possível se concluir que os recursos no direito processual penal devem ser garantia da pessoa e só assim se justificam.

Quanto a este desenho, impõe que o acesso ao segundo grau de jurisdição deve ser extirpado de formalidades e empencilhos burocráticos, que, na verdade, só reafirmam uma estrutura de poder que subtrai do indivíduo a proteção da presunção de inocência e, ainda, impede o exercício da garantia da pessoa, com dignidade, de obter a reanálise do seu caso penal.

As exigências convencionais impõem que o segundo grau de jurisdição tenha por base garantir que o acusado alcance um julgamento efetivo no segundo grau de jurisdição e não somente um cântico em que se ouve apenas “acompanho o voto do relator”, principalmente para justificar a punição.

Deve-se garantir o julgamento em segundo grau, associando-se este acesso à diminuição máxima de formalidades, com a preocupação de se verificar a vontade da pessoa

de ter o processo ressubmetido ao segundo grau de jurisdição.

Utilizar-se da esfera recursal para poder agravar a pena do condenado ou converter uma absolvição em condenação é, forçosamente, matar a garantia.

Da estrutura da teoria dos recursos do processo penal brasileiro se pode extrair que a única previsibilidade da acusação recorrer, no processo penal, é a do recurso em sentido estrito, diante da estrutura processual penal vigente, no qual a acusação pode acessar o segundo grau de jurisdição para reanálise do juízo de admissibilidade da acusação, já que único momento em que atua em prol da pessoa (e atuará resguardando sua função institucional, com fundamento no artigo 129, I da CRFB), em sede recursal e no qual não se afete aquela que deve ter assegurado a ampla defesa.

Quanto ao recurso em sentido estrito, embora a visão dogmática e legal diga o contrário, é forçoso permitir que o acusado recorra, pois, invariavelmente, a previsão atual que impede a reanálise da admissibilidade pela via recursal impõe tratamento não isonômico às partes no processo penal. Junto a isso, pela impossibilidade de realização de investigação preliminar defensiva, por equiparação, deve ser garantido ao acusado que a autoridade policial realize as diligências necessárias, do mesmo modo que a coleta de elementos de investigação ocorre para a acusação. Isso permitiria a baixa à autoridade policial para a busca de indícios de provas, permitindo, assim, que o segundo grau seja efetivado, agora, com as diligências requeridas pela defesa.

O recurso em sentido estrito – já que também trata do mérito da acusação – e o recurso de apelação compõem a categoria de recursos com revolvimento de matéria fática. Os recursos desta categoria exigem que sejam dadas as oportunidades concedidas ao acusador na fase que precede o recurso à pessoa submetida à investigação ou ao processo.

A apelação, que dá corpo ao principal recurso no processo penal, é garantia exclusiva da pessoa que pode sofrer as consequências da decisão de mérito no processo, ou seja, o condenado. Deve-se permitir a renovação do rito ao qual foi submetido o condenado, em segundo grau para desconstruir a sentença (este rito deve subir como um espelho do rito em primeiro grau, porém, sempre se oportunizando a pessoa a garantia do *favor rei*).

Aquele que foi absolvido não pode ser ressubmetido a processo, em razão da vedação ao *bis in idem*, uma vez que se passaria a ele o ônus de responder a um processo novamente pelo mesmo fato.

A voluntariedade dos recursos só é admissível para o indivíduo, já que se pensar que ente público poderia agir por vontade afronta a estrutura da legalidade, o que torna impossível o controle.

Poder sem controle não é admissível no Estado Democrático de direito. O fato de não ser possível perceber falta funcional, corrupção ou qualquer outro instituto acerca da “inércia” do acusador público em recorrer, quando “deveria”, é sintoma de que não é um poder legítimo numa República, definida pelo princípio da legalidade, ou conformidade.

Como sustentado no quarto capítulo, o segundo grau de jurisdição é, portanto, a garantia individual, assegurada constitucional e convencionalmente, do jurisdicionado, a fim de submeter o processo a reanálise judicial, assegurado, com todos os recursos e meios inerentes à ampla defesa da pessoa frente ao Estado.

Também conceituado no capítulo quarto, o recurso, no processo penal brasileiro, é o instrumento técnico, necessariamente efetivo, que materializa a garantia da pessoa no acesso ao segundo grau de jurisdição, com a finalidade precípua de protegê-las da prestação jurisdicional equivocada, a fim de permitir que se tenha preservado a justificativa estatal de ser tratada como inocente.

Para que esta garantia se efetive, é indispensável um julgamento realizado a partir da oralidade, em que a pessoa pode propor provas a serem produzidas em segundo grau de jurisdição, perante os julgadores, ao se ressubmeter o processo a julgamento, a fim de desconstruir a.

Qualquer outra forma de estruturar os recursos no processo penal assegura a perpetuação de uma estrutura inquisitória, descurada das amarras teóricas e científicas próprias do processo penal. Neste sentido, permite-se que o réu corra um segundo risco de ser condenado ou de ter sua pena aumentada sem oportunidade de recurso com revolvimento de matéria fática, o que fere a garantia do duplo conforme.

A estrutura da *non reformatio in pejus* é característica do próprio segundo grau de jurisdição, aqui reescrito conforme o tratamento Constitucional e Convencional: somente a pessoa tem a garantia de uso do instrumento processual para atacar a decisão que discorda e deseja que seja revista com garantia dos recursos e meios inerentes a ampla defesa.

Ao se corrigir pelo menos estes problemas do processo penal, ele comece a se tornar um espaço próprio de garantia contra abusos estatais. E, assim, que seja o segundo grau a porta de entrada de um processo penal regido por ótica própria e pelo sistema acusatório.

A tese foi posta: o segundo grau de jurisdição é garantia da pessoa. Diferente do que autores afirmaram antes (se garantia do acusado ou de qualquer das partes), o segundo grau é garantia da pessoa, do mais fraco na relação processual, e faz parte disso garantir os meios e recursos inerentes a ampla defesa. Com isso o segundo grau deve espelhar a constituição e convenções como demonstrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AMARAL, Augusto Jobim. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BARROS, Flaviane Magalhães. *O papel dos sujeitos processuais nas reformas do Código de Processo Penal: a necessidade de discutir a formação dos juízes*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8430b32b5bac908e>>, acesso em 09 de março de 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BELLAVISTA, Girolamo. *Studi sul processo penale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, v. I, 1952.
- BIAVATI, Paolo; CAVALLINI, Daniela; ORLANDI, Renzo. *Assetti della giustizia civile e penale in Italia*. Bolonha: Il Mulino, 2016.

- BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumeno Juris, 2003.
- _____. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.
- BIZZOTTO, Alexandre. *A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário*. Florianópolis: Emporio do Direito, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1989.
- BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. Vol. 5. Santos: Editora Brasília, 1974.
- BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>, acesso em 10 de julho de 2017.
- CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti*. Rivista di Diritto Processuale Civile, Pádua: Cedam, 1930.
- CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro*, 1941.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARDONA, Martín Eduardo Botero. *El sistema procesal acusatório: el justo proceso (estructura y funcionamiento prospectiva de Italia para América Latina)*. Perú: Ara Editores, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*. 2. ed. Roma: Ateneo, 1949.

_____. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1950.

_____. *Sulla reformatio in pejus*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Pádua: Cedam, v. II, 1927.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Pádua: CEDAM, 1926.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASAGRANDE, Renato. *Da comissão temporária de estudo da reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: SENADO FEDERAL, 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=71657>>, acesso em 05 de março de 2015.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo, Saraiva, 2015

_____. *#Somos todos juízes*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/08/somostodosjuizes/>>, acesso em 08 de julho de 2017.

_____. *Pesquisa revela a ilusão do duplo grau de jurisdição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-24/rubens-casara-pesquisa-revela-ilusao-duplo-grau-jurisdicao>>, acesso em 09 de julho de 2017.

_____. *Testemunhas 'acreditadas': da tradição islâmica ao autoritarismo brasileiro in Temas para uma perspectiva crítica do direito*. In: *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. CASARA, Rubens R. R. e LIMA, Joel Corrêa de (Orgs). Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

_____. *O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada*. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Modelos processuais: uma discussão (ainda) necessária?* In: Boletim Informativo IBRAPP (hoje IBRASPP). Ano 01, nº 01, 2011/02.

_____. “*Lasciate ogni speranza voi ch’entrate*” *Habeas Corpus (HC) 126292 [draft]*. Disponível em: <https://www.academia.edu/22149939/_Lasciate_ogni_speranza_voi_chentrate_>, acesso em 20 de julho de 2017

CIDH. Caso *Mohamed vs. Argentina*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=233&lang=es>, acesso em 10 de julho de 2017.

_____. *Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros Vs. Brasil*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/11566FondoPt.pdf>>, acesso em 20 de julho de 2017.

_____. *Vladimir Herzog e Outros Vs. Brasil*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>>, acesso em 20 de julho de 2017.

CINTRA, Antono Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CONJUR. *40% dos presos no Brasil são provisórios aponta levantamento oficial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-26/40-presos-brasileiros-sao-provisorios-aponta-levantamento>>, acesso em 10 de julho de 2017.

Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/censo-carcerario.pdf>>, acesso em 15 de setembro de 2014.

_____. *Sistema carcerário nacional. 2º Encontro Nacional do Judiciário, 16/02/2009*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres_dr_erivaldo.pdf>, acessado em 15 de setembro de 2014.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro. *Recursos criminais, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Para passar do sistema inquisitório ao sistema acusatório: jouissance*. In: POSTIGO GONZÁLEZ, Leonel. *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago; CEJA, 2017.

_____. *Paralelo entre Mani Pulite e Lava Jato*. fruto parcial da conferência proferida no Convegno Italo-Brasileiro – Dialoghi tra diritto, letteratura e politica: le sfide della globalizzazione e la crisi del costituzionalismo, Università degli Studi del Molise, Campobasso, 06.05.16. Texto sem publicação.

_____. *Henry Sobel, contardo calligaris e o processo penal brasileiro de hoje*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Direito e psicanálise: interlocuções a partir da literatura*. Florianópolis: Emporio do Direito, 2016.

_____. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>>, acesso em 10 de julho de 2017.

_____. *Hermenêutica e paz dogmática*. Disponível em <<http://emporiiododireito.com.br/tag/jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/page/2/>>, acesso em 20 de julho de 2017.

_____. *Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro?* Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>, acesso em 20 de julho de 2017.

_____. *Conceitos jurídicos indispensáveis*. Palestra proferida na EMERJ< disponível nos links parte 1: <<http://www.youtube.com/watch?v=nTyRuWSHFbI>>, parte 2: <<http://www.youtube.com/watch?v=EYkaqijPC1E>> e parte 3: <<http://www.youtube.com/watch?v=g7swmwbjCCg>>, acessado em 9 de fevereiro de 2014.

_____. *PEC 37 Críticas tecidas pelo Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rLe81qxca7s>>, acesso em 20 de julho de 2017.

_____. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. (orgs.) *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 175, jun. 2007.

_____. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PILATI, Aline Guidalli. *Aury: Avise para não mexer tanto no samba*. In: KHALED JR., Salah. *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.*, Florianópolis: Emporio do Direito, 2015.

CORBY, Isabela de Andrade Pena Miranda. *A Santa Inquisição nas Minas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991.

_____. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986

CRUZ, Rogério Schietti. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DELEUZE, Gilles. *Conversações: 1972-1990*. São Paulo: Ed. 34, 1992.

DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014*. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>, acesso em 10 de julho de 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, reimpressão de 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

DUSSEL, Enrique D. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Comentários de Francisco De La Peña. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

- FAIRCLOUGH, Norman. *A análise crítica do discurso e a mercantilização do discurso público: as universidades*. In: MAGALHÃES, Célia M. (Org.). *Reflexões sobre a análise crítica do discurso*. Belo Horizonte: UFMG, 2001.
- FARIA, Ernesto (org.). *Dicionário escolar latino-português*. 2 ed. Rio de Janeiro: Companhia Nacional de Material de Ensino, 1956.
- FARIA, Lucas Adam Martinez. *O Supremo Tribunal Federal e a corte interamericana de direitos humanos: diálogos transjudiciais no duplo grau de jurisdição interpretado*. Monografia apresentada a SBDP, disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/259_Lucas%20Adam.pdf>, acesso em 10 de julho de 2017
- FEITLER, Bruno. *Por que não foi criado um tribunal da inquisição no Brasil*. In *Revista de História da Biblioteca Nacional*. Subtítulo da edição: *Inquisição à brasileira*. Ano 7, n. 73, out 2011.
- FERRAJOLI, Lugi. *Derecho y razón*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004.
- FISCHER, Douglas. *Recursos, habeas corpus e mandado de segurança no processo penal*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.
- FOLHA Online. *João Paulo 2º pede desculpas pela Inquisição*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u73742.shtml>>, acesso em 18 de setembro de 2016.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência*. In: *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Variaciones sobre la presunción de inocência: análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Palestra intitulada revistando a Teoria Geral do Processo*, ministrada na PUC-Rio, no dia 05 de março de 2015.

_____. *O comentário*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

_____. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, n. 18, v. 1, 2005, jan-jul.

_____. *As condições da ação penal*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal brasileiro*. 6 ed., revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Buenos Aires: Luam, 1993.

IBAÑEZ, Perfecto. *Sobre el valor de la inmediateción*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj2-5vD_IHVAhWHfZAKHXMuD5wQFggpMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.alfonsozambrano.com%2Fdoctrina_penal%2Fvalor_inmediacion.doc&usg=AFQjCNFc32hKod8LF4vduQDJZN3pgVVK0A>, acesso em 10 de julho de 2017.

IBDP. *História*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?historia>>, acesso em 08 de março de 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. *Não crêem na teoria geral do processo, mas ela existe*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

_____. *O Ministério Público e o interesse em recorrer no processo penal*. In: Revista Justitia. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 47 (131), 1985.

JUSTIÇA. Direção e produção de Maria Augusta Ramos. Documentário. Brasil: produção independente, 2004. 1 DVD (100 min). Ntsc, son., color. Port.

KARAM, Maria Lúcia. *Escritos sobre a liberdade: liberdade, presunção de inocência e direito à defesa*, vol. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KHALED JR. Salah. *Justiça social e sistema penal II: ação jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos em espécie*. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras: malleus maleficarum*. 19 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2007.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

KUKINA, Sérgio Luiz. *O princípio do duplo grau de jurisdição*. In: Revista de Processo. São Paulo: RT. Ano 27, nº 109, jan-mar de 2003.

LACERDA, Galeno. *Considerações sobre a reforma processual*. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, n. 355, p. 13, maio 1975.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1952.

_____. *Manuale di diritto processuale penale*. 12. ed. Napoli: Jovene, 1988.

_____. *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*. In Prolusione AL curso ufficiale di procedura penale nell'Università di Napoli, em 16 de janeiro de 1948, in Riv. It. Dir. pen.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017

_____. *Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal*. Publicado em 27 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

LOPES JR., Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique. Parecer - Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>, acesso em 20 de julho de 2017.

_____. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

_____. *A moda agora é dar habeas corpus “de ofício, mas só quando eu quiser”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-22/moda-dar-habeas-corpus-oficio-quando-eu-quiser>>, acesso em 10 de julho de 2017.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

_____. *Intervenções em aula do dia 10 de abril de 2014*, ministrado no programa de mestrado e doutorado da UFPR.

MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Vol. III. Lisboa: Livros Horizonte, 1977.

MACHADO, Décio Lencioni; VIEIRA, Cinthya Nunes; FELCA, Marcelo; FELCA, Naul Luiz. *Teoria e prática dos recursos no processo penal*. São Paulo: Verbatim, 2010.

MAIER, Julio B.J. Hacia um nuevo sistema de control de las decisiones judiciales? In: ALVAREZ. Daniel Gonzalez (org.). *El recurso contra la sentencia penal en Costa Rica*.

São José: Associação de Ciências Penais, S/D. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/31060-1.pdf>>, acesso em 10 de julho de 2017.

_____. *Es la inmediación una condición de la condena penal?* In: Revista Jueces para la democracia. Información y debate”, n. 49, março 2004, p. 16. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0ByhMNmX0p_pGVUtERWw4b0ZsNXM/view>, acesso em 10 de julho de 2017.

_____. *Derecho procesal penal. Tomo I – Fundamentos*. 2 ed. 3 reimpressão. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. 6 Ed. V. 1 Torino : Unione Tipografico Editrice Torinese. 1967-1968.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do código de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

MARQUES, José Frederico. *O direito processual em São Paulo*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Elementos de direito processual penal*. Vol 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

_____. *Elementos de direito processual penal*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

_____. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MARQUES, Leonardo Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson. *Processo penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MASSARI, Eduardo. *Lineamenti del processo penale italiano*. Napoli: Jovene, 1928.

MAZZUOLI, V. de O. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4ª ed ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

- MILETTI, Marco Nicola. *Um vestito per cenerentola. L'identità del diritto processuale penale all'alba della repubblica*. In NEGRI, Daniele e PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia Repubblicana*. Milão: Giuffrè, 2011.
- MIQUEL, Cristián Maturana; LÓPEZ, Raúl Montero. *Derecho procesal penal*, Tomo II. Santiago: Thomson Reuters, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus: direito constitucional e processual comparado Tomo I e II*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MONTERO AROCA Juan. *Proceso penal y libertad*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- 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, 2010.
- _____. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à teoria geral do processo*. Florianópolis: Emporio do Direito, 2015.
- MOREY, Jaime Suau. *Recurso de apelación penal*. Curitiba, Juruá, 2017.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Editora Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- NOUGHTON, Michael. *Wrongful convictions and innocence projects in the UK: help, hope and education*. Disponível em: <<http://www.innocencenetwork.org.uk/wp-content/uploads/2014/09/wrongful-convictions-innocence-project.pdf>>, acesso em 20 de julho de 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NORONHA, Edgard Magalhães de. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1974.

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

_____. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. *Um breve ensaio sobre os pressupostos epistemológicos ao discurso científico do direito processual penal*. In: BONATO, Gilson. *Processo penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; PAULA, Leonardo Costa de. *Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teoria dualista e a cera de abelha*. In: *Revista de Estudos Criminais*, Ano XV, nº 62 2016.

ORLANDI, Renzo. *“Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália*. Vol. 2. Florianópolis: Emporio do Direito, 2017.

_____. *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*. In: *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*. Ano LVII, Fascículo 3, 2014.

_____. *Diritti individuali e processo penal nell’Italia repubblicana*. In: NEGRI, Daniele e PIFFERI, Michele. *L’inconscio inquisitorio*. Milão: Giuffrè, 2011.

PABLAGRECO, Carlo. *Dizionario portoghese – italiano/ italiano-portoghese*, Milano: Antonio Vallardi Editore, 1974.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21 ed. São Paulo, Atlas, 2017.

PACHECO, José Ernani de Carvalho. *Habeas corpus*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1974.

PIANIGIANI. *Il vocabolario etimologico di Pianigiani*. Disponível em: <<http://www.etimo.it/?pag=hom>>, acesso em 20 de julho de 2017.

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 brasileiro*. In: POSTIGO GONZÁLEZ, Leonel. *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago; CEJA, 2017.

_____. *Ainda processo?* disponível em <<http://www.jurisconsultos.org/2014-3-7-processo.html>>, acesso em 08 de março de 2015.

_____. *Nulidades no processo penal brasileiro: sua compreensão por meio da afirmação do Direito como controle ao poder de punir*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *O princípio da oralidade no processo penal brasileiro – leis 11.689, 11.690 e 11.719 de 2008*. In: CASARA, Rubens R.R.; LIMA, Joel Corrêa de. *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *O constitucional sentido da apelação no processo penal e o projeto 156/2009 com texto substitutivo*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O novo processo penal à luz da Constituição vol. 2*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAULA, Leonardo Costa de; CROZARA, Rosberg de Souza. *O princípio da oralidade no processo penal brasileiro: Leis 11.689, 11.690 e 11.719 de 2008*. In: *Temas para uma perspectiva crítica do direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

- PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: RT, 2006.
- PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. In: IBCCRIM, Boletim nº 153, agosto de 2005.
- POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas processuais penais*. 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- POSTIGO GONZÁLEZ, Leonel. *La oralidade em la etapa recursiva del proceso*. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/leonel-gonzalez-postigo-oralidad-etapa-recursiva-proceso-penal-chileno-dacfl40392-2014-05/123456789-0abc-defg2930-41fcanirtcod>>>, acesso em 07 de dezembro de 2016.
- PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria>, acesso em 10 de julho de 2017.
- _____. *Sobre o debate: teoria unitária do processo vs. Teoria Geral do Processo penal*. Disponível em <<http://blogcienciaspenais.blogspot.com.br/2014/03/teoria-unitaria-do-processo-x-teoria.html>> Acesso em 30 de outubro de 2016.
- _____. Aula sobre “Sistemas Processuais Penais” ministrada na Pós-graduação de Processo Penal e Garantias Fundamentais, no dia 09 de agosto de 2015.
- _____. *Sistema acusatório*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 218 no arquivo digital disponível em: <https://www.academia.edu/8507492/Sistema_Acusatorio_A_Conformidade_Constitucional_3a_ed>, acesso em 08 de março de 2015.
- _____. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2 ed. Rio de Janeiro, 2012.
- _____. *Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em Homenagem às idéias de Julio B.J. Maier*. In BONATO, Gilson. *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Vol 2. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1988
- _____. *Instituições de processo penal Vol. 2*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1957.
- _____. *Instituições de processo penal vol. 1*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2006.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RAMOS, André de C. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- _____. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.
- ROCHA, Felipe Borring. *Teoria geral dos recursos cíveis*. São Paulo: Elsevier, 2008.
- RODRIGUES, Aldair Carlos. *A inquisição era subordinada à Igreja*. In Revista de História da Biblioteca Nacional. Subtítulo da edição: *Inquisição à brasileira*. Ano 7, n. 73, out 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- ROSA, Alexandre Morais da; NEWTON, Eduardo Januário. *Inventaram a reconsideração como requisito do habeas corpus, no TJRJ*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/inventaram-a-reconsideracao-como-requisito-do-habeas-corpus-no-tjrj/#_ednref5>, acesso em 03/07/2017.
- ROVATTI, Pablo. *Casación positiva “contra reo”. El paradójico derecho de recurrir “condenas sin juicio”*. In: LEDESMA. Ángela E. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

- SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- SANTIAGO. Nestor Eduardo Araruna. *Do recurso ex officio no processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- SERRANO BUTRAGUEÑO. Ignacio. *El derecho a la última palabra*. In: SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio; DEL MORAL GARCÍA, Antonio. *El juicio oral en el proceso penal*. 2 ed. Granada: Comares Editorial, 2010.
- SILVA, Aluisio J. T. Gavazzoni. *Recursos no processo penal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- SILVA. Antônio Carlos Costa e. *Dos recursos em primeiro grau de jurisdição*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos depoimento ao cpdoc*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- SILVA, Rodrigo Fernandes. *A inconstitucionalidade da inelegibilidade antes do trânsito em julgado de decisão condenatória e a subversão da presunção de inocência*. In: Revista eletrônica de direito processual – REDP. Vol. VII jan a jun, 2011.
- SOUZA, Jessé, *O casamento secreto entre identidade nacional e “teoria emocional da ação” ou por que é tão difícil o debate aberto e crítico entre nós*. In SOUZA, Jessé (org.) *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 74.
- _____. *Introdução*. In: SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

STF. *Informativo* n^o 798. Disponível em: “[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental - 8](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema%20carcer%C3%A1rio%20de%20coisas%20inconstitucional%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direito%20fundamental%20-%208)”, acesso em 12 de setembro de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Nas so(m)bras da filosofia da consciência*. In: BONATO, Gilson. *Processo penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Como se prova qualquer tese em direito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito>>, acesso em 20 de julho de 2017.

_____. *Virou moda dar o drible da vaca nos embargos de declaração no crime*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/senso-incomum-virou-moda-dar-drible-vaca-embargos-declaracao-crime>>, acesso em 20 de julho de 2017.

_____. *Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-29/senso-incomum-azdak-humpty-dumpty-embargos-declaratorios>>, acesso em 20 de julho de 2017.

_____. *E a professora disse: “você é um positivista”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>, acesso em 20 de julho de 2017.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Thomaz. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume 4*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal. Vol 2*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

VAINFAS, Ronaldo. *O que a inquisição veio fazer no Brasil*. In Revista de História da Biblioteca Nacional. Subtítulo da edição: *Inquisição à brasileira*. Ano 7, n. 73, out 2011.

VASCONSELOS, Frederico. *Justiça anula punição a réus do escândalo do Banestado*. Matéria da Folha de São Paulo, disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/04/1267100-justica-anula-punicao-a-reus-do-escandalo-do-banestado.shtml>> , acesso em 06 de julho de 2017.

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 Gomes de (org.). *Processo penal e garantias constitucionais. Estudos para um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VASQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo e CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabian. *Ley n. 1286 – Código procesal penal comentado actualizada*. Asunción: Intercontinental, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Introdução geral ao direito*. Vol. III. Porto Alegre: SAFE, 1997.

_____. *O direito e sua linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Derecho al recurso em el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; PAIVA, Rodrigo Cambara Arantes Garcia de; PAIVA, Sara Beatriz de Freitas Barbosa. *Recursos e ações de impugnação no processo penal*. Leme: Imperium Editora, 2008.

ZILLETTI, Lorenzo. *Il mondo nuovo e gli errori del 1988*. In NEGRI, Daniele e PIFFERI, Michele. *Dirriti individuali e processo penale nell'Italia Repubblicana*. Milão: Giuffrè, 2011.