



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO LEAL DAVID

**A INEXISTÊNCIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO AO
MINISTÉRIO PÚBLICO: A (IM) POSSIBILIDADE DE O
ÓRGÃO MINISTERIAL RECORRER DE SENTENÇA
ABSOLUTÓRIA**

Salvador
2021

LEONARDO LEAL DAVID

**A INEXISTÊNCIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO AO
MINISTÉRIO PÚBLICO: A (IM) POSSIBILIDADE DE O
ÓRGÃO MINISTERIAL RECORRER DE SENTENÇA
ABSOLUTÓRIA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientador: Profa. Mayana Sales.

Salvador
2021

TERMO DE APROVAÇÃO

LEONARDO LEAL DAVID

**A INEXISTÊNCIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO AO
MINISTÉRIO PÚBLICO: A (IM) POSSIBILIDADE DE O
ÓRGÃO MINISTERIAL RECORRER DE SENTENÇA
ABSOLUTÓRIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2021.

AGRADECIMENTOS

A hora de agradecer significa, enfim, que eu estou finalizando uma grande etapa da minha vida, a qual eu jamais teria conseguido chegar, com a maturidade que alcancei, sem diversas pessoas e núcleos que me serviram de suporte para a minha formação.

Em primeiro lugar, gostaria de deixar claro a consciência que hoje habita em mim acerca da minha condição de ser humano privilegiado, em razão de ter tido a oportunidade de nascer em um núcleo familiar estruturado, que me forneceu, desde tenra idade, os instrumentos e os sustentáculos necessários ao desenvolvimento da minha imaginação, da minha capacidade de abstração, do exercício crítico cognitivo, da minha curiosidade, criatividade, enfim, que me possibilitou estar inserto em um cenário de minoria na sociedade brasileira, retirando qualquer dificuldade externa no caminho que eu trilhei até a conquista do tão sonhado diploma do curso de Direito.

Dito isto, agradeço precipuamente a Deus por me guiar, iluminar e me conceder o gosto por leitura, por pesquisa, por me dar a tranquilidade, a disciplina e a paciência necessárias ao longo deste caminho, que está por ser findado com a presente pesquisa, ao qual me dediquei inteiramente.

Agradeço à minha família, em especial à minha mãe, que nunca mediu esforços para me fornecer todos os aparatos imprescindíveis à minha educação. Ao meu pai, por ser da área jurídica e me emprestar a disciplina e dedicação que sempre lhe foi inerente quando o assunto é educação.

Aos meus quatro irmãos, por formarem o meu núcleo familiar mais próximo e estarem sempre presentes no meu cotidiano, desde a minha infância, contribuindo imensamente para o meu crescimento e formação pessoal e intelectual.

Aos meus avós, Dona Valnisa e Seu Elísio, por estarem sempre presentes e preocupados com a minha formação e, assim, me dando forças a mais para galgar maiores conquistas. Jamais vou me esquecer da primeira pergunta que o meu avô sempre me faz quando vou visitá-lo: como vai o curso?

Aos meus primos, principalmente Roberto David e Geraldo David, por estimularem, quase que diariamente, a minha curiosidade e me fazerem descobrir a paixão que eu tenho sobre as ciências sociais e humanas, sobretudo no que diz respeito à área que, para mim, é a que mais demonstra relevância, notadamente no cenário atual: a cidadania, *lato sensu*. Ainda, agradeço ao meu primo e professor Roberto David, também, por sempre me apoiar, me

incentivar e me reconhecer pelas pequenas conquistas que fui adquirindo ao longo desses 5 (cinco) anos de formação acadêmica superior, sempre acreditando no meu potencial e na contribuição que eu posso fornecer à área jurídica e demais setores sociais.

Aos meus tios, Ricardo David e Eliana David, por fazerem também a função paterna e materna na minha vida, contribuindo imensamente para a minha formação, em diversas áreas do meu cotidiano, não apenas na educação. Sem eles, com toda a certeza, eu não teria chegado até aqui com a mesma maturidade em que me vejo.

Ao meu padrinho, Ricardo Ribeiro, por ser uma das pessoas que contribuíram para a realização de um sonho, juntamente com meus tios Ricardo David, Eliana Ribeiro e minha mãe, me oportunizando realizar um período na Universidade de Lisboa, no ano de 2018, sendo esta, com certeza, uma das experiências mais agregadoras da minha vida até hoje.

A Fernanda Braga, por ser a primeira pessoa a qual me comuniquei na Faculdade de Direito e, desde então, seguimos juntos na nossa formação acadêmica, sempre servindo de suporte um ao outro. A minha caminhada até aqui não seria a mesma sem ela, com toda a certeza.

A Marianna Campelo, pela grande amiga que é, de forma que se tornou, sem dúvidas, o meu maior suporte, principalmente na realização desta pesquisa. Agradeço por todas as mensagens de incentivo, de reconhecimento, pelas presenças sempre gratificantes e pelo cuidado que sempre teve comigo.

Aos demais amigos, igualmente especiais, e que peço a devida vênias para nomeá-los: Victor Borba, Sérgio Victor, Rodrigo Caribé, Bernardo Mendes, Clelton Alcântara, Hilar Ramos, Matheus Hortelio, Pedro Bittencourt, Solon Flores, Felipe Ewald, Guilherme Andrade, Lucas Anunciação, Caetano Alberto, Ravive Silvão, David Mascarenhas, Matheus Onofre, Vinicius Melo, Letícia Bomfim, Letícia Timbó, Maria Eduarda Cavalcante, Julia Rocha, Luisa Sampaio, Emanuelle Nascimento, Nathalia Leal, Matheus Queiroz, Gabriela Aires, Lara Côrtes, Beatriz Athayde, Beatriz Moura, Fernanda Cabral, Thamires Figueiredo e Ludmila Teraoka.

A Alfa Consultoria Jurídica Junior, por ser a primeira instituição extracurricular a qual fiz parte dentro da Faculdade de Direito, a qual adentrei logo no meu primeiro período acadêmico e que me ensinou, desde o início, a estimular os meus potenciais que hoje fiz frutificar na pessoa que me tornei. Nesta caminhada frente à Empresa Júnior, particular agradecimento à presidente da época, Kissia Gonzaga.

Ademais, agradeço a todo o corpo docente da Faculdade Baiana de Direito, por sua excelência, em especial à minha orientadora, Professora Mayana Sales, que sempre esteve à minha disposição na construção deste projeto, bem como à Professora Thais Bandeira, por ter sido, sem sombra de dúvidas, a minha referência no Direito Penal e, em conjunto com o Professor Sebastian Mello, os responsáveis por clarificar a minha paixão por esta matéria. Ao Professor Geovane Peixoto, que através da ministração da cadeira de Sociologia Jurídica e de Direitos Fundamentais, foi muito importante para a abertura de uma nova visão de mundo, o que contribuiu, imensamente, nos meus subseqüentes passos dados a partir de então. Ao Professor Daniel Oitaven, por ser a minha primeira referência acadêmica dentro da Faculdade de Direito. Ao Professor Nestor Távora, por ter sido o meu mestre nas cadeiras de Direito Processual Penal e ter contribuído, imensuravelmente e de forma direta, para a construção da minha monografia. Ao Professor Vinicius Farani, que para além de ter ministrado a matéria de Psicologia – em uma faculdade de Direito –, é o meu terapeuta pessoal, a qual devo total agradecimento, principalmente nesta reta final de formação superior.

De igual modo, agradeço a todos os funcionários desta Instituição, em especial aos responsáveis pela limpeza e organização da Faculdade, que são os incumbidos por tornar o ambiente propício à ministração das aulas cotidianas, que sempre me acolheram com enorme disposição, carinho e atenção.

Por fim, não poderia deixar de agradecer aos meus mestres na vida profissional, que me ensinaram absolutamente tudo o que eu sei hoje, enquanto futuro advogado, Dr. Gabriel Andrade e Dr. Lucas Ribeiro, e, de igual modo, me encorajaram, como poucos, na construção do meu trabalho, onde me senti imensamente amparado pelos seus incentivos.

“A ausência de preocupação com os limites ao poder penal é um sintoma da mutação do Ministério Público, que levou ao afastamento de sua gênese democrática”.

- Rubens R. R. Casara.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo reconstruir o cenário histórico no qual se emergiu o Código de Processo Penal de 1941, para, com isso, demonstrar as suas raízes inquisitórias e autoritárias que até hoje perduram, de maneira invisível, na jurisprudência e doutrina nacional. A partir desta elucidação, propõe-se remodelar a interpretação do processo penal, hoje fincado sob as diretrizes galgadas pela Ciência do Direito Processual Civil unitário, que identifica o direito processual penal como mero instrumento para se chegar à pena. Desta maneira, desentranhando-se, totalmente, dos institutos jurídicos que prestam unicamente ao processo civil, objetiva-se atribuir ao processo penal a instrumentalidade constitucional, vale dizer, um sistema destinado ao amparo do acusado, à luz dos direitos e garantias fundamentais estatuídos na Constituição. Para tanto, filtra-se o presente trabalho na análise acerca do sistema de impugnação do processo penal, no qual se avalia a titularidade do duplo grau de jurisdição às partes da *persecutio criminis*. Com efeito, a hipótese levantada é de que, a partir de um necessário controle de convencionalidade-constitucionalidade, sob o teor do Pacto San José da Costa Rica, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil e introduzidos na seara dos direitos e garantias fundamentais de todo cidadão, não há substrato que identifique qualquer legitimidade conferida ao acusador, seja o Ministério Público ou o ofendido, para que ele possa se insurgir contra uma sentença absolutória. Sustenta-se na hipótese de que, sendo o duplo grau de jurisdição um direito fundamental e uma garantia de toda pessoa, além de que tais direitos se destinam contra o poder punitivo do Estado, não há o que se falar em uma garantia conferida ao Ministério Público, órgão estatal, contra o próprio poder do Estado. Ademais, procura-se demonstrar que a possibilidade de a acusação tem, hoje, de reformar uma sentença que absolve o imputado, configura um oferecimento de duplo risco de condenação ao acusado, como um resquício bastante presente de um passado explicitamente inquisitório, o que se esbarra em uma ampla e melhor exegese do princípio do *non bis in idem*.

Palavras-chave: Presunção de Inocência; Direitos e Garantias Fundamentais; Direito ao Recurso; Duplo Grau de Jurisdição; Controle de Convencionalidade-Constitucionalidade.

ABSTRACT

This monograph aims to reconstruct the historical scenario in which the Criminal Procedure Code of 1941 emerged, in order to demonstrate its inquisitorial and authoritarian roots that persist, invisibly, in national jurisprudence and doctrine. Based on this elucidation, it is proposed to remodel the interpretation of criminal procedure, which today is based on the guidelines established by the unitary Science of Civil Procedural Law, which identifies criminal procedural law as a mere instrument to achieve punishment. In this way, completely detaching itself from the legal institutes that serve only the civil process, the objective is to attribute to the criminal process the constitutional instrumentality, that is to say, a system destined to the protection of the accused, in the light of the fundamental rights and guarantees established in the Constitution. In order to do so, the present work filters into the analysis of the system of impugnation of the criminal process, in which the titularity of the double degree of jurisdiction to the parties of the *persecutio criminis* is evaluated. Indeed, the hypothesis raised is that, from a necessary control of conventionality-constitutionality, under the contents of the Pact San Jose da Costa Rica, the International Covenant on Civil and Political Rights, both ratified by Brazil and introduced in the area of fundamental rights and guarantees of every citizen, there is no substrate that identifies any legitimacy conferred on the accuser, whether the prosecutor or the victim, so that he can challenge an acquittal. It is argued in the hypothesis that, as the double degree of jurisdiction is a fundamental right and a guarantee of every person, and that such rights are intended against the punitive power of the State, there is no reason to speak of a guarantee given to the Public Prosecutor's Office, a state body, against the power of the State itself. Moreover, it is sought to demonstrate that the possibility that the prosecution has, today, to reform a sentence that acquits the accused, configures an offering of double risk of conviction to the accused, as a very present remnant of a past explicitly inquisitorial, which runs into a broad and better exegesis of the principle of non bis in idem.

Keywords: Presumption of Innocence; Fundamental Rights and Guarantees; Right to Appeal; Double Degree of Jurisdiction; Conventionality-Constitutionality Control.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF/88	Constituição Federal da República
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos dos Homens
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
n°	número
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: OS MODELOS ACUSATÓRIO E INQUISITORIO.....	18
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	21
2.1.1 O sistema processual penal na Grécia antiga.....	23
2.1.2 O sistema processual penal na Roma antiga.....	24
2.1.3 O legado do Estado absolutista: as mazelas deixadas nos modelos processuais penais.....	28
2.2 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941.....	30
3 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	39
3.1 CONCEITO.....	40
3.2.....	45
3.2.1 A (im) previsão do duplo grau de jurisdição na Constituição Federal de 1988.....	46
3.2.2 Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário e o direito ao recurso no processo penal.....	48
3.3 A RELAÇÃO ENTRE O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E OS SISTEMAS ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO.....	50
3.4 PRESSUPOSTOS FUNDANTES DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	53
3.4.1 Necessária separação entre o duplo grau de jurisdição do processo civil e o duplo grau de jurisdição do processo penal.....	60
3.4.2 Elementos reitores.....	65
3.4.2.1 A presunção de inocência como princípio reitor das garantias processuais penais: a efetividade das garantias como fundamento do processo penal brasileiro.....	65
3.4.2.2 O <i>in dubio pro reo</i> x <i>in dubio pro societate</i>	65
3.4.2.3 A pretensão punitiva x pretensão acusatória.....	74
3.4.2.4 O princípio da paridade de armas.....	76
4 O DIREITO AO RECURSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	80
4.1 A NECESSIDADE DO ABANDONO DA CIÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL NA BUSCA POR UMA TEORIA GERAL DOS RECURSOS ATINENTE AO PROCESSO PENAL: A TEORIA DA ACUSAÇÃO COMO UMA IMPRESCINDÍVEL SUBSTITUTA DA TEORIA DA AÇÃO.....	81

4.2 A NATUREZA JURÍDICA DOS RECURSOS.....	88
4.3 A LEGITIMIDADE PARA RECORRER.....	93
4.4 A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA: NASCE, AQUI, O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO?.....	98
4.4.1 Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o direito ao duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: a necessidade de uma releitura do sistema de impugnação à luz do controle de convencionalidade e constitucionalidade.....	102
4.4.2 A necessária reafirmação do amparo ao acusado para reconhecer o esvaziamento da pretensão acusatória do Ministério Público, a partir do afastamento do <i>fumus commissi delicti</i> e da justa causa provocado pela sentença absolutória: a ausência de justa causa recursal.....	110
4.4.2.1 O princípio do <i>non bis in idem</i> e a insistência pela condenação.....	115
4.4.2.2 O direito ao recurso para a acusação.....	121
5 CONCLUSÃO.....	124
REFERÊNCIAS.....	132

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal e o Direito Processual Penal são moldados, inegavelmente, pelo contexto histórico ao qual encontram-se insertos, vale dizer, a interpretação das normas estatuídas nos ordenamentos jurídicos penais em todo o Globo é reflexo dos contextos estruturais a partir dos quais os preceitos normativos emergiram. Nesta linha de intelecção, como cediço, o sistema punitivo já transitou em diversos seguimentos históricos, desde os primórdios das primitivas civilizações até a atualidade. Com efeito, em uma síntese didática, entende-se que os modelos penais são divididos entre o sistema inquisitório e o sistema acusatório – havendo, também, aqueles que entendem pela existência do sistema misto de processo penal.

A partir disso, emerge a dúvida acerca da atual interpretação do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, vez que instituído sob as bases autoritárias de sua época, e a sua atual (i) legitimidade, à luz de um contexto convencional-constitucional. Para tanto, é preciso delimitar, em síntese, os períodos históricos em que transitaram os sistemas acusatórios e inquisitórios durante os vários séculos de sociedade.

Sob este prisma, o marco histórico do presente trabalho tem o seu início nas civilizações gregas, onde teve um sistema penal marcado por um contexto democrático, no qual se entende ser próximo ao que hoje é compreendido o sistema acusatório. Neste ínterim, sobreveio o Direito Romano, na Roma Antiga, caracterizado por três períodos, que, conseqüentemente, influenciaram no sistema processual penal adotado em cada época. Em apertada síntese, por meio de vários séculos, a Roma Antiga contou com o período monárquico, caracterizado pelo poder concentrado na figura do Rei soberano, o período Republicano, em que vigeu o sistema mais próximo ao acusatório e, por fim, o Império, que preservou as bases do sistema acusatório, mas teve a sua derrocada no ano de 475 d.C.

Em um salto histórico, com a redescoberta do *Corpus Juris Civilis*, a Igreja Católica se apossou deste documento para instituir o longo e sombrio período que mais influenciou o autoritarismo ainda dominante no processo penal: a Santa Inquisição. Em outras palavras, a Igreja Católica Apostólica Romana construiu a sua teocracia radical, impondo as suas próprias leis canônicas, fincando o seu sistema punitivo, predominantemente, em raízes inquisitórias, que perdurou do século XIII ao século XVIII, perpassando, inclusive, pela Era dos Estados absolutistas.

Neste contexto, o sistema punitivo era exclusivamente visto sob a ótica do réu, o chamado Direito Penal do autor. Nele, à vista de qualquer pequeno indício, moldados por suas características pessoais, presumia-se que o sujeito já detinha algum grau de culpa, na medida em que ninguém se torna suspeito sem que haja algum motivo para tanto. Ademais, o processo era caracterizado pela tortura, pela pena de morte e, sobretudo, pelo segredo de tramitação, onde nem mesmo a defesa poderia ter contato com os elementos produzidos nos autos.

Desse cenário, emergiram diversos institutos que ainda hoje se fazem presentes nos sistemas punitivos em todo o Globo, sobretudo no Brasil. Em outras palavras, já se aproximando do final do primeiro capítulo, propõe-se uma necessária passagem histórica para elucidar o contexto em que o Código de Processo Penal brasileiro foi criado. No ponto, percebe-se que o *Codex* é datado de 1941, período influenciado pela forte ideologia nazifascista, em que o então Presidente Getúlio Vargas se apoiou para implantar a ditadura brasileira que perdurou de 1937 a 1945 – marcado pelo forte punitivismo.

Neste intelecto, a crítica estabelecida no primeiro capítulo perpassa pela memória curta dos atuais cientistas do direito processual penal, que esquecem – ou fingem demência – as raízes do Código de Processo Penal brasileiro. Vale dizer, o sistema processual penal pátrio é marcado pelo flagrante autoritarismo, espelhado na Exposição de Motivos do Código e assinado por Frederico Marques. No entanto, o advento da Constituição da República de 1988 (CF/88) fez desaparecer qualquer infraestrutura sólida capaz de criticar os termos ainda vigentes, não apenas no referido Código, mas também enraizados nos intelectuais do Direito Processual Penal, sob a justificativa de que qualquer eventual elemento autoritário e inquisitivo antes existente, desapareceu, magicamente, com a promulgação da Carta Magna.

Portanto, a primeira parte da pesquisa destina-se à imperiosa desconstrução da inércia doutrinária, para desmistificar a máxima de que o surgimento da Constituição de 1988 fez desaparecer a justificativa para qualquer debate acerca de um processo penal democrático. Vale dizer, pretende-se consignar que não há como rasgar um sistema inquisitório, fincado nas bases autoritárias da época, sem que seja jogado fora o Diploma que tem sua essência balizada por este período histórico. É preciso aceitar a inserção de um diálogo de fontes estranhas ao Direito *stricto sensu* – e o primeiro deles, por óbvio, é a História –, pois o monólogo da Ciência Processual Penal tem a sua bolha envenenada pelos vários séculos de cotidiana aplicação de um sistema penal autoritário.

Dando seguimento, na segunda parte da presente obra, inicia-se o debate acerca do duplo pronunciamento jurisdicional, onde, inicialmente, procura-se consignar a sua origem, para, então, delimitar o seu grau de aplicação hodiernamente. Diante disso, chegou-se ao seguinte problema de pesquisa: em que medida se aplica o princípio do duplo grau de jurisdição ao Ministério Público?

Em hipótese preliminar, propõe-se que a origem do referido instituto difere da teleologia de sua aplicação em um Estado que se diz Democrático de Direito. Nesta linha de intelecção, o surgimento do sistema recursal encontra suas bases nos Estados Absolutistas, nos quais os recursos serviam como meios de centralização do poder na figura do monarca, isto é, as decisões eram devolvidas ao Rei, para que este pudesse reapreciar a matéria e aplicar a lei conforme entendesse.

Repise-se à exaustão que foi neste ímpeto autoritário que o Código de Processo Penal foi instituído, em 1941, já em um sistema presidencialista brasileiro, mas no qual, à semelhança do Absolutismo, o poder estava todo concentrado nas mãos do então Presidente Getúlio Vargas. Dessa forma, a aplicação do sistema de impugnação, embora reformado, continuou reafirmando o caráter autoritário do berço do sistema processual penal pátrio.

Nesta esteira, busca-se, na segunda parte da monografia, entender a origem do duplo grau de jurisdição, a sua atual previsão normativa, a sua correlação com os sistemas inquisitório e acusatório, para, então, fincar a necessária interpretação da dupla apreciação da matéria à luz de um processo penal democrático: o fundamento do duplo grau de jurisdição como uma ferramenta de amparo ao acusado, frente ao abuso do poder punitivo estatal.

Fincadas essas premissas, o terceiro e último capítulo aprofunda acerca da legitimidade do recurso amplo ao Ministério Público (MP) ou acusador privado, sob a fumaça de um processo penal democrático. Neste prisma, discute-se, primeiramente, acerca da carência de um Ciência do Direito Processual Penal, com institutos jurídicos próprios, e o conseqüente (e indevido) transporte acrítico dos institutos do Direito Processual Civil Unitário ao sistema penal. A partir disso, elucida-se que diversas acepções aplicadas, hoje, no processo penal, o são de maneira indevida, vez que balizadas sob a forte influência do processo civil, que, por sua vez, protege bens jurídicos completamente distintos daquele tutelado pelo Direito Penal.

Nesse contexto, discute-se acerca da ideia de prejuízo no processo penal – indevidamente importado do processo civil, que traz em sua essência a concepção da sucumbência – que deve ser visto, necessariamente, sob a ótica da violação a um direito

subjetivo. Isto posto, busca-se salientar que a acusação, seja ela de iniciativa pública (Ministério Público) ou privada (ofendido), não goza de qualquer direito subjetivo de ver o suposto infrator punido pelo Estado. Em outras palavras, o poder-dever de punir pertence exclusivamente ao Estado-juiz que, para fazer valer a sua pretensão punitiva, precisa de um devido processo penal para legitimá-lo.

Nesta linha de intelecção, restringe-se a ideia de prejuízo como pressuposto para o interesse em recorrer amplamente, para a sua acepção estritamente material – afastando-se, portanto, da ideia de sucumbência, que é identificada com a mera frustração da expectativa processual de uma das partes. Dessa forma, infere-se que o Ministério Público, órgão que goza tão somente de uma pretensão acusatória – isto é, o poder-dever de proceder contra alguém, diante da fumaça da prática de um delito –, não tem violado qualquer direito material próprio, ante o proferimento de uma decisão absolutória, senão mero dissabor de ver suas expectativas inadimplidas. De outro lado, o atentado ao direito subjetivo do imputado é patente: o seu direito fundamental à liberdade.

A partir disso, percebe-se a necessidade de um forte controle de convencionalidade-constitucionalidade, na medida em que o Brasil, mesmo com a recepção do Direito Internacional em seu plano interno, notadamente com os Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos – de caráter constitucional –, deixa de cumpri-lo com o necessário rigor, percebendo-se, portanto, uma evidente crise de fontes, onde, por força do legado autoritário, a legislação infraconstitucional continua sendo a força motriz da aplicação do Direito brasileiro.

Neste ímpeto, procura-se demonstrar que o duplo grau de jurisdição precisa ser visto como um direito fundamental à toda pessoa acusada, que serve como uma garantia ao controle da pretensão punitiva do Estado, sendo, portanto, um elemento fundador do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a dupla apreciação da matéria penal deve ser entendida como o direito ao recurso amplo exclusivo ao imputado, de modo que, tendo logrado êxito, em primeira instância, a tese defensiva do réu, encerra-se a demanda penal, porquanto a presunção de inocência do acusado, ora posta à prova, é ratificada após um juízo de certeza proferida pelo juízo *a quo*.

Deste modo, investiga-se, como hipótese ao problema colacionado, acerca da inviabilidade de concessão do direito ao recurso à acusação para impugnar sentença absolutória, propondo-se que tal sistemática – como ocorre na atualidade – fere de morte o real fundamento do duplo grau de jurisdição, que, repise-se, é o devido controle à pretensão

punitiva do Estado – sendo ela de titularidade do Poder Judiciário e não do órgão ministerial, vez que o *Parquet* detém, tão somente, a pretensão acusatória, que, por sua vez, se encerra após o proferimento da absolvição –, à luz de um necessário amparo ao acusado.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: OS MODELOS ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO

Prima facie, imperioso consignar um breve conceito acerca do que se entende por sistema processual penal. Neste prisma, a etimologia da palavra *sistema* vem do grego *systema*, de *synístemi* – estar junto de –, e do latim *systema*, *sustematis*, que significa reunião, junção¹. Na espécie, Bobbio contribui ao assentar que a noção de sistema é corolário ao conceito de ciência, de modo que se constitui em “uma totalidade ordenada, ou seja, um conjunto de organismos, entre os quais existe uma certa ordem”. No entanto, acrescenta que não basta uma mera relação destes organismos com o todo, devendo, necessariamente, haver uma compatibilidade entre estes elementos².

Ainda, Mauro Fonseca Andrade, na mesma linha elencada acima, entende que sistema jurídico, sob um primeiro prisma, pode ser percebido como a reunião, de forma conscientemente ordenada, “de entes, conceitos, enunciados, princípios gerais, normas ou regras jurídicas”, estabelecendo-se, entre tais elementos e os sistemas jurídicos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente³.

Fixada a noção de sistema jurídico, salienta-se que, na perspectiva processual penal, os sistemas pertencentes a este instituto são “campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa”⁴. No mesmo panorama, Paulo Rangel assenta que “sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”⁵.

É possível inferir, a partir desta análise perfunctória, que as noções dos sistemas adotados em cada Estado estão relacionadas ao seu modelo de governo. Vale dizer, conforme inspecionar-se-á a seguir, em regra, tem-se que o sistema inquisitório encontra amparo em um Estado totalitário, em que a repressão é a força motriz e a supressão dos direitos e garantias individuais é fato recorrente⁶, ao passo que o sistema acusatório tem suas raízes fixadas em

¹ SANTOS, Uraquitan José dos. Da atividade persecutória do juiz no processo penal brasileiro: possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio*. 2015. **Dissertação. (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.19.

² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.231.

³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2013, p.36-38.

⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003, p.34.

⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2019, p.121.

⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2019, p.122.

um Estado Democrático de Direito, no qual adota o processo penal acusatório como um sistema que limita o poder punitivo estatal e, portanto, garante ao acusado meios a evitar o livre arbítrio do Estado⁷.

Feito este rápido introito, insta consignar que no cenário hodierno é possível perceber, em âmbito doutrinário, três principais espécies de sistemas processuais penais, a saber: o sistema inquisitório, o sistema acusatório e o sistema misto, sendo este alvo de maiores questionamentos, porém desnecessária a sua exposição para os fins a que se destinam a discussão da temática *sub examine*.

Com efeito, em apertada síntese, nos ensinamentos de Aury Lopes Jr., o sistema inquisitório se caracteriza pela concentração de funções nas mãos do juiz e a atribuição suprema dos atos instrutórios ao acusador, que é tido como o “senhor soberano” do processo⁸. Nestor Távora e Rosmar Alencar vão além ao afirmarem que, neste sistema, o princípio inquisitivo é caracterizado pela inexistência de contraditório e ampla defesa, de modo que a totalidade das funções existentes no processo – acusar, defender e julgar – são reduzidas à figura do juiz⁹. Em arremate, os autores assentam que o sistema inquisitório é responsável pela mitigação dos direitos e garantias individuais do imputado, em benefício de um ambicionado interesse social de ver o acusado punido¹⁰.

Vislumbra-se, portanto, que essa é a linha doutrinária que se consolida no Brasil, ao conceituar o sistema inquisitório. No aspecto, Renato Brasileiro delimita-o como o sistema que tem como principal característica, secundando os demais teóricos, o fato de haver a concentração das funções de acusar, defender e julgar na figura única de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor¹¹. Ademais, Nereu Giacomolli entende o sistema inquisitório puro como aquele em que não há partes, de modo que a investigação e a realização dos fins do processo são atribuídas integralmente ao juiz¹².

Por fim, no magistério de Ferrajoli, o sistema baseado no método inquisitivo deriva do furto ao que o autor estabeleceu como o “axioma A8”, vale dizer, “*nullum iudicium sine accusatione*” – “não há processo sem acusação”. Em outras palavras, o emérito autor italiano consignou que o sistema inquisitório se justifica na relação simbiótica entre a acusação e o

⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2019, p.122.

⁸ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.45.

⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2020, p.58.

¹⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2020, p.59.

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p.40.

¹² GIACOMOLLI, José Nereu. **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2016, p.91.

juiz, tornando-o, necessariamente, parcial, isto é, o aludido modelo encontra-se inculido em todos os ordenamentos nos quais as funções acusatórias e jurisdicionais são confundidas entre o magistrado e o sujeito a cargo da acusação – não raro, a mesma pessoa¹³.

O sistema acusatório, por sua vez, nas mesmas lições de Lopes Jr., qualifica-se pelas funções bem definidas entre as partes processuais, de modo que a gestão das provas fique à cargo exclusivamente das partes, tornando o juiz um mero espectador, garantindo, assim, a necessária imparcialidade do processo¹⁴. Vale dizer, a principal – mas não única – característica deste sistema, em uma posição diametralmente oposta ao modelo inquisitório, é a separação das funções dos sujeitos que compõem o processo, deixando cristalino as atribuições de acusar, defender e julgar conferidas a personagens distintos¹⁵. Noutros dizeres, cabe ao magistrado, numa dicção acusatória, apenas a função julgadora, realçando a imparcialidade do juiz, despindo-se, pois, das funções de acusador e defensor outrora concentradas em sua figura¹⁶.

Em semelhante linha segue Nereu Giacomolli, que pontua o sistema acusatório puro como aquele “onde a acusação incumbe a um órgão diferenciado do juiz, a acusação e a defesa se enfrentam como partes, diante da imparcialidade do julgador”¹⁷. Outrossim, Eugênio Pacelli concretiza esta cognição ao sustentar que a separação do sistema processual inquisitório do modelo acusatório é a titularidade atribuída ao órgão da acusação, vale dizer, no sistema inquisitorial, as funções de acusação e de julgamento são concentradas em um só sujeito, enquanto no acusatório, esses papéis são reservados a pessoas distintas¹⁸.

Carnelutti, em uma lição mais poética, conclui a substância deste modelo sob o mesmo referencial: num sistema acusatório, o italiano interpreta o acusador e defensor como dois raciocinadores parciais, construindo e expondo as suas razões, de sorte que tal parcialidade é o preço que se deve pagar para garantir a imparcialidade do juiz, “que é, pois, o milagre do homem, enquanto, conseguindo não ser parte, supera a si mesmo”, isto é, o raciocínio

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.96.

¹⁴ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.46.

¹⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2020, p.60.

¹⁶ ANDRADE E SILVA, Danielle Souza de. A atuação do juiz no processo penal acusatório. **Dissertação (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Recife, 2003, p.25.

¹⁷ GIACOMOLLI, José Nereu. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2016, p.91.

¹⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2020, p.33.

instituído pelas partes é um raciocínio diverso daquele do juiz. Nestes termos, Carnelutti afirma ser tais premissas a chave do processo penal¹⁹ – acusatório.

Nesta esteira, todo este enfrentamento – ou harmonia – entre respeitáveis doutrinas brasileiras serve de ponte para abordar a contundente intervenção de Ricardo Gloeckner. No aspecto, pondera o autor que reduzir o sistema acusatório à separação das funções de acusar, defender e julgar em órgãos distintos – conforme se percebe de forma uníssona na melhor doutrina –, é explicá-lo de maneira simplória e incompleta, vez que este elemento é essencial à acusatoriedade do sistema, mas não se reduz a ele. A título elucidativo, adverte Groeckner que as ordenanças francesas de 1670, embora de matriz substancialmente inquisitória, gozava da participação de órgãos distintos²⁰.

A aludida crítica interpelada pelo autor talvez seja um ponto de partida para se pensar a necessidade da reestruturação processual penal brasileira. Vale dizer, conforme delinear-se-á detidamente em linhas ulteriores, o advento da Constituição da República de 1988 (CF/88) foi o marco que trouxe a era “pós-acusatória” (a consolidação do regime democrático brasileiro pós-1964), como indica Gloeckner, que, magicamente, tornou a estrutura do Processo Penal Brasileiro adequado à realidade acusatória, servindo como instrumento a legitimar o direito processual penal vigente²¹.

Em outras palavras, a mera caracterização do sistema acusatório na separação das funções de acusar, defender e julgar em órgãos distintos, legitima um ordenamento jurídico repressor de estrutura essencialmente fascista, sob a máscara de satélites democráticos. Em última análise, esta concepção neutraliza as discussões sobre a acusatoriedade ou inquisitoriedade do sistema processual penal, de modo a torná-lo um instrumento de reprodução de uma história substancialmente autoritária, permitindo a continuidade de um sistema processual penal veladamente inquisitório²².

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Traçando uma linha histórica, conforme assevera Aury Lopes Jr., a estrutura do processo penal sofreu variantes ao longo dos séculos, sempre se norteando a partir dos ideais

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: EDIJUR, 2019, p.41.

²⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.50.

²¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.51.

²² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.51-53.

punitivos ou libertários²³. Com efeito, em linhas gerais, o sistema inquisitório percorreu seis séculos da história da Europa continental, tendo o seu início no século XIII e o seu colapso no século XVIII, a partir de movimentos sociais e políticos, de modo que o século XIX fixou o marco de sua transformação definitiva, deixando, por consequência lógica, profundas mazelas que encontram raízes até os dias atuais²⁴.

Cumprido afirmar, neste intelecto, que até meados do século XII predominava o sistema acusatório²⁵. No aspecto, vigorou em quase toda a Antiguidade grega e romana (desta, em sua fase republicana), bem como durante a Idade Média, sob o domínio do direito germano²⁶. No entanto, por questões políticas da época – o conflito entre os senhores feudais e o poder do monarca, que pretendia, e conseguiu, erguer o absolutismo –, abriu-se espaço para a ascendência do sistema inquisitivo, sendo este consolidado e atingindo o seu auge com o crescimento da Igreja Católica e a instituição do Tribunal da Inquisição²⁷.

2.1.1 O sistema processual penal na Grécia antiga

Adotando, como ponto de partida, o processo penal vigente na Grécia antiga, de cunho democrático – sendo este, em verdade, uma forma de resistência ao sistema inquisitivo anteriormente aplicado, numa sociedade de base oligárquica, onde os magistrados acumulavam as funções de iniciar, instruir e julgar o processo, quando ainda não havia a possibilidade de participação popular²⁸ –, sabe-se que este modelo dividia a sua jurisdição entre os crimes públicos e privados²⁹: estes considerados mais brandos e, portanto, formavam o chamado *judiciu privatum*, que iniciava-se somente mediante provocação da parte interessada e permitia se findar por desistência ou transação; aqueles, que formavam um *judicium publicum*, dedicava-se aos crimes de maior gravidade e complexidade, sendo os acusados submetidos a julgamento perante um dos quatro tribunais da época, a saber:

²³ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.43.

²⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.288.

²⁵ LOPES Jr., Aury. *Op.cit.*, 2021, p.43.

²⁶ ANDRADE E SILVA, Danielle Souza de. A atuação do juiz no processo penal acusatório. 2003, **Dissertação (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Recife, p.25.

²⁷ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.288-289.

²⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2013, p.59.

²⁹ Julio Mayer explica que o Direito grego foi o pioneiro na divisão dos delitos entre públicos e privados, visto que, anterior à sua vigência, somente existia o delito privado. Aduz o autor que “o direito germano antigo não conhecia a nossa atual separação entre infrações civis e penais”, de modo que foi o “Direito grego que superou a concepção privada do delito”, dividindo-os em público e privado, segundo a lesão que a prática ilícita causou: a um interesse comum do povo ou a um interesse individual. (Tradução livre). (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.264 e 269).

Assembléia do Povo, Aerópago, Efetas e Heliastas, a depender da espécie delituosa. Nesta linha, ainda que de forma primitiva, infere-se que a substância acusatória constava daquela jurisdição, é dizer, “ao acusador caberia produzir as provas durante os debates, ao passo que o acusado deveria provar a sua inocência, prestando juramento de dizer a verdade”, sem qualquer interferência por parte do magistrado na produção do *standard* probatório³⁰.

Em suma, segundo Andrade, o procedimento processual penal vigente na chamada democracia ateniense, seguia os seguintes passos, *ipse litteris*:

1) autor realizava a citação verbal do acusado na presença de testemunhas que, em geral, eram duas; 2) antes de apresentar a acusação, o autor deveria prestar juramento de que não exerceria seu direito com má fé; 3) posteriormente à citação do acusado, mas antes de seu comparecimento ante o magistrado, este último deveria receber do autor seus escritos de acusação constando os fatos e fundamentos jurídicos, assim como um depósito em dinheiro; 4) o período de investigação pelas partes, que, em alguns casos, era de trinta dias, começava com o comparecimento do acusado; 5) estando suficientemente instruído com os elementos colhidos durante a investigação, o magistrado fixava o dia dos debates e a composição do tribunal; 6) o primeiro a falar era o acusador, e depois o acusado, ambos com igual tempo; 7) terminados os debates, os juízes proferiam a decisão sobre o mérito, relativa à condenação ou absolvição do acusado; 8) se o acusado fosse declarado condenado era realizada uma segunda sessão de debates, destinada a discutir a pena que deveria ser aplicada; 9) os juízes estavam vinculados às penas requeridas, não podendo aplicar outras; 10) se fosse condenado à morte, o acusado era imediatamente preso para a execução da sentença³¹.

Desta análise, Julio Mayer resume as características do Direito Processual Penal ateniense, das quais estão presentes elementos semelhantes ao que se observa no sistema acusatório atual. Com efeito, naquele sistema, o autor vislumbra a igualdade entre o acusador e o acusado, que, em regra, permanecia em liberdade durante o seu julgamento; a publicidade e a oralidade do julgamento, que se resumia em um debate, com a garantia do contraditório entre acusador e acusado, perante o tribunal e na presença do povo; e a decisão popular que tinha caráter absoluto, isto é, baseado no que hoje se conhece pelo princípio da soberania do veredito popular³². Observa-se, no entanto, características inquisitórias naquele modelo grego, mas completamente entendíveis para o contexto da época: admitia-se a tortura e os juízos de Deus como meios de realização probatória, bem como a valoração da prova segundo a íntima convicção de cada juiz³³.

³⁰ ANDRADE E SILVA, Danielle Souza de. A atuação do juiz no processo penal acusatório. **Dissertação (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Recife, 2003, p.25.

³¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2013, p.63.

³² MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.272.

³³ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.272.

2.1.2 O sistema processual penal na Roma antiga

Em Roma, por sua vez, Uraquitan dos Santos leciona que o sistema adotado sofreu diversas idas e vindas, na medida em que foram instituídos distintos modelos políticos naquele período, passando pela monarquia, república e pelo período imperial ou principado³⁴. Nas eméritas palavras de Julio Maier, o Direito romano proporciona um exemplo valiosíssimo acerca das transformações que sofreram o enrijecimento penal por impulsos das ideologias políticas imperantes em cada um dos três períodos históricos³⁵.

Nesta linha de intelecção, com o fim do período monárquico, que concentrava todo o poder nas mãos do monarca, inclusive o jurisdicional, o modelo instaurado foi o republicano, na qual teve como primeira consequência a divisão dos poderes até então concentrados nas mãos do rei, emergindo, neste ponto, um modelo mais próximo ao acusatório.

Nesse cenário, nos primeiros anos republicanos, em 449 a.C., foi criado o instituto chamado de *provocatio ad populum*, que servia como uma espécie de recurso contra a decisão do magistrado nos casos de maior gravidade, com a finalidade de transferir o julgamento para uma assembleia popular³⁶. A peculiaridade desta situação é que a acusação competia ao magistrado impugnado, passando ele a ser uma parte processual perante a assembleia do povo, e as provas eram de produção exclusiva do acusador e do acusado³⁷.

No entanto, em meados do século II a.C., este modelo foi perdendo credibilidade, porquanto o número de processos que passaram a abarrotar a assembleia do povo, passaram a causar a morosidade na solução das causas, aliado ao fato, ademais, de que argumentos demagógicos passaram a ser perpetrados para sustentar demasiadas decisões absolutórias³⁸. A partir daí, criaram-se tribunais estáveis, com competências específicas de acordo com os

³⁴ SANTOS, Uraquitan José dos. Da atividade persecutória do juiz no processo penal brasileiro: possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio*. 2015. **Dissertação. (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.24.

³⁵ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.272.

³⁶ SANTOS, Uraquitan José dos. Da atividade persecutória do juiz no processo penal brasileiro: possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio*. 2015. **Dissertação. (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.24-25.

³⁷ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Curitiba: Juruá, 2013, p.64.

³⁸ SANTOS, Uraquitan José dos. Da atividade persecutória do juiz no processo penal brasileiro: possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio*. 2015. **Dissertação. (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.25.

temas levados à jurisdição, presididos por um magistrado (ou ex-magistrado) que, em certos casos, detinha a competência exclusiva de julgamento³⁹.

Ademais deste magistrado, os tribunais eram compostos por cidadãos romanos eleitos para o cargo, que constituíam uma lista geral de pessoas indicadas como aptas para exercer a função jurisdicional. Com efeito, ocorria a eleição baseada na lista apresentada, da qual o acusador e o acusado poderiam, por livre arbítrio, recusarem certo número deles⁴⁰ – procedimento análogo ao que ocorre atualmente no processo penal brasileiro, no âmbito do Tribunal do Júri. Por fim, a partir dos ensinamentos de Andrade, salienta-se que a acusação poderia ser exercida por qualquer pessoa de boa reputação e, necessariamente, tinha de ser uma pessoa distinta dos julgadores e do presidente do tribunal⁴¹.

Nesta toada, conforme ensinamento de Santos, o procedimento nos tribunais, *primus*, ocorria no bojo dos debates orais, onde as provas eram exibidas pelas partes litigantes, oportunidade na qual os seus argumentos eram prolatados e, de forma direta, havia a inquirição das testemunhas, realizando-se tal etapa sem a interferência do magistrado. Com efeito, o acusado podia se defender por si mesmo ou outorgar a sua defesa a uma terceira pessoa. Destaca-se, no ponto, que a discussão da causa não se limitava ao objeto posto pela acusação: ocorria, em enfrentamento, a desqualificação das partes, em que cada uma buscava atingir a conduta social do polo adversário.

Na espécie, o acusado tinha o direito de permanecer em silêncio (*nemo tenetur se detegere*), bem como de somente ser acusado sob a sua presença (isto é, era impossível a decretação da revelia do réu). Ademais, malgrado a regra fosse a de responder ao processo em liberdade, a partir do pagamento de uma caução, nas situações em que o acusado viesse a confessar, a prisão preventiva tornava-se obrigatória⁴².

Desta análise, percebe-se que o processo passou a ser público, contraditório e com a possibilidade de o acusado se defender das informações constantes dos autos, diferentemente do que ocorria anos antes, na vigência do modelo monárquico em Roma.

³⁹ SANTOS, Uraquitan José dos. Da atividade persecutória do juiz no processo penal brasileiro: possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio*. 2015. **Dissertação. (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.25.

⁴⁰ SANTOS, Uraquitan José dos. Da atividade persecutória do juiz no processo penal brasileiro: possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio*. 2015. **Dissertação. (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.25.

⁴¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2013, p.80-84.

⁴² SANTOS, Uraquitan José dos. Da atividade persecutória do juiz no processo penal brasileiro: possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio*. 2015. **Dissertação. (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.26.

Por fim, encerrada a fase dos debates, os julgadores apreciavam os elementos colhidos e votavam, de acordo com suas íntimas convicções, utilizando-se de pequenas tábuas nas quais continham a letra “A”, para indicar a absolvição; a letra “C”, quando se entendia pela condenação; e a combinação “NL”, que significava *non liquet*, isto é, uma forma de abstenção dos jurados, que, diante do debate exibido, não se sentiam satisfeitos com o que lhes foram apresentados. Havendo maioria dos números de “NL” em relação ao número necessário para condenar ou absolver, procedia-se com a reabertura dos debates⁴³. Por derradeiro, havendo a condenação, a pena era preestabelecida por lei⁴⁴.

Por fim, chegou-se ao período do Império Romano, que, inicialmente preservou as bases do sistema acusatório do processo penal que vigorava na República. Todavia, malgrado tenha sido mantido a essência do processo penal acusatório, a população passou a desacreditar deste sistema, na medida em que se via diante de um punitivismo exacerbado, caracterizando a banalização da aplicação do Direito penal, notadamente os crimes de calúnia, tergiversão e prevaricação. Nesse cenário, a consequência, como explica Uraquitan Santos, foi o posterior “desinteresse dos cidadãos em participar dos tribunais populares, levando o imperador a restabelecer a *cognitio*”, aglutinando, novamente, à semelhança do período monárquico, as funções de investigar, acusar e decidir na figura do imperador, ou em uma pessoa por ele delegada⁴⁵.

Dito isto, Maier deixa consignado que o Direito romano secularizou a persecução penal. Vale dizer, a publicidade foi a característica principal do procedimento, ao menos a partir da instauração da República, e perdurou até os últimos tempos do Império, apesar de que, por necessidades políticas deste último período, foram introduzidas modificações profundas que tendiam a abolir a instituição republicana⁴⁶. É que, conforme se extrai dos escritos de Salo de Carvalho, após a superação do procedimento acusatório (*iudicium Dei*) houve a “redescoberta” do Direito Romano, sobretudo com a revitalização do *Corpus Iuris Civilis* no século XII pela Universidade de Bolonha e a posterior inserção das glosas,

⁴³ SANTOS, Uraquitan José dos. Da atividade persecutória do juiz no processo penal brasileiro: possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio*. 2015. **Dissertação. (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.26.

⁴⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2013, p.93-99.

⁴⁵ SANTOS, Uraquitan José dos. Da atividade persecutória do juiz no processo penal brasileiro: possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio*. 2015. **Dissertação. (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.26-27.

⁴⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.274.

acarretando a formalização e a mudança nos procedimentos pelo Clero⁴⁷. Isto é, a Igreja bebeu do texto do *Corpus Iuris Civilis* para administrar a sua própria organização e inculcar, automaticamente, a sua teocracia radical⁴⁸.

Nesse contexto, a partir da derrocada do sistema acusatório, foram introduzidas severas características inquisitórias, principalmente com a participação da Igreja, das quais Lavack aponta a tortura como uma circunstância determinante, utilizada para a conquista da “verdade real”⁴⁹ – expressão, lamentavelmente, até hoje utilizada. Assim, o sistema processual inquisitório em ascensão caracterizou-se “pela exclusão do contraditório, ausência de ampla defesa e inviabilização da presunção de inocência”⁵⁰.

Na mesma linha de intelecção, Salah Khaled Jr. lembra que a preocupação da Inquisição, capitaneada pela Igreja Católica Apostólica Romana, não tinha relação com a criminalidade em si, isto é, com a retribuição perante o dano ao patrimônio ou à vida, mas sim com a violação aos dogmas estabelecidos pela Igreja, tratados como verdades inabaláveis e ameaçados pela prolongação da existência de crenças heréticas⁵¹. No aspecto, assenta o autor que o modelo processual penal da Inquisição visava a “confirmação da condição de herege de um potencial pecador”, dispensando-se, portanto, critérios objetivos para a comprovação de fatos históricos⁵². Portanto, na exata cognição de Khaled Jr., “a verdade obtida não guardava qualquer correspondência com o real”, de sorte que ela “simplesmente reproduzia as convicções pessoais do inquisidor, que extraía, mediante o emprego de força, a confirmação da hipótese que ele, o juiz, havia fabricado”⁵³. Nestes termos, o processo inquisitivo não falha, é exato, seguro e indefectível, na medida em que é construído a partir de um resultado previamente estabelecido pelo juiz inquisidor⁵⁴.

Dito isto, observa-se que o direito processual penal romano, no período republicano, incorporou, definitivamente, como meta de procedimento, a investigação objetiva da verdade histórica por meios racionais, que buscavam reconstruir, no interior do procedimento e como

⁴⁷ CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v.42. n.0. Paraná, 2005 (35-56), p.39.

⁴⁸ LEGENDRE, Pierre. **O amor do Censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983, p.91.

⁴⁹ LEVACK, Brian. **A caça às Bruxas na Europa moderna**. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p.80.

⁵⁰ CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v.42. n.0. Paraná, 2005 (35-56), p.41.

⁵¹ KHALED Jr., Salah H. **Ambição de verdade no processo penal**: Uma introdução. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.31-32.

⁵² KHALED Jr., Salah H. **Ambição de verdade no processo penal**: Uma introdução. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.33.

⁵³ KHALED Jr., Salah H. **Ambição de verdade no processo penal**: Uma introdução. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.33.

⁵⁴ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.21.

fundamento da decisão, um acontecimento histórico, hipoteticamente já ocorrido, que foi atribuído ao acusado: rompeu, desta forma, com a concepção do procedimento como método de luta e da prova, visando obter, mais do que a verdade do acontecido, a razão dos adversários por meio de sinais externos pelos quais a divindade se pronunciava em favor de um ou de outro⁵⁵.

No entanto, por motivos políticos, procedeu-se à resignificação do direito romano, instituindo-se uma nova era, em que foi consolidada o principal período inquisitório que faz refletir, até hoje, no direito processual penal, os seus princípios repressores.

2.1.3 O legado do Estado absolutista: as mazelas deixadas nos modelos processuais penais

Consoante antecipado em linhas anteriores, a implantação do sistema inquisitório foi realizada no século XIII, percorrendo por seis séculos na história da Europa continental, encontrando o seu declínio no século XVIII, tendo, por fim, nas palavras de Mayer, a sua transformação definitiva no século XIX, pelo menos no continente europeu, “*no sin antes dejar tras de sí profundar huellas que aún perduran em el procedimiento penal de nuestros días*”⁵⁶.

Nesse cenário, a ascensão do Estado absolutista foi responsável por uma virada de extremos no âmbito do tratamento ao delinquente. Segundo Foucault, em França, assim como na grande maioria dos países europeus, a inteireza do processo criminal, dos primórdios até a sentença, corria em segredo, ou seja, obscuro não só para o público, mas para o próprio acusado. Em outras palavras, o processo penal tramitava sem que o acusado ao menos soubesse da imputação que lhe cabia, tampouco os elementos processuais necessários para a construção da sua defesa, de modo que, na justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação⁵⁷.

Ainda segundo Foucault, a ordenação de 1670 regeu, até a Revolução, as formas gerais da prática penal. Nesse contexto, o aludido diploma furtava o direito do acusado de ter acesso às peças processuais, de sorte que era impossível conhecer o sujeito que estava denunciando, além da impossibilidade de ter a ciência do sentido dos depoimentos antes de

⁵⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.274.

⁵⁶ Não sem antes deixar vestígios que ainda persistem no processo penal de nossos dias. (Tradução livre). (MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.288).

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.38.

recusar as testemunhas. Ademais, vilipendiando por completo a posição de sujeito de direito no processo penal à época, não era facultado ao acusado a possibilidade de constituir um advogado, seja para fazer o controle da regularidade do processo, seja para participar da própria defesa do acusado⁵⁸.

Neste tempo, vigia a presunção de culpabilidade do acusado – em contradição à presunção de inocência que surge como princípio-rei do sistema acusatório –, em que, segundo Foucault, “cada indício trazia consigo um grau de abominação”. Neste compasso, a culpa não era afirmada a partir da reunião de diversas provas capazes de afastar a inocência para além da dúvida razoável. O que ocorria, *a contrario sensu*, era que uma meia-prova tornava o acusado um meio-culpado, ou seja, “o indício, apenas leve, de um crime grave, marcava alguém como um pouco criminoso”. Portanto, nas palavras do pensador francês, o suspeito, simplesmente por estar nesta condição, já merecia um castigo, vez que ser inocente e ser objeto de suspeita eram condições, à época, diametralmente opostas e, portanto, excludentes entre si. Nesse cenário, a suspeita configurava, a um só tempo, “da parte do juiz um elemento de demonstração, da parte do acusado a prova de uma certa culpa, e da parte da punição uma forma limitada de pena”⁵⁹.

Em um salto histórico, a despeito de já haver escritos deslegitimando a atuação da Igreja, em seio jurídico, somente a partir do século XVII que se inicia o processo de desmitificação das verdades reveladas pelo clero⁶⁰.

Dito isto, Jacinto Coutinho afirma que, durante mais de setecentos anos, o imputado, no processo penal, foi transformado em mero objeto de verificação, de modo que até a sua condição de parte foi suprimida pelo inquisidor⁶¹. Ou seja, no modelo inquisitivo é desnecessária a ciência do imputado de sua acusação, de modo que, neste sistema, inexistente a acusação e a publicidade, quiçá a possibilidade de contradizer a imputação. Em outras palavras, o juiz-inquisidor atua *ex officio* e em segredo, colhendo informações de testemunhas, que serão suficientes para formar o juízo condenatório⁶².

Nesse cenário, com a ascensão da monarquia absolutista, a base do sistema político tornou-se a concentração de todos os atributos da soberania – legislar, julgar e administrar –

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.38.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.44.

⁶⁰ CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v.42. n.0. Paraná, 2005 (35-56), p.44-45.

⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. 2015, p.18. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁶² LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.44.

em um poder central, isto é, o monarca, que se confundia com o próprio Estado⁶³. Neste ínterim, a Igreja Católica, em notável e irrefreável crescimento, instituiu a sua ideia de *universitas Christiana*, favorecendo, assim, o começo da formação dos Estados nacionais, “*organización política perfectamente estructurada durante la Edad Moderna, no sin dejar profundas huellas culturales*”⁶⁴, sobretudo na área jurídica e no enrijecimento penal⁶⁵.

Isto posto, forçoso concluir, para posterior discussão, que o sistema inquisitório transformou, radicalmente, a fisionomia do processo penal. Vale dizer, o que antes, no ceio de um sistema acusatório, vigorava um duelo franco entre acusador e acusado, caracterizado pela igualdade de oportunidades, o sistema inquisitório instituiu uma drástica ruptura dessa isonomia, ao destinar ao árbitro, antes imparcial, uma atividade de inquisidor, atuando, desde o início, também como acusador. Portanto, o juiz passou a atuar como parte, investigador, administrador, acusador e julgador, num procedimento escrito, secreto e não contraditório⁶⁶.

2.2 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Para o início deste tópico, cumpre preconizar as palavras do sociólogo brasileiro, Jessé Souza, ao afirmar, categoricamente, que “o presente não se explica sem o passado, e apenas a interpretação que reconstrói a gênese efetiva da realidade vivida pode, de fato, ter poder de convencimento”⁶⁷. Portanto, não há como introduzir o período em que foi confeccionado o atual Código de Processo Penal (CPP), senão conjecturando, em linhas gerais, o funcionamento político daquela que foi chamada a Era Vargas.

Nesse cenário, as historiadoras, Lilia Schwarcz e Heloisa Starling, contam que o Estado Novo, modelo implementado em 1937 por Getúlio Vargas, encontrou sua sustentação na figura funcional e pessoal exclusiva do presidente da época: o único civil que foi capaz de capitanear uma ditadura no Brasil, com amplo apoio das Forças Armadas, sobretudo pelo Exército, e extensivo apoio popular, sustentado por uma política de massas⁶⁸.

⁶³ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.289.

⁶⁴ “Organização política perfeitamente estruturada durante a Idade Moderna, não sem deixar profundos traços culturais” (Tradução livre).

⁶⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.289

⁶⁶ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.222.

⁶⁷ SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão a Bolsonaro**. Rio de Janeiro: Estação Brasil. 2019, p.14.

⁶⁸ SCHWARCZ, Lilia M; STARLING, Heloisa H. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.374.

Nesta esteira, afirmam as historiadoras que não há como afastar as grandes influências de pensadores políticos conservadores, como Alberto Torres⁶⁹, para a construção do Brasil daquele período. Segundo Gloeckner, Torres, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), ex-presidente do Rio de Janeiro e ex-Ministro do interior, foi a primeira grande referência do autoritarismo brasileiro⁷⁰. Ainda, nas palavras de Pécaut, Alberto Torres seria tido como o piloto incontestado dos pensadores autoritários das mais variadas propensões⁷¹.

Com efeito, o pensamento de Torres era voltado à criação de uma “democracia social”, na medida em que o sistema da democracia política, de acordo com ele, não seria capaz de viabilizar ao Estado a criação e a consolidação da nação. Nestes termos, defendia a construção do homem (e não do cidadão), que somente poderia ter o sucesso pretendido a partir de um Estado autoritário⁷².

O Estado Novo, portanto, foi fundado através das ideologias emergentes da época. Este período da história brasileira, que viveu nos anos de 1937-45, designava a ditadura de Salazar, que teve sua gênese no ano de 1932, em Portugal, bem como importou alguns traços do fascismo europeu, vale dizer, o fortalecimento do Poder Executivo refletido em apenas uma liderança; a representação de interesses de distintos grupos, das diversas classes, ameadados por um arranjo corporativo, tutelado pelo Estado; assim como a crença inabalável da capacidade técnica do governo, somado à disseminação do mito de que a eficiência do executivo se criava a partir da supressão do dissenso⁷³.

No entanto, em que pese as fortes influências fascistas, salazaristas e demais modelos políticos contemporâneos à época, ao bem da verdade, Schwarcz e Starling advertem que o Brasil não viveu a reprodução de nenhum dos sistemas consignados em solo europeu. No intelecto das autoras, a natureza do regime enraizado no território brasileiro era autoritária, modernizante e pragmática, isto é, uma sociedade controlada pelo Estado forte, com um sistema repressivo capaz de erradicar qualquer espécie de atividade oposicionista⁷⁴.

⁶⁹ SCHWARCZ, Lilia M; STARLING, Heloisa H. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.374.

⁷⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.106.

⁷¹ PÉCAUT, Daniel. **Os intelectuais e a Política no Brasil: entre o povo e a nação**. São Paulo: Ática, 1990, p.46.

⁷² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.107.

⁷³ SCHWARCZ, Lilia M; STARLING, Heloisa H. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.375.

⁷⁴ SCHWARCZ, Lilia M; STARLING, Heloisa H. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.375.

Ainda, na criação deste contexto, antes mesmo da implementação do Estado Novo *stricto sensu*, as manobras e mecanismos para atestar a sua posterior eficácia e consolidação foram executadas anos anteriores. Nesse cenário, Vargas criou a sua polícia política, a Delegacia Especial de Segurança Política e Social (Desp) – comandado pelo capitão do Exército Filinto Müller, ferrenho defensor do nazismo, que tinha por auxílio, ainda, a Gestapo, a polícia secreta de Hitler – que atuava exclusivamente na repressão política e se incumbia de “receber denúncias, investigar, deter e encarcerar qualquer pessoa cuja atividade fosse considerada suspeita”, salienta-se: sem a necessidade de comprovar a prática efetiva do crime⁷⁵.

Feito este breve introito histórico, forçoso sublinhar que o Código de Processo Penal surgiu como produto deste período de autoritarismo evidente, mais precisamente no dia 03 de outubro de 1941, através do Decreto-Lei nº 3.689. É evidente que o *Codex* implementado na década de 1940 sofreu diversas reformas, o que modelou o seu *modus operandi* para perseguir um *iter* processual fundado em preceitos democráticos. Todavia, a despeito dessas reformas, infelizmente, o seu núcleo não foi modificado. Como afirma Gloeckner, não se pode perder de vista que o Código de Processo Penal tem uma história, de modo que esse hiato tem sido gradualmente relevado pela doutrina e jurisprudência hodierna, sob a máscara da consolidação da democracia balizada pela Constituição Republicana de 1988.

É dizer, a história brasileira foi colocada embaixo do tapete, ignorando o fato de que o Código de 1941 é um produto do Estado Novo, que tem, por sua vez, uma proximidade epistemológica inquisitorial inegável. A título confirmativo, rememora Khaled Jr. que basta observar como Francisco Campos reproduz, categoricamente, os escritos do Manual dos Inquisidores de Nicolau Eymerich na exposição de motivos do CPP, o que afasta, quase que por completo, as diretrizes constitucionais, mas, fatalmente, serve como norte para inúmeros operadores do Direito, que importam maior mérito à legislação infraconstitucional autoritária, em detrimento das instruções estabelecidas pela própria Constituição⁷⁶.

Aliás, estudar a história do Código de Processo Penal de 1941 sem falar da sua figura emblemática é desconectar todo o aparato histórico de sua realidade. Com efeito, Francisco Campos foi Ministro da Justiça no período varguista, Ministro da Educação do Brasil em 1932, e encabeçou diversas reformas legislativas no Brasil. Ademais, no período ditatorial de

⁷⁵ SCHWARCZ, Lilia M; STARLING, Heloisa H. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.375.

⁷⁶ KHALED Jr., Salah H. **Ambição de verdade no processo penal: Uma introdução**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.35-36.

1964-85, foi o responsável pela elaboração do ato institucional nº 1⁷⁷. Foi, em apertadas palavras, o sujeito que assinou a violência no Brasil⁷⁸⁻⁷⁹.

Francisco Campos, em suas obras, defendia diversos pontos autoritários. Para fins desta pesquisa, o principal ponto a ser exibido é a finalidade que o político idealizava para a nova legislação penal e processual penal brasileira à época: a defesa social – coincidentemente, o mesmo ideal perseguido por Manzini, um dos expoentes na criação da legislação criminal da Itália Fascista. Nesta esteira, defesa social, para Campos, significa defender a sociedade contra os perigosos agentes que ameaçam a segurança da sociedade⁸⁰ – discurso assombrosamente atual. Na espécie, Gloeckner adverte, precisamente, que esta é uma importante questão ignorada pelos penalistas e criminólogos brasileiros atualmente: os princípios que compõem a ideologia da defesa social também constituem importante parcela do âmago processual penal brasileiro⁸¹.

Portanto, as hodiernas discussões acadêmicas acerca da temática relevam o fato de que, persistindo os ideais incutidos por Francisco Campos, que aponta o direito processual como um instrumento de defesa da sociedade contra o sujeito perigoso, automaticamente esvazia a verdadeira finalidade que um processo criminal baseado num sistema acusatório deveria adotar: a defesa de direitos e garantias fundamentais, frente ao poder punitivo do Estado. São, portanto, finalidades excludentes entre si⁸².

Em outras palavras, a história acima delineada conecta, ainda hoje, o Código de Rito Criminal à doutrina italiana predominante nas décadas de 1920 a 1940 do século passado,

⁷⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.117.

⁷⁸ “Francisco Campos foi o protótipo do jurista que sempre colocou seu saber enciclopédico a serviço das forças mais retrógradas e mais autoritárias que governaram o Brasil (mentor da Constituição ditatorial de Vargas e do Ato Institucional nº 1 do golpismo militar de 1964). Em sua tese *Introdução Crítica à Filosofia do Direito* (Belo Horizonte, 1918), deixa claro todo seu repúdio a uma deontologia do Direito, fazendo apelo tanto ao positivismo naturalístico quanto à orientação cientificista, delegando à filosofia jurídica um papel meramente fenomenológico”. WOLKMER, Antônio Calor. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.175.

⁷⁹ “Além de ser praticamente autor único da Constituição de 1937, esteve envolvido na redação dos Atos Institucionais 1 e 2 – consolidando o golpe de 1964 –, além de tecer importantes sugestões para a Constituição de 1967. Frases célebres como “governar é prender” ou “o povo não precisa de governo, precisa de curatela” marcaram sua trajetória intelectual e sua vida pública, alocando seu pensamento nos quadros do chamado “pensamento autoritário””. SANTOS, Marco Antônio Cabral dos. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. Locus: **Revista de História**. Juiz de Fora, v. 13, n. 2, 2007, (p.31-48), p.32.

⁸⁰ PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. 2012. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, p. 22-23.

⁸¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.131.

⁸² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.132.

engessando, portanto, as suas premissas elementares ao longo do tempo, de sorte que somente o interesse pela história processualística penal da codificação brasileira faria emergir um debate honesto e crítico, suficiente para eclodir um movimento forte para a sua total revogação⁸³.

A partir da análise da exposição de motivos do atual Código de Processo Penal de 1941, escrito por Francisco Campos, já seria motivo o suficiente para fazer emergir uma discussão crítica acerca da legitimidade de sua vigência, ainda que atravessada por diversas reformas legislativas. Com efeito, observa-se que o CPP foi editado, visando, prioritariamente, a “maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem” e, para não correr em risco de fuga do real sentido das afirmações, continua imprimindo, *ipse litteris*, que:

As nossas vigentes leis do processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrente daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade⁸⁴.

Ensina Andrade e Silva que o entendimento acerca do sistema processual adotado pelo CPP de 1941 era o misto, na medida em que composto de duas fases consecutivas: a primeira inquisitória, simbolizada pelo inquérito policial; e a segunda de matriz acusatória, iniciada com o processo⁸⁵. Acrescenta, num salto histórico, que a ordem constitucional advinda em 1988, em que separa claramente as funções de julgar, acusar e defender, passa a incutir na doutrina pátria o entendimento de que, malgrado tenha-se mantido o inquérito policial, procedimento expressamente inquisitivo, está-se diante de um sistema acusatório⁸⁶.

Neste prisma, debatendo com o intelecto de Gloeckner, este autor critica, veementemente, a aludida posição, ao indicar que este pensamento é um dos principais responsáveis pela manutenção da estrutura processual penal de 1941, esvaziando, assim, importantes discussões acerca da antiquada inquisitorialidade que vige no Brasil. Nestes termos, Gloeckner delimita a legitimidade do núcleo do CPP atualmente, a partir da virada da ordem constitucional, sustentado por um discurso pós-acusatório, que se mostra vulnerável às mesmas categorias que circundavam o discurso processual penal da Itália fascista, cuja

⁸³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.35.

⁸⁴ BRASIL. Poder Executivo. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1941, item II.

⁸⁵ ANDRADE E SILVA, Danielle Souza de. A atuação do juiz no processo penal acusatório. 2003. **Dissertação. (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, 2003, p.43.

⁸⁶ ANDRADE E SILVA, Danielle Souza de. A atuação do juiz no processo penal acusatório. 2003. **Dissertação. (Mestrado em Direito)** – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.43.

estrutura do processo penal é muito semelhante à brasileira⁸⁷. Em outras palavras, assevera o autor que o “pós-acusatório” parte da premissa de que a CF/88 instituiu um sistema de garantias que basta por si mesmo, de modo a permitir que todo o aparato punitivo brasileiro se autodeclarasse constitucional-democrático de caráter acusatório⁸⁸.

Ora, a partir de uma análise crítica dos elementos constitutivos do Código de Processo Penal vigente, é de fácil percepção que o contexto histórico da sua gênese permanece influenciando e assombrando as diretrizes doutrinárias e, principalmente, a prática forense, mesmo no período pós-Constituição Federal de 1988. Consoante adverte Moraes da Rosa, manifestações claras desta premissa se consubstanciam “na relativização das formas, centralidade do julgador, preponderância dos elementos do inquérito, ordem pública, *in dubio pro societate*, banalização da prisão cautelar, execução antecipada da pena, mitigação do nível de exigência probatória para condenação”, dentre diversos outros sintomas que é possível destacar a partir do estudo do processo penal brasileiro de 1941, marcas evidentemente não recepcionadas pelo viés democrático implantado pela CF/88⁸⁹.

Sob esta ótica, explica o Gloeckner que o efeito do contexto “pós-acusatório” é, justamente, utilizar o discurso de que a força normativa da Constituição Federal de 1988 teve o condão de erradicar os resquícios inquisitórios que se encontrariam ainda na legislação brasileira. À luz deste paradigma, o discurso dominante – que amarga o processo penal brasileiro num sistema inquisitório velado, silencioso e, portanto, isento a críticas⁹⁰ – confirma o suposto sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, com sustentáculo na separação de funções como elemento determinante, em harmonia com os

⁸⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.51.

⁸⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.174.

⁸⁹ ROSA, Alexandre Moraes da. **Matriz autoritária como condicionante na atuação do julgador no processo penal**. 2018, p. 01. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-21/limite-penal-matriz-autoritaria-condicionante-atuacao-julgador-processo-penal>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

⁹⁰ *Mutatis mutandis*, é plausível extrair da ideia de Jessé Souza a concepção aqui explicada. Vale dizer, o sociólogo informa que os seres humanos tendem a esquecer o processo de reprodução dos ideais das instituições seculares, tornando-os inocentes quanto à repetição dos seus comportamentos, pois não têm a ciência de que as suas ações são diretamente influenciadas por um processo histórico constantemente reformulado em seus paradigmas superficiais, a fim de que o seu núcleo continue sob legitimidade atemporal. Dessa forma, substituindo a reprodução do comportamento dos seres humanos pela repetição dos elementos fundantes (fascistas) do CPP de 1941, ignorando o seu artefato histórico a partir do advento da CF/88, importante destacar os ensinamentos de Souza, quando afirma que: “Dada a invisibilidade desse processo secular de inculcação e incorporação inconsciente de ideias, tendemos a achar que nossos hábitos e comportamentos nos são transmitidos pelo sangue ou que vêm das nuvens. É esse esquecimento que nos faz de tolos, pois a dinâmica das instituições que nos dominam e os interesses que elas defendem se tornam literalmente invisíveis. Não dá para criticar o que não se vê e o que não se percebe”. SOUZA, Jessé. **A classe média no espelho**: Sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018, p.28.

princípios positivados no texto constitucional, malogrando os debates acerca das práticas e formas punitivas brasileiras, sob o fundamento de que tais discussões restariam obsoletas⁹¹.

Em suma, a Constituição tornaria o sistema processual penal brasileiro imune a críticas, na medida em que, com o advento da Carta Cidadã junto com o seu modelo democrático de processo penal, “já não caberia se falar em autoritarismo, que estaria relegado ao passado político brasileiro não-democrático”⁹². Percebe-se, facilmente, essa indignação de Gloeckner, a partir da conclusão adotada por Andrade e Silva, que argumenta que o direito processual encontra suas dimensões fundamentais no direito constitucional, “principalmente pelo estabelecimento dos princípios constitucionais e de muitos de seus institutos”⁹³.

Gloeckner importa a expressão “garantismo inquisitório”⁹⁴, cunhada por Ennio Amodio, ao se referir à legislação italiana da década de 1950. Em síntese, na cognição do italiano, a aludida expressão corresponde à oferta de ténues corretivos de fachada a um processo inquinado pelas velhas estruturas inquisitórias⁹⁵. No ponto, Gloeckner, de maneira perfeitamente cabível, aproveita a expressão para delinear o efeito irradiado em solo pátrio a partir do advento da CF/88, vale dizer, o Brasil vivencia o fenômeno do garantismo inquisitório, porquanto, segundo o autor, o Código de Processo Penal, ainda que atingido por várias alterações – de fachada –, se mantém saudável⁹⁶ em seu núcleo de gênese fascista⁹⁷.

É este, pois, o discurso legitimador dos institutos inquisitórios que permeiam, ainda hoje, o Direito processual penal brasileiro. É dizer, as reformas reiteradamente aplicadas, a

⁹¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.52.

⁹² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.53.

⁹³ ANDRADE E SILVA, Danielle Souza de. A atuação do juiz no processo penal acusatório. 2003. **Dissertação. (Mestrado em Direito)** – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.46.

⁹⁴ Esse garantismo inquisitório consistiu em uma expressão que designava criticamente determinado período do processo penal italiano, após as reformas processuais pós-fascistas e que pretendia demonstrar que a convivência de duas almas distintas não poderia atender a exigência de aperfeiçoar um código de processo penal (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.189-190)

⁹⁵ AMODIO, Ennio *apud* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.189.

⁹⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.189.

⁹⁷ É possível ilustrar os pensamentos de Gloeckner, a partir dos ensinamentos de Jessé Souza, no ponto em que o sociólogo explica que “Como dentro de um mesmo paradigma convivem interpretações que parecem, inclusive, opostas, quando são, no máximo, uma imagem invertida no espelho, a questão principal para a superação dos paradigmas científicos é perceber seus pressupostos. É necessário ganhar distância em relação àquilo que, precisamente, é percebido como óbvio e evidente por todos”. Continua o autor, advertindo que “a crítica dentro de um mesmo paradigma só o torna ainda mais forte como referência fundamental, seja para quem concorda com ele ou para quem quer inovar. A inovação possível dentro de um mesmo paradigma é sempre superficial e nunca sequer toca o aspecto principal”. SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão a Bolsonaro. Rio de Janeiro: Estação Brasil, p.15-16.

partir de reivindicações de categorias como soluções para o autoritarismo no processo penal – como democracia, Constituição etc. –, não produzem uma ruptura substancial com o quadro autoritário. É por tal maneira que Mendes e Melo inferem que o autoritarismo se legitima mediante a ressignificação de determinadas práticas⁹⁸ – o que Gloeckner chama do efeito “pós-acusatório”.

Nesse cenário, conforme adverte Alexandre Morais da Rosa, aos que insistem em não enxergar as marcas de nascença do Código de Processo Penal em vigor, basta realizar uma leitura perfunctória da exposição de motivos do CPP, capitaneado por Francisco Campos, onde facilmente se encontra a matriz autoritária refletida na prevalência de um pseudo interesse coletivo em prejuízo dos direitos individuais⁹⁹. Observa Gloeckner, nessa mesma esteira cognitiva, que a estrutura judiciária do Brasil atual mantém posições jurisprudenciais, em matéria criminal, sem rupturas significativas no tocante à década de 1940¹⁰⁰.

Destarte, destaca Anthony Pereira que, tal como ocorreu nos fascismos anteriores, em nenhum país houve uma desconstituição completa do funcionamento do Judiciário, vez que suas peças constitutivas continuaram a servir à Constituição Democrática, da mesma maneira que atuaram no seio das ditaduras militares. Com efeito, ainda que houvesse a referida – e necessária – reforma, não seria o bastante para se chegar ao clímax democrático: é preciso entender que a essência do autoritarismo não cessa simplesmente com a passagem do regime militar para o civil e, deste, para o constitucional-democrático¹⁰¹.

No entanto, infelizmente, a partir do efeito pós-acusatório, as discussões acadêmicas processuais penais deixaram, definitivamente, o período Vargas a cargo dos historiadores, tornando-o apenas uma parte da história brasileira sem qualquer influência prática no cenário atual. É por essas razões que Morais da Rosa imprime um cenário pessimista, vez que “A luta por um processo democrático e de acordo com nossa Constituição já perdura 30 anos e, infelizmente, parece estar longe do fim e a cada dia mais difícil”¹⁰².

⁹⁸ MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Marcos Eugênio. Mentalidade inquisitória e instrumentalidade do processo penal: transição democrática, reformas processuais e permanências autoritárias. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí**. Teresina, v.4, n.01, 2017, (p.84-99), p.87.

⁹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Matriz autoritária como condicionante na atuação do julgador no processo penal**. 2018, p. 01. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-21/limite-penal-matriz-autoritaria-condicionante-atuacao-julgador-processo-penal>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

¹⁰⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.179.

¹⁰¹ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p.12.

¹⁰² ROSA, Alexandre Morais da. **Matriz autoritária como condicionante na atuação do julgador no processo penal**. 2018, p. 02. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-21/limite-penal-matriz-autoritaria-condicionante-atuacao-julgador-processo-penal>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

Ante o exposto, resta consignar que, para a confirmação da hipótese perseguida pela presente pesquisa, faz-se necessária uma quebra dos paradigmas do tecnicismo que nasceu com o CPP brasileiro, de origem fascista. No entanto, não se trata da ruptura dos elementos secundários, aqueles de cunho imediatamente autoritários, na medida em que estes já foram devidamente vilipendiados a partir da Carta Constitucional de 1988. Com efeito, o que se pretendeu com este capítulo, ainda que de maneira breve, dentro dos limites monográficos, foi a retirada da capa da invisibilidade do fascismo ainda presente na legislação processual penal brasileira, para que, em seguida, se possa, de maneira coerente, acometer os ideais autoritários fruto de um processo histórico incutido e reproduzido ao longo de anos, para se chegar a um ordenamento de matriz verdadeiramente acusatória.

3 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Em que pese haver discussão doutrinária acerca do modelo processual penal adotado pelo Brasil, a partir da Constituição de 1988, é verdade que aquele que narra a realidade processual penal brasileira com maior fidelidade, em atenção ao quanto exposto alhures, é a corrente que afirma que o sistema pátrio é, na sua essência, inquisitório – ou neoinquisitório, como prefere Aury Lopes Jr¹⁰³. Ocorre que a Carta Constitucional, a partir de 1988, passou a conferir, ao menos formalmente, o sistema acusatório, na medida em que no seu artigo 129, inciso I, restringiu a atividade acusatória privativamente ao Ministério Público, isto é, separou, definitivamente, as funções de julgar, acusar e defender a personagens distintos¹⁰⁴.

Todavia, conforme antecipado em linhas anteriores, o Código de Processo Penal atual de 1941 tem fortes influências fascistas, de modo que é praticamente impossível existir em solo pátrio o sistema acusatório materialmente definido, sem que haja a completa modificação do *Codex*. Neste ponto, apesar da virada constitucional, é indene de dúvidas que o Código de Processo Penal comporta, essencialmente, um caráter inquisitivo, atribuindo, portanto, ao acusador, fortes poderes na busca por uma verdade real, impossível de ser revelada. É o que Khaled Jr. descreve como “ambição da verdade”, materializada por uma “busca deliberada da confirmação de uma hipótese condenatória eleita pelo magistrado”¹⁰⁵.

Algumas dessas disparidades, apenas a título elucidativo, foram apontadas por Tiago Mendes, a partir da análise do art. 581 do Código de Processo Penal, que elenca um rol taxativo de recursos penais. No aspecto, é de fácil percepção que o aludido dispositivo confere legitimidade ao órgão ministerial para recorrer de diversas decisões benéficas ao acusado e, em contrapartida, não há a mesma ferramenta impugnativa nas mãos do imputado, quando se mostra diante de decisões desfavoráveis à sua presunção de inocência¹⁰⁶. Vale

¹⁰³ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.50.

¹⁰⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2020, p.60.

¹⁰⁵ KHALED, Salah H. Jr. **Ambição de verdade no processo penal: uma introdução**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2018, p.9.

¹⁰⁶ Nesse sentido, o autor esclarece alguns exemplos: “vale observar a decisão de rejeição de denúncia que pode ser objeto do recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, inciso I, do CPP, e, por sua vez, o recebimento da denúncia que é decisão prejudicial ao imputado – pois, marca o início do processo penal (transformando o sujeito em acusado) e interrompe o prazo prescricional previsto no art. 117, I, do CP (o que evidencia afetação sobre a própria punibilidade) – não possui previsão legal do cabimento de recurso em sentido estrito ou de qualquer outro recurso em seu desfavor” (MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.81).

dizer, o art. 581 confere expressa disparidade de armas entre a acusação e o acusado, tendo aquela maiores recursos para lograr êxito na sua pretensão¹⁰⁷.

Apenas em 2020, com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, o famigerado “Pacote Anticrime”, é que o Código de Ritos teve inserto expressamente em seu texto o sistema adotado pelo Brasil. Nessa esteira, o art. 3º-A¹⁰⁸ do Diploma Legal em tela, dispõe que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Em outras palavras, a reforma capitaneada pela Lei nº 13.964/2019 definiu, expressamente, que o Brasil é signatário de um sistema acusatório, em harmonia ao discurso político exarado pela Constituição Federal de 1988: o Estado Democrático de Direito.

Feito este breve introito, faz-se necessária uma contextualização desse cenário histórico percorrido pelo Brasil e o duplo grau de jurisdição. *Prima facie*, cumpre trazer à baila o intelecto de Luigi Ferrajoli, que, categoricamente, afirma que “toda teoria científica está destinada a ser superada antes ou depois por outra teoria em contradição com alguma de suas teses, que, por isso, serão abandonadas um dia como falsas¹⁰⁹”. Dito isto, o que será apresentado nas linhas ulteriores é uma hipótese advogada por uma doutrina minoritária, mas de grande persuasão, que vem ganhando espaços graduais nesse debate que tem destaque internacional.

3.1 CONCEITO

A ideia de recurso, numa concepção ampla, nos dizeres de Jaques Penteado, surgiu com a primeira insatisfação humana em face de um conflito de interesses, e a pretensão de ver o resultado negativo revertido em seu favor¹¹⁰. Nesse cenário, tem-se os primórdios dessa ferramenta no Conselho dos Anciãos, retratado no Livro do Êxodo¹¹¹ e, ainda, na forma de organização da sociedade egípcia e grega¹¹².

¹⁰⁷ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.81.

¹⁰⁸ É preciso advertir que o Ministro Luiz Fux, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, suspendeu a eficácia do art. 3º-A, através da concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn’s n. 6.298, 6.300 e 6.305.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.53.

¹¹⁰ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal**: garantia e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.23.

¹¹¹ MACHADO, Marlon Wander. **Os recursos no processo penal e a reformatio in pejus**. São Paulo: WVC, 1998, p.19.

¹¹² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Dos recursos no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p.7.

No mesmo sentido, Badaró afirma que o recurso tem por finalidade garantir uma necessidade intrínseca à espécie humana – o chamado fundamento psicológico dos recursos –, consubstanciada no descontentamento de um julgamento desfavorável. Ou seja, ontologicamente falando, o ser humano não gosta de perder e, nesse ponto, se contenta em um grau maior quando a resposta a que se dá ao seu questionamento é ratificada por uma segunda posição¹¹³.

Numa visão mais restritiva, Jaques Penteado aponta que o duplo grau de jurisdição passou a ser invocado pela necessidade de reprimir a autotutela do cidadão insatisfeito com o provimento jurisdicional, sendo dever do Estado, portanto, aplicar o direito objetivo ao conflito, “atribuído a cada um o que lhe é devido, e a previsão de uma forma de controle desses provimentos jurisdicionais”¹¹⁴.

Nesta esteira, infere-se, portanto, que o duplo grau de jurisdição não surgiu como uma garantia ao imputado, mas, nos ensinamentos de Julio Maier, desabrochou como uma ferramenta de lastro inquisitório, vez que tinha por finalidade o controle burocrático da Administração¹¹⁵, vale dizer, gozava da essência de “assegurar ao detentor do poder a dicção do direito em caráter de definitividade, pois lhe convinha enfeixar nas mãos a distribuição de justiça”¹¹⁶.

Nessa linha de intelecção, cabe a observação de que o conhecido efeito devolutivo, de que todos os recursos gozam, advém dessa raiz inquisitorial. Vale dizer, o dito efeito devolutivo surgiu nos regimes absolutistas, em que o Rei, representação do Estado em todas as suas ramificações, poderia exercer a jurisdição por si próprio ou através de delegação. Neste sentido, a parte que se sentia prejudicada pelo veredito proferido por aquele a quem o Rei delegou a função jurisdicional, recorria ao delegante, devolvendo-lhe, portanto, o poder de decidir a causa¹¹⁷. Ou seja, o duplo grau de jurisdição nasceu de uma ideia de controle do poder delegado pelo monarca absoluto¹¹⁸, de sorte que guarda pouquíssima relação com o sistema acusatório, na medida em que este modelo de processo tinha como regra

¹¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.39.

¹¹⁴ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantia e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.24.

¹¹⁵ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.706.

¹¹⁶ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantia e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.24.

¹¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.184.

¹¹⁸ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.90.

predominante a irrecorribilidade das decisões provenientes da soberania do veredito popular¹¹⁹.

Dito isto, o conceito de duplo grau de jurisdição encontra sentido uníssono na doutrina majoritária, tanto processual civil, como processual penal – o que implica um grave dissenso com o sistema acusatório, conforme será exposto a seguir.

Na espécie, Jaques Camargo delimita o duplo grau de jurisdição como “a garantia outorgada ao vencido de obter uma nova decisão, por órgão jurisdicional superior e dentro do mesmo processo, que substitui a primitiva resolução recorrida”¹²⁰.

Fredie Didier Jr. e Leonardo da Cunha, por sua vez, conceituam a aludida ferramenta processual como um princípio, que “pressupõe dois órgãos judiciários diversos, postos em posição de hierarquia: um inferior, outro superior. A decisão proferida pelo órgão de grau inferior é revista pela decisão proferida pelo órgão de grau hierárquico superior”¹²¹.

Gustavo Badaró, no mesmo prisma, explana que o duplo grau de jurisdição é “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 prevaleceria sobre a anterior”¹²².

Desta análise, percebe-se que não há dúvidas acerca da extrema semelhança entre os conceitos de duplo grau de jurisdição extraídos da doutrina processual civil e da doutrina processual penal, sendo de extrema importância, consoante se perceberá, a cisão entre as duas áreas, que tutelam bens jurídicos completamente distintos, e pertencem a âmbitos autônomos do Direito como um todo. Todavia, é manifesta a inexistência de uma Ciência do Direito Processual Penal, de sorte que os institutos jurídicos aplicados ao processo penal são, invariavelmente, emprestados da Ciência do Direito Processual Civil.

Nesse ponto, cabe uma singela e importante observação: atualmente vêm crescendo as críticas à Teoria Geral do Processo pelos mais variados e renomados doutrinadores da área criminal, afirmando ser esta uma criação atinente ao Processo Civil – e, portanto, incabível a sua aplicação ao processo penal. Neste ponto, inclusive, aqueles que mergulham nesta ideia tomam por base a fábula criada por Carnelutti, em seu artigo denominado “Cenerentola”, na

¹¹⁹ PIECHENSTEIN, Ana Clara. El recurso: de mecanismo de control a garantia. *Lecciones y Ensayos*. Buenos Aires, nro. 87, 2009, (p.163-193), p.168;

¹²⁰ PENTEADO, Jaques de Camargo. *Op.cit.*, 2006, p.41.

¹²¹ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro Da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Salvador: Juspodivm, 2021, p.128.

¹²² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.44.

qual afirma que o Processo Penal apenas utiliza das “roupas velhas da irmã mais velha”, em brilhante metáfora com a história do conto de fadas Cinderela.

Com efeito, Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa interpretam Carnelutti, afirmando que o processo penal é a irmã preterida, “que sempre teve de se contentar com as sobras das outras duas”¹²³. Em outras palavras, indicam os autores que o processo civil e o direito penal (frise-se, ainda que redundante, direito material penal), são as duas irmãs mais velhas e preferidas ao ordenamento jurídico, de modo que o processo penal – assim como a Cinderela –, segue sendo a irmã preterida, aquela que se contenta com “as roupas velhas de suas irmãs”, ainda que as dimensões não sejam perfeitamente adequadas ao seu corpo.

No entanto, em excelente crítica aos autores processuais penais, Fredie Didier Jr. descortina a situação, advertindo que esta ideia, embora extremamente pertinente, esbarra em *aberratio ictus*: “miram a Teoria Geral do Processo e acertam o direito processual unitário (civil e penal)”¹²⁴. Na espécie, Didier Jr. afirma, em síntese, que a Teoria Geral do Processo é uma teoria que cuida de conceitos lógico-jurídicos e, por isso mesmo, universal. Vale dizer, serve como norte para a criação de qualquer ordenamento jurídico – isto é, os conceitos jurídico-positivos que constituem e dão o caráter de unicidade aos distintos sistemas processuais de cada ordenamento jurídico são provenientes dos conceitos lógico-jurídicos instituídos pela Teoria Geral do Processo – e não apenas ao processo civil. Nesta linha de intelecção, o processualista baiano leciona que os doutrinadores da seara criminal acabam por mirar num alvo e acertar em outro, que nada tem que ver com a história: é plausível, de fato, a alegação de que o direito processual civil exerce influência de maneira indevida no processo penal, mas a Teoria Geral do Processo não condiciona essa ingerência¹²⁵.

O que ocorre, em verdade, é que a Teoria Geral do Processo não se confunde com o Direito Processual Unitário. Neste paradigma, a crítica a ser feita é em relação ao Direito Processual Unitário Civil, que, este sim, empresta diversos institutos ao Direito Processual Unitário Penal, de forma indevida. Na espécie, arremata Fredie Didier Jr que:

[...] a lição é correta: não se pode pretender transpor regras do direito processual civil ao direito processual penal, sem que se percebam as diferenças que há entre seus respectivos objetos. (...). O princípio da adequação do processo, corolário do devido processo legal, impõe que as normas processuais sejam adequadas ao objeto

¹²³ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Quando a “Cinderela” do processo penal ganha novas roupas?** 2017, p. 01. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-28/limite-penal-quando-cinderela-processo-penal-ganha-novas-roupas>>. Acesso em: 03 out. 2021.

¹²⁴ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p.125.

¹²⁵ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p.124-131.

do processo. Os objetos do processo civil e do processo penal são bem diversos; diversos não de ser os seus regramentos.¹²⁶

Em arremate, o necessário a ser feito, para fins, inclusive, de legitimação da presente pesquisa – mas que transborda aos limites monográficos – é a construção de uma Ciência do Direito Processual Penal, vez que ela inexistente e, em razão disto, é acobertada pela Ciência do Direito Processual Civil – sobre o tema, não há evidência mais nítida do que o texto do art. 3º, do Código de Processo Penal¹²⁷, comumente utilizado para legitimar a interposição de diversos recursos que são apenas previstos no Código de Processo Civil.

Para tanto, Fredie Didier Jr., acertadamente, adverte que a estruturação e consequente autonomia da ciência processual penal delimita-se pela individualização do objeto investigado (o processo penal)¹²⁸. Entrementes, o objeto do processo penal, por óbvio, distingue-se do objeto do processo civil e, portanto, é necessária especial atenção metodológica acerca desta temática, o que, no entanto, é sistematicamente relevada pela doutrina brasileira.

Feito este importante adendo dá-se seguimento ao tópico. Embora com significados distintos, mas com íntima conexão, o conceito de recurso, que será discutido em linhas ulteriores, também, de forma temerária, guarda extrema semelhança na doutrina processual civil e penal. No aspecto, Humberto Theodoro Júnior, processualista civil, aponta o recurso como “meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter-lhe a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração¹²⁹” e, de forma quase idêntica, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarence Fernandes, processualistas penais, lecionam que os recursos “representam sempre um meio de impugnação da decisão judiciária, visando na maioria das vezes à sua reforma ou invalidação, mas também podendo limitar-se a pretender sua revisão apenas para efeitos de esclarecimento ou integração”¹³⁰.

Ainda, nos dizeres de Gustavo Badaró, recurso é o “meio voluntário de impugnação das decisões judiciais, utilizado antes do trânsito em julgado e no próprio processo em que foi

¹²⁶ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p.126.

¹²⁷ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

¹²⁸ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p.131.

¹²⁹ THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.589.

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.31.

proferida a decisão, visando à reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão judicial¹³¹”.

A partir desta breve explicação, é possível observar, até aqui, duas considerações importantes, que serão alvos de debates posteriormente: (a) o conceito de recurso e de duplo grau de jurisdição guardam íntima semelhança; (b) as explicações civilistas e penalistas acerca dos conceitos de recurso e de duplo grau de jurisdição desaguam em definições quase que idênticas, o que deve ser, destarte, categoricamente afastado.

3.2 LEGISLAÇÃO

A previsão do duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro guarda certa discussão doutrinária, vez que não está expressamente contido no texto Constitucional. Assim, em razão da omissão na Carta Política de 1988, a doutrina e a jurisprudência se dividem acerca da natureza constitucional ou ordinária deste mecanismo recursal.

Com efeito, inicialmente, numa análise histórica das Constituições pátrias, infere-se pela previsão do duplo grau de jurisdição na primeira Carta Constitucional brasileira, datada de 1824. Na ocasião, revelava aquele Diploma Maior, no seu artigo 158, que “para julgar as Causas em segunda, e última instancia, haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para a comodidade dos Povos”¹³². Todavia, a partir do texto de 1891, nenhuma outra Constituição regulamentou o duplo grau de jurisdição¹³³.

Sob este prisma, o nível hierárquico do princípio¹³⁴ – ou, para a doutrina minoritária, regra¹³⁵ – é alvo de controvérsias, vez que, para uma parcela doutrinária, tal ferramenta possui natureza constitucional, para outra parcela, possui hierarquia de lei ordinária e, ainda, existem aqueles que advogam pelo caráter supralegal do duplo grau de jurisdição.

¹³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.32.

¹³² BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹³³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes De. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.49.

¹³⁴ O Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, entendeu que o duplo grau de jurisdição representa um princípio e, por isso, não é revestido de natureza absoluta (STF, AI 601.832 AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. 17/03/2009).

¹³⁵ Nesse sentido, Tiago Mendes alerta que: “é preciso reconhecer o duplo grau de jurisdição como *regra* – e não princípio – considerando que é norma imediatamente descritiva, com pretensão de decidibilidade e abrangência.” (MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.149). E, ainda: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2018, p.102.

3.2.1 A (im) previsão do duplo grau de jurisdição na Constituição Federal de 1988

A doutrina que defende a constitucionalidade desse princípio faz um alerta de que ele encontra previsão implícita na Carta Política, vez que este Diploma, ao estruturar os órgãos do Poder Judiciário, prevê a organização em primeiro e segundo grau de jurisdição, sendo que os órgãos enquadrados na última categoria têm como função primordial a revisão das decisões proferidas pelos tribunais *a quo*¹³⁶. Tal tese é capitaneada, dentre outros autores, por Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes, quando afirmam que “a garantia do duplo grau, embora só implicitamente assegurada pela Constituição Brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos de chamada jurisdição superior”¹³⁷.

Por outro lado, Oreste Laspro entende que o duplo grau de jurisdição não encontra previsão constitucional, na medida em que guarda regulamentação apenas a nível ordinário¹³⁸, sendo esta corrente menos discutida na atualidade, máxime em razão da previsibilidade do duplo grau de jurisdição em Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário.

Ademais, a terceira corrente mencionada, a mais aceita atualmente, entende que, a partir da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) pelo Brasil, em 6 de novembro de 1992, através do Decreto nº 678, os direitos e garantias previstos neste diploma passaram a integrar o elenco dos direitos fundamentais previstos na Constituição Republicana, sendo, portanto, autoaplicáveis, por força do § 1º, do art. 5º da CF/88.

Neste intelecto, o art. 8.2, letra “h”, da CADH disciplina que “(...) 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”. Dessa forma, arremata Aury Lopes Jr que não restam dúvidas acerca da previsão do direito ao duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro, tendo ele status de supralegalidade¹³⁹ – acima das leis ordinárias, mas

¹³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.42.

¹³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.23.

¹³⁸ LASPRO, Oreste N. de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1995, p.159.

¹³⁹ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.1059.

abaixo da Constituição –, nos termos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 87.585/TO, sendo este o entendimento que prevalece atualmente¹⁴⁰.

Por fim, numa visão mais garantista, e defendida na pesquisa que se expõe, Jaques Penteado defende que a omissão do texto Constitucional nada importa para a ampla efetividade do duplo grau de jurisdição, vez que tal instituto deve ser interpretado em consonância com as garantias do imputado perante o Estado, de modo que, a partir da integração da Carta Magna por um diploma internacional que versa sobre direitos humanos, deve ser assegurado ao acusado um pleno reexame da causa penal¹⁴¹. Assim, num eventual conflito de normas, deverá ser adotado o preceito mais favorável aos direitos humanos¹⁴².

Tal entendimento é secundado, brilhantemente, por Tiago Mendes, ao afirmar que, num Estado Democrático de Direito, portador de um sistema acusatório, “o duplo grau de jurisdição sequer precisa estar expressamente previsto em alguma norma”, na medida em que, em última – ou primeira – análise, o fundamento primordial desde instituto é, justamente, o Estado Democrático de Direito, “no qual decisões judiciais, mormente na seara criminal quando se impõem gravames sobre os direitos individuais, sobretudo em face da liberdade, não podem surtir irrecorríveis”¹⁴³.

Dito isto, tomando por base a corrente teórica que estipula o duplo grau de jurisdição como uma garantia de todo e qualquer acusado, de sorte que a sua incidência é imediata e blindada a quaisquer limitações – sendo desnecessária, portanto, a sua previsão constitucional para assumir uma eficácia semelhante –, passa-se à análise da legislação internacional a respeito do tema, para, então, formar uma base sólida capaz de nortear o núcleo da temática *sub examine*.

¹⁴⁰ Ainda nesse sentido, Nestor Távora e Rosmar Alencar asseveram que: “o duplo grau de jurisdição é um princípio infraconstitucional, ou seja, não é um princípio sufragado na Constituição de 1988. Isso porque há processos penais onde o duplo grau em sentido estrito inexistente, tais como aqueles de competência originária do Supremo Tribunal Federal” (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2020, p.1466).

¹⁴¹ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantia e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.121.

¹⁴² *Ibidem*, p.123.

¹⁴³ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.155-156.

3.2.2 Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário e o direito ao recurso no processo penal

Inicialmente, forçoso salientar que todos os diplomas legais advindos do seio internacional, dos quais o Brasil é signatário, possuem força vinculante e, portanto, é, definitivamente, uma fonte de direito. No ponto, segundo as lições de Giacomolli, não apenas as leis internacionais, mas também as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) constituem fonte de direito, bem como os preceitos estabelecidos em sua função consultiva são fontes de interpretação do direito interno de todos os países que ratificaram a jurisdição da CIDH, notadamente o Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, “com o intuito de dar maior abrangência, eficácia e efetividade aos direitos fundamentais¹⁴⁴”.

No entanto, conforme adverte o mencionado autor, o Brasil é um país que garante maior relevância às normas infraconstitucionais em detrimento das constitucionais – aí se abarcando, portanto, as normas que tratam de direitos humanos –, de sorte que dificulta, em demasia, o processo de conscientização e construção da eficácia convencional internacional¹⁴⁵.

Destarte, arremata Giacomolli afirmando que a *práxis* forense brasileira está enraizada nos ditames condicionados pelo Código de Processo Penal, de maneira que, salvo raras exceções, permanecem imaleáveis às exigências contemporâneas, tornando-se “refêns de uma compreensão paleopositivista, gerada pela inflação legislativa, pela perda da referência constitucional e convencional humanitárias”, capitaneadas por uma sustentação ideológica pré-civilizatória, simbioticamente engendrada com o sagrado e o divino, que, de forma sublime e mascarada, compõem a infraestrutura do processo penal brasileiro¹⁴⁶ – pensamento que se compatibiliza com o estado “pós-acusatório” sob a referência de Gloeckner.

Dito isto, é preciso um olhar acurado e especial ao processo de estruturação humanitária do processo penal, que passa, obrigatoriamente, pela necessária eficácia das fontes do direito advindas da seara internacional, sem a qual torna deficiente o devido processo penal – constitucional, convencional e humanitário.

¹⁴⁴ GIACOMOLLI, José Nereu. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2016, p.9.

¹⁴⁵ GIACOMOLLI, José Nereu. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2016, p.9.

¹⁴⁶ GIACOMOLLI, José Nereu. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2016, p.13.

Com efeito, o Código de Processo Penal brasileiro, logo em seu artigo 1º, inciso I, estatui que “o processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados os tratados, as convenções e regras do direito internacional”¹⁴⁷. Em outras palavras, a lei federal que rege a sistemática processual penal brasileira inicia os seus comandos reconhecendo, de forma clara e objetiva, que a convencionalidade internacional é fator preponderante sobre as normas internas estatuídas pelo Código Penal (CP) e pelo CPP.

No entanto, em acurada pesquisa realizada por Isabella Bolfarini, o nível de observância das decisões proferidas pela CIDH pelos Estados-membros é considerado baixo¹⁴⁸ e tal fator não se extrai de atuação deficiente da Corte. Ao contrário, o sistema de reparação da CIDH é muito bem estruturado e detalhado, mas o cumprimento de seus termos encontra resistência, seja pelo lapso temporal entre a prolação da sentença e o seu cumprimento integral, seja, principalmente, pela complexidade da aplicação das medidas em âmbito interno – leia-se: falta de vontade dos países nesse sentido¹⁴⁹.

A toda evidência, o direito ao recurso no processo penal é expressamente consignado na legislação internacional, devidamente ratificada pelo Brasil. Com efeito, o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) afirma que “toda pessoa tem direito a um recurso efetivo a um tribunal”. Na mesma linha, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seu art. 14.5, dispõe que “toda pessoa declarada culpada de um delito terá direito a recorrer da sentença condenatória e da pena a um tribunal superior, conforme determinado em lei”. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), por sua vez, expõe em seu art. 8.2, alínea “h”, que “(...) 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”.

Neste prisma, infere-se que o duplo pronunciamento, embora não expresso na Constituição Federal, é extraído da “integração ao ordenamento jurídico dos diplomas internacionais e da estrutura constitucional, ao prever no art. 5º, LV, da CF, que aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 ago. 2021.

¹⁴⁸ BOLFARINI, Isabella Christina da Mota. **Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Salvador: Juspodivm, 2019, p.23.

¹⁴⁹ BOLFARINI, Isabella Christina da Mota. **Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Salvador: Juspodivm, 2019, p.29.

¹⁵⁰ GIACOMOLLI, José Nereu. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2016, p.341.

A partir do exposto, resta indene de dúvidas que o direito ao recurso, aí abarcando o duplo grau de jurisdição – sendo, portanto, conceitos distintos e de necessária compreensão, que serão detidamente discutidos ulteriormente –, constitui direito fundamental da pessoa humana, sendo, portanto, premissa nuclear do Estado Democrático de Direito.

Na espécie, analisar-se-á em seguida, a relação entre o duplo grau de jurisdição e os sistemas processuais penais debatidos em linhas anteriores, a fim de que seja clarificado a importância de sua matriz ontológica, de sorte a legitimar o sustento de que o duplo grau de jurisdição é, de fato, um direito de toda pessoa humana – e, portanto, alheio às “garantias” do Estado-acusador –, à luz de um sistema processual penal acusatório.

3.3 A RELAÇÃO ENTRE O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E OS SISTEMAS ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO

O duplo grau de jurisdição surgiu, primeiramente, como uma expressão do poder absoluto dos monarcas. Isto é, os recursos enquanto meio de impugnação das decisões judiciais são ferramentas que, historicamente, serviram ao sistema inquisitório. Consoante leciona Mendes, os poderes soberanos dos monarcas absolutos eram delegados a juízes inquisidores, que estavam obrigados a seguirem as regras e, após o proferimento de suas decisões, estas eram devolvidas para a cognição do soberano, para ratificar ou reformar a sentença exarada por seu subalterno. Portanto, a ideia de recurso surgiu como uma forma de demonstração da concentração de poder de decidir nas mãos do Soberano¹⁵¹.

Ademais, outra característica que leva à percepção de que a origem dos recursos tem caráter inquisitivo é descortinada por Alberto Binder, que aponta a estrutura vertical e hierarquizada de organização judicial como imprescindível para um sistema recursal, sendo, concomitantemente, uma expressão substancial do sistema inquisitório¹⁵².

Nesta linha cognitiva, ao contrário do que logicamente hoje se deve imaginar, o surgimento dos meios de impugnação de decisões tem, em sua gênese, consoante atesta Mendes, algo que foge da essência daquilo que se pensa acerca da matéria: um instituto atuando como meio de saneamento de vícios em busca da eficácia e validade da decisão. Tudo

¹⁵¹ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.14-15.

¹⁵² BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.38.

isto, adverte o autor, em razão da temerária e corriqueira inserção de institutos civilistas no processo penal¹⁵³ - temática que será tratada no capítulo nuclear.

Em outras palavras, o Direito Civil se incumbiu de incutir na intelectualidade brasileira do meio jurídico – e, por que não, no senso comum – a ideia de que as impugnações de decisões são frutos da relação entre privados, o que indica uma genealogia baseada na ideia de prejuízo. Todavia, como bem salienta Calamandrei, e explicitado acima, os meios de impugnação não são, de modo algum, uma concepção do Direito Privado, mas “*una concepción exclusivamente de derecho público, la cual, extraña al derecho privado, traía su origen de la relación de subordinación jerárquica hacia la cual, poco a poco, se orientó, cesada la república, toda la administración imperial*”.¹⁵⁴

É por esse motivo que Mendes, ratificando as lições de Gloeckner, abomina a intelectualidade civilista no Direito Penal, que reduz o direito processual penal a uma seara estranha aos seus mecanismos, inserindo a noção de prejuízo acriticamente, o que, como se não pudesse piorar, tal concepção vem acompanhada de uma fertilização essencialmente inquisitória¹⁵⁵.

Outrossim, vislumbra-se o surgimento dos recursos também no Direito Canônico, de ampla influência na legislação pátria atual, onde é possível a apelação ao Papa – titular do poder político central, da mesma forma que ocorre com o monarca –, nas situações em que o juiz inquisidor infrinja a lei. Nesse contexto, do mesmo modo como ocorre na monarquia absolutista, a aludida mecânica recursal não foi criada para evitar abusos de poder, de sorte que não se pode afirmar que os meios de impugnação foram criados para proteger os acusados contra a injustiça¹⁵⁶, mas sim para sustentar a legitimação do poder central, o que tendia, em sentido contrário, a facilitar o seu abuso¹⁵⁷.

¹⁵³ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal:** o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.16.

¹⁵⁴ “uma concepção exclusivamente de direito público, a qual, estranha ao direito privado, trazia a origem da subordinação hierárquica em direção à qual, pouco a pouco, se orientou, encerrada a república, toda a administração imperial”. CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo I. Volume I. Trad. Geraldo da Silva David Filho. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1945, p.83-84.

¹⁵⁵ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal:** o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.16.

¹⁵⁶ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal:** o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.17.

¹⁵⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Direito ao recurso no processo penal:** Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.43.

Portanto, nas palavras de Penteado, “em princípio, o duplo grau de jurisdição não visava garantir o jurisdicionado, mas assegurar ao detentor do poder a dicção do direito em caráter de definitividade, pois lhe convinha enfeixar nas mãos a distribuição de justiça”¹⁵⁸.

Esse pensamento da sistematização dos recursos nos sistemas processuais penais inquisitivos deixa fortes reflexos na atualidade brasileira, sobretudo porque o Código de Processo Penal pátrio não se desvinculou da sua matriz inquisitória. No ponto, a ideia de que o duplo grau de jurisdição serve apenas para a devolução da matéria a um poder central, vertical e hierarquicamente superior, a fim de corrigir eventuais aplicações ilegais da legislação, afasta a devida ressignificação do princípio-garantia do duplo grau de jurisdição à luz das exigências contemporâneas.

Em outras palavras, nos dizeres de Julio Maier, os recursos, no atual cenário, dissociam-se da tutela cidadã, para constituir-se como um “meio de controle pelos tribunais superiores sobre o grau de conformidade dos tribunais inferiores à lei”¹⁵⁹. A título elucidativo, percebe-se largamente esta situação nos tribunais pátrios, sobretudo nas decisões de primeira instância, em que, não raro, observa-se sentenças proferidas pelos magistrados primevos que vai de encontro às suas convicções pessoais – muitas vezes em harmonia com as exigências contemporâneas –, para atender às estipulações dos tribunais superiores, engendrados em um conservadorismo pós-acusatório¹⁶⁰.

Fincadas essas premissas, resta patente que a origem do recurso se instala numa matriz inquisitiva, de poder soberano, resumido a apenas uma figura. No entanto, é certo que, sobretudo a partir da Carta Constitucional de 1988, os institutos vigentes no Direito voltaram-se – ou assim deveriam proceder – às novas interpretações, de modo que o duplo grau de jurisdição se transformou, ao menos retoricamente, num mecanismo a serviço do sistema acusatório e, portanto, de proteção aos interesses da pessoa acusada.

¹⁵⁸ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantia e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.24.

¹⁵⁹ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.707.

¹⁶⁰ A título de exemplo, tem-se a retratação do Magistrado Marcon Roubert da Silva, titular da Vara Criminal da Comarca de Ipirá/BA, nos autos do processo de n.º 8000188-77.2021.8.05.0106, que modificou um relaxamento de prisão preventiva, nos seguintes termos: “Reexaminando a decisão prolatada, concluo que ela deve ser modificada. Com efeito, *ressalvado entendimento pessoal sobre a questão*, cumpre destacar a tese contrária e predominante pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da SL 1395: ‘A inobservância do prazo nonagesimal previsto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juiz competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos’. (Sessão de 15/10/2020). (...) Por tais razões e considerando que (i) a prisão cautelar do recorrido foi decretada para assegurar a aplicação da lei penal, diante de sua fuga do distrito da culpa, sendo preso em outro estado da Federação, e (ii) a ausência de oposição aos fundamentos do recurso, reformo a decisão de id 80861482 e restabeleço a prisão preventiva do recorrido”.

Nesta linha de intelecção, é preciso abandonar a ideia de que os recursos em geral, notadamente no respeitante ao duplo grau de jurisdição, servem como uma burocratização hierárquica de controle de decisões, a fim de fincar uma jurisdição baseada num poder Soberano¹⁶¹ – o que hoje se verifica na figura dos tribunais superiores. Vale dizer, paradoxalmente, um instrumento criado para obedecer e reafirmar um poder absoluto deve ser reinterpretado como uma ferramenta destinada a concretizar-se como direito individual do condenado, com fins de limitar o poder punitivo estatal¹⁶².

Dessa forma, é preciso estabelecer novos pressupostos fundantes deste princípio-garantia, a fim de que sejam fixadas as bases ontológicas deste instituto, afastando-se, em mais um degrau, da matriz inquisitória e substancialmente burocrática do duplo grau de jurisdição, voltada à centralização de um poder soberano. A partir das premissas expostas para a releitura do duplo grau de jurisdição, verificar-se-á que a sua eficácia deve se ater aos princípios do sistema acusatório puro, vale dizer, aquele que compreende e assegura os direitos fundamentais de toda pessoa vestida com o manto estigmatizador do processo penal, em face do poder punitivo estatal.

3.4 PRESSUPOSTOS FUNDANTES DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O ponto de partida para a existência de um duplo grau de jurisdição – isto é, para o reexame de uma decisão desfavorável à pessoa – é, sem dúvidas, a natural insatisfação do ser humano de ter sido declarado vencido. Com efeito, a sua irresignação reclama por uma nova avaliação da demanda, a fim de que seja assegurada a possibilidade de reversão do estado de coisas desfavorável ao sujeito reivindicante¹⁶³.

Nos primórdios, o pedido de reexame era realizado de maneira informal, por um simples pedido do vencido – ou até mesmo de um popular – para que a causa fosse reavaliada, sob pena da violação ao sentimento de justiça reinante na época. Com o tempo, conforme já

¹⁶¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Direito ao recurso no processo penal**: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.44.

¹⁶² CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 496. Ainda, conforme Gomes Filho, “se o Estado de direito é caracterizado pela limitação do poder, nada mais natural que as manifestações concretas do exercício desse poder estejam sujeitas à reapreciação de outros órgãos legitimamente investidos de um poder de controle, como ocorre em relação aos tribunais previstos na própria Constituição”. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p.39).

¹⁶³ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal**: garantia e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.34.

explicitado, essa solicitação passou a se dar pela relação vertical entre súdito e soberano, para que este fizesse justiça perante o adversário do peticionante. Mais tarde, com a chegada dos procedimentos escritos, o pedido de reexame da causa passou pelo processo de formalização, de modo que, para que fosse possível a utilização desta ferramenta, era necessário o preenchimento de diversos requisitos para a sua efetivação¹⁶⁴.

Dito isto, a partir do processo de formalização do duplo grau de jurisdição, passou-se ao seu aprimoramento, a partir de fortes discussões acerca da sua aplicabilidade. Nesta linha de intelecção, dando um salto histórico – vez que a sua matriz inquisitória já foi objeto de discussão –, a redemocratização do Brasil com o advento da Constituição Republicana de 1988 foi o ponto de partida para os novos debates acerca da ressignificação do princípio-garantia *sub examine*.

Diversos autores escreveram acerca dos fundamentos do duplo grau de jurisdição. Penteado afirma que são vários os pressupostos fundantes deste princípio, a começar pela pretensão natural do vencido ao reexame da decisão que lhe foi desfavorável. Assim, é levado em conta a falibilidade humana, refletida na possibilidade do proferimento de uma decisão injusta e a conveniência de sua correção. Ainda, o orgulho do julgador *a quo* de não pretender ver a sua decisão modificada pelo órgão jurisdicional *ad quem*, de sorte que o magistrado é estimulado ao bom desempenho de suas funções. Há, também, a premissa de que uma decisão baseada em uma pluralidade de julgadores, em sede um órgão colegiado, integrada por magistrados mais experientes, por questões lógicas levaria a um resultado melhor¹⁶⁵.

Não destoando da linha descrita por Penteado, Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes pontuam o duplo grau de jurisdição como uma ferramenta capaz de atender, subjetivamente, à natural inconformidade do vencido em relação a uma decisão que lhe foi desfavorável. Ademais, pontuam os autores, na exata cognição delineada por Penteado, que o “recurso é quase sempre submetido a julgamento por um tribunal de segundo grau, constituído em geral por magistrados de maior experiência e cultura, uma vez que a magistratura, em muitos países, é organizada em carreira”¹⁶⁶.

Fauzi Hassan Choukr, por sua vez, bebendo dos ensinamentos de Ferrajoli, aponta três grandes funções/fundamentos do duplo grau de jurisdição, vale dizer, a necessidade assegurar

¹⁶⁴ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantia e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.34-35.

¹⁶⁵ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantia e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.36.

¹⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.22.

à pessoa submetida ao crivo do juízo criminal a possibilidade da revisão da decisão que lhe é desfavorável, a produção de um entendimento uniformizado sobre a forma de compreender a interpretação judicial à luz da garantia do ordenamento e a função de exercer o controle de legalidade das decisões proferidas¹⁶⁷.

Vê-se, portanto, que os fundamentos do duplo grau de jurisdição sob uma ótica de Estado Democrático de Direito, não varia de autor para autor. Com efeito, Gustavo Badaró sistematiza os pressupostos do aludido princípio em três grandes grupos: fundamento psicológico, fundamento político e fundamento jurídico.

Ao fundamento psicológico, Badaró ensina que este é a premissa natural dos recursos, vez que ele visa a satisfação de uma necessidade subjetiva inerente à natureza do homem, “de que ninguém se contenta com um julgamento desfavorável”. Isto é, o ser humano, naturalmente, não gosta de perder e se perde, costuma afirmar que “perdeu a guerra, mas não a batalha”¹⁶⁸.

O fundamento político, por sua vez, consiste na sabedoria de que todo ato final de um processo é imperativo, porquanto não faria sentido que ao indivíduo fosse facultado a obediência ou não de uma decisão proveniente de um processo constituído na busca por uma solução justa. No aspecto, em razão deste ato ser imperativo, ele precisa ser sujeito a controles, sob pena de haver o arbítrio ou o autoritarismo, decorrente de um excesso de poder – assim como ocorria na relação súdito/soberano. Portanto, o fundamento político dos recursos é, justamente, promover o controle dos atos estatais produzidos pelo Poder Judiciário, isto é, “toda decisão estatal deve estar sujeita a reexame”, sob pena de entregar ao magistrado um poder soberano, inconsistente em um Estado Democrático de Direito¹⁶⁹.

Aqui, vale pontuar que Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes já preceituavam este fundamento, afirmando ser um “poderoso argumento, de índole política a militar em favor da preservação do duplo grau de jurisdição”: nenhum ato estatal pode estar imune ao controle¹⁷⁰.

Por fim, o fundamento jurídico dos recursos, nas exatas palavras de Badaró, é “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”.

¹⁶⁷ CHOUKR, Fauzi Hssan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.657.

¹⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.39.

¹⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.40.

¹⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.22.

No entanto, conforme explana o autor, isso não quer dizer que todo e qualquer ato jurisdicional tenha que ser reexaminado por um órgão hierarquicamente superior, como, por exemplo, ocorre com os embargos de declaração. Mas em relação à última decisão do processo, que encerra o procedimento – isto é, a sentença, sobretudo a condenatória no processo penal –, deve ser recorrível¹⁷¹.

Esses são os principais pressupostos que se entendem por nortear o duplo grau de jurisdição numa concepção de Estado Democrático de Direito. No entanto, começam a surgir importantes debates acerca da plausibilidade destes fundamentos e da necessidade de reconstrução de suas bases axiológicas, vez que, conforme será melhor detalhado em tópicos posteriores, a atual constituição do direito ao reexame por um órgão hierarquicamente superior finca as suas premissas em acepções civilistas de processo, o que deve ser, a partir dos reclames contemporâneos, desmembrados do processo penal.

Nesta linha de intelecção, foi exposto alhures, em síntese, que os tradicionais fundamentos do duplo grau de jurisdição trazidos pela doutrina pátria é a falibilidade humana, a certeza, a verdade, a segurança jurídica e a justiça¹⁷². Neste ponto, esses cinco elementos são os responsáveis por um antiquado entendimento de um duplo grau de jurisdição nos moldes do processo civil.

Na espécie, acerca da falibilidade humana, a ideia que surge é a de que o ser humano é invariavelmente sujeito a falhas, de modo que o duplo grau de jurisdição serviria como um “controle de qualidade”¹⁷³ dos erros cometidos pelo juízo sentenciante. Ocorre que, como bem salienta Badaró¹⁷⁴, acompanhado por Mendes¹⁷⁵, o recurso não assegura, necessariamente, o proferimento de uma decisão melhor, “de qualidade superior, legalmente mais acertada e substancialmente mais justa”, vez que nada impede que a “melhor decisão” seja, de fato, aquela proferida em primeiro grau, até porque o conceito de erro é essencialmente subjetivo, podendo servir para legitimar qualquer das teses levantadas no contraditório penal¹⁷⁶.

¹⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.40-41.

¹⁷² MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.157.

¹⁷³ CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2013, p.22.

¹⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.44.

¹⁷⁵ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.158.

¹⁷⁶ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.158.

O que se quer dizer, é que não há qualquer garantia de que os magistrados de segunda instância, simplesmente por atuarem em um órgão hierarquicamente superior, são dotados de “maior experiência e cultura”, como apontam Ada Pellegrini, Gomes Filho e Scarance Fernandes¹⁷⁷. Inclusive, ainda no magistério dos autores, eles reconhecem a possibilidade da falibilidade do juiz de segundo grau, vez que o órgão *ad quem*, em regra, não tem contato imediato com as partes e as provas, como tem o juízo recorrido¹⁷⁸. Dessa forma, como bem assevera Rubens Casara, “não existem razões para se concordar com o argumento de que o julgador de segundo grau (...), pela simples probabilidade de ser mais antigo na carreira, é quem possui melhores condições para decidir sobre determinado caso concreto”¹⁷⁹.

Outrossim, tomando por base o fundamento do duplo grau de jurisdição como um mecanismo de controle, a fim de evitar erros – conceito geral e abstrato –, automaticamente, todas as decisões do primeiro grau deveriam ser, obrigatoriamente, submetidas a uma revisão pelo órgão *ad quem*. Nesta visão, a infraestrutura dos recursos voltaria a ser sustentada pelas bases inquisitórias, nas quais se entendia o recurso como mero meio de controle hierárquico e burocrático, com o já discutido efeito devolutivo¹⁸⁰.

Ademais, diz-se que a colegialidade do tribunal *ad quem* conferiria esse menor grau de falibilidade humana, uma vez que as decisões proferidas são melhor discutidas, a partir da troca de opiniões, tendo, assim, no intelecto de Rogério Schietti, “as melhores condições de encontrar a verdade real e aplicar o direito com maior certeza e justiça”¹⁸¹. *Primus*, é necessário se desconectar do termo “verdade real”, por ser algo impossível de ser alcançado, conforme já exposto alhures, a partir da doutrina de Khaled Jr. Em segundo lugar, consoante mencionado, o conceito de “erro” ou “acerto” é demasiado subjetivo e abstrato, além do que, nas palavras de Mendes, “é possível errar sozinho e errar em conjunto com outros

¹⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.22.

¹⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.22

¹⁷⁹ CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 498.

¹⁸⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Direito ao recurso no processo penal: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.47.

¹⁸¹ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2013, p.24.

magistrados”¹⁸² e, ainda, utilizar a colegialidade como argumento de fuga, decidindo de forma diversa do que decidiria em um juízo monocrático¹⁸³.

A certeza, por sua vez, é conceito demasiado perigoso no âmbito do processo penal, vez que remonta às raízes inquisitórias da busca da verdade real, vale dizer, em busca da certeza dos fatos. Nesse sentido, fundamentar o duplo grau de jurisdição como a certeza de justiça da decisão proferida pelo colegiado é de tamanha imprecisão, porquanto, nos dizeres de Michele Taruffo, “a certeza corresponde ao grau de persuasão que um sujeito tem a respeito da veracidade de um enunciado”¹⁸⁴. Em outras palavras, a certeza é um elemento capaz de legitimar qualquer decisão, de modo que, no magistério de Mendes, a única certeza que existe no processo é a de que se pode manipular esse axioma¹⁸⁵.

Dessa forma, concluindo o afastamento dessa paradoxal imprecisão jurídica que é o conceito de certeza, para que se chegue a um verdadeiro processo penal acusatório, é preciso vestir o manto da humildade e reconhecer a insuficiência da consciência humana, na medida em que jamais haverá a certeza de que qualquer decisão estará de acordo com o que de fato ocorreu¹⁸⁶.

Assim, nos termos prolatados acima, não há como conceber que uma decisão proferida por um tribunal hierarquicamente superior será, necessariamente, mais próxima da verdade, ou mais justa. Em aproximado sentido, o último fundamento apontado, a segurança jurídica, se constitui numa falácia, conforme entende Aury Lopes Jr., na medida em que o mundo do processo é revestido de instabilidades, não havendo o que se falar em juízos de segurança, certeza e estabilidade quando o que está em pauta é o mundo real, o qual possui riscos que

¹⁸² MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal:** o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.160.

¹⁸³ Neste sentido, tem-se o voto da Ministra Rosa Weber, no bojo do HC 152.752/PR, que acolheu a tese da execução antecipada da pena, mesmo reconhecendo possuir posição pessoal contrária ao que decidiu: “Colocadas tais premissas teóricas, e forte no que nelas explicitarei, destaco que, tendo integrado a corrente minoritária neste Plenário, quanto ao tema de fundo, passei a adotar, nesta Suprema Corte e no exercício da jurisdição eleitoral, no TSE, a orientação hoje prevalecente, de modo a atender não só o dever de equidade que há de nortear, na minha visão, a prestação jurisdicional – tratar casos semelhantes de modo semelhante (*treat like cases alike*) – mas também, como sempre enfatizo, o princípio da colegialidade que, enquanto expressão da exigência de integridade da jurisprudência, é meio de atribuir autoridade e institucionalidade às decisões desta Casa, conforme explanei anteriormente”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁸⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p.109.

¹⁸⁵ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal:** o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.161.

¹⁸⁶ KHALED, Salah H. Jr. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. Belo Horizonte: Casa do Direito, Letramento, 2016, p.358-360.

lhes são inerentes e, por isso mesmo, é preciso adotar um sistema de garantias mínimas¹⁸⁷. A partir daí, é forçosa a reformulação das bases fundantes do duplo grau de jurisdição, rompendo com a acepção civilista, atribuindo, assim, um novo ponto de partida primordial no berço deste instituto: a presunção de inocência e o devido controle do poder punitivo do Estado¹⁸⁸.

Nesta cognição, Mendes entende que os dois principais fundamentos do duplo grau de jurisdição, para que se atenha ao autêntico sistema acusatório, é a dupla conformidade e a presunção de inocência¹⁸⁹. No aspecto, a dupla conformidade em matéria penal é condição necessária para tornar eficaz uma sentença condenatória. Isto é, dada a gravidade da decisão, é preciso que ela seja revisada, de sorte que, para que seja eficaz, é imprescindível a sua confirmação por uma segunda instância¹⁹⁰. Em síntese, nas palavras de Julio Maier, “*Esta garantía procesal, bien explicada, debe conducir necesariamente a la exigencia de que para ejecutar una pena contra una persona, se necesita una doble conformidad judicial, si el condenado la requiere*”¹⁹¹, sendo, portanto, “*condición procesal, impuesta a la aplicación de una pena estatal*”¹⁹².

O segundo pressuposto fundante do duplo grau de jurisdição, a presunção de inocência, está intimamente relacionado à dupla conformidade. Isso porque é justamente a presunção de inocência que exige a dupla conformidade como *conditio sine qua non* para a aplicação dos efeitos da sentença condenatória, vez que a revisão desta se mostra como um

¹⁸⁷ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.87-88. Sobre o tema, o autor adverte, de maneira elementar, que o processo penal deve ser comparado ao estado de guerra, ao passo que o Direito material ao estado de paz: enquanto reina a paz, há a segurança jurídica, há direitos e obrigações, mas quando o processo penal é acionado, cria-se um ambiente afeto a riscos, chances, pretensões, resistências, expectativas, perspectivas e, por isso mesmo, eivado de insegurança jurídica, é dizer, não é possível prever o resultado da sentença, mas é possível aproveitar as chances (e, também, perdê-las), o que condicionará ao resultado útil do processo, isto é, a uma expectativa de sentença favorável ou a uma perspectiva de decisão desfavorável. Nesse contexto, o autor defende que a natureza do processo penal, nas linhas advogadas por James Goldschmidt, é de um conjunto de situações jurídicas e não uma relação jurídica, conforme defende a doutrina majoritária, porquanto a definição de relação jurídica – direitos e obrigações recíprocas – pressupõe um cenário estático, de estabilidade, de segurança jurídica e, portanto, característico do direito material, o que, evidentemente, é estranho ao processo penal.

¹⁸⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Direito ao recurso no processo penal**: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.48.

¹⁸⁹ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.163-165.

¹⁹⁰ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.164.

¹⁹¹ “Essa garantia processual, bem explicada, deve conduzir necessariamente a uma exigência de que para executar uma pena contra uma pessoa, faz-se necessária uma dupla conformidade judicial, se assim o condenado suscitar”. (Tradução livre). MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.713.

¹⁹² “Condição processual, imposta à aplicação de uma pena estatal”. (Tradução livre). MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.713.

direito do acusado condenado a tentar, mais uma vez, a manutenção do seu estado de inocência¹⁹³. Badaró¹⁹⁴ acerta ao afirmar que a presunção de inocência é um pressuposto do qual decorre todas as outras garantias individuais do imputado no processo penal, de modo que o duplo grau de jurisdição não poderia ser diferente: trata-se de uma princípio-garantia – conforme será exposto posteriormente.

Dito isto, filtrando os dois pressupostos acima descritos, infere-se que o duplo grau de jurisdição no processo penal deve ter por finalidade o controle do poder punitivo do Estado-juiz, de modo a assegurar todas as garantias necessárias e essenciais ao imputado, a fim de que possa resguardar o seu estado de inocência, constitucionalmente garantido. Desse modo, o Estado somente poderá se valer do seu *jus puniendi* após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que deve passar, necessariamente, pela dupla conformidade da matéria penal.

3.4.1 Necessária separação entre o duplo grau de jurisdição do processo civil e o duplo grau de jurisdição do processo penal

Fincados os pressupostos que devem ser entendidos como aqueles que sustentam o duplo grau de jurisdição no processo penal, passa-se, agora, ao último degrau do conflito entre a discussão prefaciada alhures, cujo tema decorre da influência da Teoria Geral do Processo e a necessária ressignificação de conceitos, em busca de uma Teoria Geral do Processo Penal, antes de, finalmente, adentrar-se ao cerne da pesquisa.

Todavia, conforme antecipado, o verdadeiro alvo não deve ser a Teoria Geral do Processo, nos termos entendidos pela crítica doutrina moderna. A Teoria Geral do Processo, como norteadora e, deste modo, pilota dos conceitos jurídicos-fundamentais, é elementar para o processo penal e para o processo civil, de modo que estes não prescindem daquele. Com efeito, o que se deve discutir, de maneira legítima e com maiores fundamentos, é a construção de uma ciência do direito processual penal, esta, sim, inexistente.

Portanto, a partir do presente momento, toda e qualquer menção a uma suposta necessidade de romper a Teoria Geral do Processo da Ciência do Processo Penal deve ser lida como a substancial inevitabilidade de o processo penal desvincular-se dos institutos

¹⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.77.

¹⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.44.

emprestados da ciência do direito processual civil unitário – e não da Teoria Geral do Processo –, porquanto os conceitos jurídicos-positivos lá engendrados não são receptíveis pelo sistema processual penal, sob pena de indevida privatização do direito processual penal.

Isto posto, é salutar atestar, definitivamente, que o duplo grau de jurisdição aplicado no processo civil é substancialmente diferente do duplo grau de jurisdição entendido no processo penal, em função dos pressupostos fundantes discutido em linhas anteriores, que, como visto, devem estabelecer uma diferença ontológica entre as matérias, vez que os bens jurídicos tutelados no processo penal são bem mais delicados do que aqueles aos quais o processo civil se presta a resguardar.

Antes de mais, é importante fazer a singela distinção entre “recurso” e “duplo grau de jurisdição”. À primeira vista, tal diferenciação parece ser de grande inutilidade, vez que não orientam para dois caminhos distintos no bojo de uma discussão prática-doutrinária atual. No entanto, para o posterior debate ao qual a pesquisa se propõe, faz-se imperiosa uma breve, mas necessária análise acerca da diferenciação entre os dois institutos, que, diga-se, não podem se confundir, sob pena de tornar infértil a defesa acerca de uma cadeia de princípios que devem ser modificados, à luz de uma ciência do processo penal.

Dito isto, para uma cognição inicial, afirmar a existência de distinção é dizer, em apertada síntese, que nem todo recurso se submete ao duplo grau de jurisdição¹⁹⁵. Ainda, pode-se entender que a impugnação é gênero, da qual os recursos são espécies. Com efeito, em linhas iniciais, é de bom alvitre trazer a conceituação da doutrina atual acerca do que se entende por recursos.

Sem mais delongas, diferenciar os recursos em sentido amplo, do duplo grau de jurisdição, é fazer uma necessária separação entre os institutos, para, *primus*, afirmar que não se pretende retirar da esfera de legitimidade do Ministério Público a possibilidade de interpor recursos, vez que é um instituto substancial do processo e do devido processo legal – seja civil ou penal – e, num segundo plano, destinar o duplo grau de jurisdição como um direito-garantia exclusivo do acusado – aí sim, extinguindo da alçada acusatória a possibilidade de um duplo pronunciamento.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, professores ligados extremamente influenciados pela Ciência do Direito Processual Civil – e que puxaram a linha doutrinária hoje majoritária do processo penal brasileiro –, conceituam recursos como “o meio voluntário de impugnação de decisões,

¹⁹⁵ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.8.

utilizando antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão¹⁹⁶”.

Em um debate com as lições de Mendes, este autor extrai quatro principais conclusões do conceito definido acima, vale dizer, (a) a exclusão aparente da possibilidade de recursos de ofício; (b) o entendimento de que os recursos dotam da mesma natureza imputada ao direito de ação; (c) a fixação da natureza dos recursos como um prolongamento da ação; e (d) o especial cuidado de inserir no conceito de recurso os embargos de declaração¹⁹⁷.

Muito próximo do que dito pela doutrina clássica, Badaró conceitua os recursos como sendo “o meio voluntário de impugnação das decisões judiciais, utilizado antes do trânsito em julgado e no próprio processo em que foi proferida a decisão, visando à reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão judicial”¹⁹⁸. Neste prisma, na mesma linha do que concluiu Mendes frente às lições de Pellegrini, Scarance e Gomes Filho, Badaró aduz que ao considerar os recursos como meios voluntários de impugnação de decisões, tem-se que este nasce com o provimento desfavorável, “seja porque causou prejuízo à parte, seja porque não lhe deu todo benefício que poderia com ele obter”¹⁹⁹.

No entanto, este conceito de recurso é demasiado perigoso e deve ser extirpado do processo penal, na medida em que trazer a ideia de prejuízo à *persecutio criminis*, torna o Ministério Público como uma espécie de credor da pena que deve ser imputada ao acusado. Ora, nos termos salientados por Badaró, em caso de uma sentença absolutória exarada pelo Juízo criminal, qual seria o prejuízo causado ao órgão ministerial, ou, ainda, qual benefício o *parquet* deixou de perceber ao ver o imputado ser declarado inocente? – Estar-se-á diante do direito à liberdade ou do patrimônio, refletido em lucros cessantes?

Nesta senda, consoante perfeitamente salienta Tiago Mendes, o conceito hoje sedimentado na doutrina processual penal não é a mais adequada para a matéria, vez que não faz qualquer diferenciação entre a acepção utilizada nos recursos do processo civil e aquela utilizada para impugnar decisões no processo penal, “o que contribui para a bilateralidade recursal e afasta o caráter de garantia do direito ao recurso”, maculando, principalmente, a

¹⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.31.

¹⁹⁷ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.11.

¹⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.32.

¹⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.33.

natureza jurídica dos recursos no processo penal²⁰⁰ – que, consoante análise posterior, não pode prosperar como um mero mecanismo de controle, tal como ocorria nos Estados absolutistas.

Na espécie, o autor delimita que, num processo penal acusatório, tal qual adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a impugnação somente pode ser pensada como uma classe processual de garantia individual frente ao poder punitivo estatal, submetendo a decisão recorrida para um juízo, em regra, dotado de hierarquia superior²⁰¹. Nesse mesmo sentido, Ferrajoli identifica a impugnação como uma garantia de responsabilidade contra a arbitrariedade, visto que “*la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen*”²⁰², de modo que, na ausência do duplo exame, os princípios da imparcialidade e a sujeição dos juízos apenas à lei ficariam privados de garantia, enquanto a arbitrariedade, o abuso e o erro não seriam censurados e reparados em uma segunda instância²⁰³.

Dito isto, o pacífico entendimento do recurso não pode ser a melhor opção para o processo penal, na medida em que, primeiro, decorre de uma acepção do Direito Processual Civil Unitário e, segundo, porque este conceito leva em consideração o recurso como um prolongamento da ação, afastando, portanto, o necessário entendimento do recurso como uma garantia do imputado²⁰⁴. Nesta linha, a hipótese levantada será aquela defendida pela doutrina minoritária, capitaneada pelos ensinamentos de Julio Maier, que entende o recurso não em sua acepção bilateral, vale dizer, uma faculdade de todas as partes processuais, mas sim como “*un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal*”²⁰⁵”²⁰⁶.

Tal acepção não é teratológica, vez que encontra fortes fundamentos, tanto em âmbito doutrinário, como, inclusive, em âmbito da legislação internacional, a partir dos tratados ratificados pelo Brasil. Nesta linha, em síntese, pode-se alegar a exclusividade do direito ao

²⁰⁰ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.12.

²⁰¹ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.10.

²⁰² “A principal garantia contra a arbitrariedade, o abuso e o erro é a impugnação do julgamento e o seu reexame” (Tradução livre).

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia*. **Nueva Doctrina Penal**. 1996/B (p.445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto, p.447.

²⁰⁴ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.12.

²⁰⁵ “Um direito exclusivo do condenado de requerer a dupla conformidade com a sentença, condição para a execução de uma pena estatal”. (Tradução livre).

²⁰⁶ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.709.

recurso ao imputado pela ausência de previsão legal desta faculdade ao acusador; dos fundamentos do duplo grau de jurisdição apontado em linhas anteriores, bem como, principalmente, à ótica da presunção de inocência como princípio reitor do processo penal e, portanto, do sistema recursal. Ou, nas palavras de Vinicius Gomes de Vasconcellos, “a existência do direito ao recurso no processo penal tem fundamento dogmático e legislativo que diz respeito essencialmente à proteção do acusado e à limitação do poder punitivo”²⁰⁷.

Isto posto, o melhor enquadramento dos recursos, na tentativa de uma construção de uma Ciência do Processo Penal, nas lições de Maier, é tratar-lhe como uma garantia processual do condenado, que tem o direito de que a sua sentença seja revista por um tribunal superior, a fim de que haja o melhoramento da sua condição desfavorável já delineada pelo Juízo *a quo*²⁰⁸. Ou, ainda, como entende Aury Lopes Jr., o recurso é um “importante instrumento de resistência na busca de uma sentença favorável”²⁰⁹.

Feito esses esclarecimentos, Mendes sintetizou uma melhor concepção acerca do conceito de recurso, visando a figura do acusado – ante o braço armado do Estado-acusador –, numa tentativa de iniciar uma ruptura com a acepção civilista do direito ao recurso. No ponto, afirmou o autor que o recurso consiste numa “garantia para proteção de direitos que permite a impugnação de uma decisão judicial, com o fim de submetê-la à revisão, no todo ou em parte, ou mesmo sanar necessários esclarecimentos, no mesmo processo, antes de seu trânsito em julgado”²¹⁰.

Forçoso salientar o termo escolhido por Mendes, tratando o recurso como uma “garantia” para a “proteção de direitos”. Ou seja, mudar a chave dos pressupostos de um recurso fundado numa acepção civilista, que galga a sua admissibilidade mediante a conexão do binômio “necessidade-adequação”, para frutificar, na esfera penal, um instituto voltado à garantia do imputado com o intuito de limitar as arbitrariedades perpetradas pelo poder punitivo do Estado, é de primordial importância na construção dos debates ulteriores.

Sob este paradigma, Mendes propõe a retirada da noção civilista de “voluntariedade” dos recursos, para voltar a atenção à essência garantista que este instituto fixa no processo penal, de sorte que reconhecer o recurso como um direito-garantia do imputado frente ao braço armado do Estado-acusador e do Estado-juiz, é tornar obrigatória, ao menos para efeitos

²⁰⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.41.

²⁰⁸ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.708-709.

²⁰⁹ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.1057.

²¹⁰ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.12.

do duplo grau de jurisdição, “a reapreciação da decisão condenatória não como exceção à voluntariedade, mas como *conditio sine qua non* para a aplicação da pena”²¹¹.

Portanto, em suma, é importante se ter em mente que nem todo recurso tem por escopo o duplo grau de jurisdição, de sorte que não se defende que ao Ministério Público é impossível interpor recursos. No entanto, consoante esmiuçar-se-á no capítulo seguinte, os recursos que têm por finalidade o reexame da matéria, isto é, o remetimento da *quaestio iuris* integralmente discutida em primeira instância para um órgão hierarquicamente superior, no processo penal, é de legitimidade exclusiva do imputado, vez que, como visto, este instituto precisa ser interpretado como um direito-garantia do sujeito que está sob a espada da justiça, visando limitar o poder punitivo do Estado. É, pois, um mecanismo de controle das arbitrariedades daquele que dispõe do poder de cercear a liberdade de um cidadão.

3.4.2 Elementos reitores

Antes de mergulhar, efetivamente, no conteúdo ao qual o presente trabalho se propõe, forçoso elencar alguns elementos reitores que irão servir de sustentáculo para a tese defendida, de sorte que é de primordial importância a sua valoração em qualquer espécie de ato movimentado no âmbito do processo penal, sob pena de graves violações ao sistema acusatório e, portanto, ao Estado Democrático de Direito.

3.4.2.1 A presunção de inocência como princípio reitor das garantias processuais penais: a efetividade das garantias como fundamento do processo penal brasileiro.

Como bem salienta Gloeckner, pode-se afirmar que, possivelmente, a característica mais importante – e temerosa – que o Código de Processo Penal de 1941 trouxe foi a expressa aversão à presunção de inocência – e, assim, às garantias processuais penais. A aludida conclusão não é difícil de ser feita: basta uma leitura do CPP para constatar a ausência de qualquer dispositivo que faça alusão à presunção de inocência, tampouco ao *in dubio pro reo*²¹².

²¹¹ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.13.

²¹² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.423-424.

Nesta linha, forçoso realizar uma rápida análise da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, construída pelo então ministro Francisco Campos, em passagens que manifestam o objetivo nuclear do CPP, que, conforme dito, ainda que alvo de diversas reformas, a sua substância continua viva. Na espécie, Francisco Campos inicia o item “A reforma do processo penal vigente”, na Exposição de Motivos, alegando que:

[...] impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, 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. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.²¹³

Verifica-se, da apreciação deste trecho, o nítido caráter repressor em detrimento das garantias dos imputados, tratando-as como sinônimo de impunidade e abalizada como pseudodireitos. Tal disposição, ao contrário do que se possa imaginar, continua vigorando no ordenamento jurídico atual. Neste ponto, consoante adverte Heribaldo Rebello, a corrente vencedora à época da construção do CPP, que afasta a presunção de inocência e promove a presunção da culpabilidade, é uma corrente que mais provocou danos para concepção acusatória de processo penal²¹⁴. Complementando, Gloeckner pontua, assim, que este foi o legado mais incisivo da penetração do positivismo, “revelando aqui as suas premissas racistas, sectárias e irracionais de seu discurso”²¹⁵.

Nos termos já delineados em capítulo anterior, restou patente a influência do fascismo na construção do processo penal brasileiro. Com efeito, importante destacar a posição dos doutrinadores à época, os quais fincaram as suas premissas em enérgico atentado à presunção de inocência. Neste ponto, para Gusmão, a presunção no âmbito do processo penal é de culpabilidade, vez que a presunção de inocência só poderia decorrer de uma sentença absolutória²¹⁶. Isto é, como bem explicitou Michel Foucault, uma meia-prova tornava o

²¹³BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941. In: **Vade Mecum Saraiva**: temático. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p.269.

²¹⁴ REBELLO, Heribaldo. **Breves Lições de Direito Judiciário Penal**. v. 1. Rio de Janeiro: José Konfino, s.d. p.171.

²¹⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.426-427.

²¹⁶ “De fato, para o processo penal, ou em via formal, a presunção é de culpabilidade, do contrário seriam inadmissíveis as medidas de coerção real ou pessoal; para aplicação da pena, ou em via material, a presunção é de inocência, porque não poderá haver condenação sem prova. Esta presunção, porém, é relativa e somente decorre do pronunciamento final”. GUSMÃO, Sady Cardoso. **Código de Processo Penal (breves anotações)**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942, p.67.

acusado um meio-culpado, de modo que “o indício, apenas leve, de um crime grave, marcava alguém como um pouco criminoso”²¹⁷.

Neste mesmo sentido, Tornaghi afirma que “a norma in dubio pro reo não acarreta a presunção de inocência durante o processo, mas somente a partir da sentença absolutória por falta de prova suficiente para a condenação”²¹⁸. Dessa forma, explicita Gloeckner que, nos ideais criadores do atual Código de Processo Penal, a presunção de inocência dependia exclusivamente da subjetividade de cada acusado. Isto é, os imputados que poderiam gozar do aludido princípio são aqueles que dotam de bons antecedentes, e outros a quem seria vedada a sua aplicação²¹⁹ - o famoso e antiquado Direito Penal do autor.

Sob este prisma, ainda mergulhando nas lições de Gloeckner²²⁰, o ataque mais radical e visível da presunção de inocência no processo penal brasileiro talvez tenha sido orquestrado por Borges da Rosa, que, inspirado em Manzini, ofereceu uma visão “adequada” do processo penal brasileiro, não havendo espaço para a presunção de inocência:

Diz muito bem Manzini que errado e incoerente é o critério segundo o qual as normas processuais penais são essencialmente destinadas à tutela da inocência. Seria o mesmo que dizer que os diagnósticos médicos são diretamente direcionados a descobrir a inexistência das doenças. Importaria isso em afirmar aquilo que na prática é absolutamente falso e na teoria absurdo: que, em regra, sejam destituídas de fundamento e arbitrárias as presunções de culpabilidade que levante, contra os indivíduos indiciados em crime, o Ministério Público. Este, rigorosamente falando, não pode ser considerado “parte” no processo penal, pois, a sua função, instituída em prol dos interesses sociais, é desinteressada, objetiva e inspirada unicamente nos critérios da verdade e da justiça. São ideias falazes e injustas, que, mais ou menos conscientemente, provêm daquele modo de pensar, segundo o qual o Ministério Público representa a acusação sistemática e insidiosa, atentando sempre contra os interesses individuais. Este modo de pensar, que teria razão de ser nos regimes absolutos ou sob o domínio estrangeiro, no nosso livre Estado constitucional é, não só errôneo, mas também insensato e maligno. Do que fica dito, resulta a improcedência da pretendida presunção de inocência que, segundo vários autores, milita, no processo penal, em favor do indivíduo imputado²²¹.

Isto posto, verifica-se, com larga exatidão, que o CPP de 1941, em sua origem, repudia a presunção de inocência no processo penal brasileiro, deixando um legado até hoje vigente, mas velado, em razão da suposta constitucionalização de todo o sistema jurídico pátrio. No entanto, consoante bem pontuado por Maurício Zanoide Moraes, muito mais do que conhecer

²¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.44.

²¹⁸ TORNAGHI, Helio. **Compêndio de Processo Penal**. t. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, p.2086.

²¹⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.427.

²²⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.429.

²²¹ ROSA, Inocência Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.24-25.

a origem do CPP de 1941, construído sob as bases do fascismo, é se ter em mente que “o atual código rejeita em sua estrutura toda a dimensão juspolítica da presunção de inocência”²²².

Em um giro de cento e oitenta graus, para se conceber o processo penal brasileiro no formato tal qual fixado no período pós-Constituinte, é preciso romper, definitivamente, com os ideais arcaicos dos quais fundaram o atual Código de Processo Penal brasileiro. Nesta esteira, forçoso se ter em mente que a presunção de inocência, para além do princípio reitor da *persecutio criminis*, é, também, o princípio que deve regar o segundo grau de jurisdição.

A *contrario sensu*, em matéria bem atual, tem-se, agora mais do que nunca, a evidência do que sempre se cortinou no ordenamento jurídico pátrio, em razão da era pós-democrática: a aparente regulação do processo penal pela presunção de inocência inerente a todos os indivíduos sob a acusação do poder estatal. Como bem salienta Leonardo Costa de Paula²²³, houve, recentemente, um ponto de ruptura que influencia diretamente a ordem processual penal brasileira, vale dizer, o julgamento do HC nº 126.292 e da decisão em Medida Cautelar das ADCs 43 e 44 pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse cenário, de logo, Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira deixam claro o atentado à presunção de inocência a partir do mencionado Habeas Corpus, em que a decisão consubstanciou um exemplo nato de ativismo judicial, na medida em que “não há fundamento jurídico-constitucional que a sustente”, de sorte que este julgamento foi uma agressão à ordem, desaguando em uma situação, utilizando-se de eufemismo, ao menos paradoxal: julgou inconstitucional o próprio texto constitucional²²⁴.

²²² MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.159. Continua Moraes, em suas cristalinas convicções, que “aqueles influxos ideológicos que forjaram o atual Código, a despeito das poucas e insuficientes mudanças legais, ainda existem. Tanto que, mesmo após a promulgação da atual Constituição Federal, com regularidade se fundamentam prisões provisórias apenas na gravidade da infração investigada/imputada ou na presunção de culpa forjada em ideias positivistas do delinquente atávico, conquanto ainda não “descoberto”. Mesmo no campo legislativo infraconstitucional pós-Constituinte essa deletéria cultura deixou raízes. Em 1990, ao se editar a denominada Lei dos Crimes Hediondos (Lei. Nº 8.072/90, foi, novamente em âmbito legal, determinado que a gravidade da infração, por si só, determinaria a impossibilidade de se conceder liberdade provisória para os cautelarmente presos”. (MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.164).

²²³ DE PAULA, Leonardo Costa. O Segundo Grau de Jurisdição como Garantia Exclusiva da Pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017. (**Doutorado em Direito**). – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, p.136.

²²⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p.117.

Ao menos, para um final provisoriamente feliz, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2019, em uma decisão apertada, julgou constitucional o artigo 283²²⁵ do Código de Processo Penal, impondo-se não ser possível a execução provisória da pena. Todavia, o fantasma do fascismo ainda ronda, expressamente, o sistema acusatório brasileiro, como, por exemplo, na possibilidade de encarceramento imediato de uma pessoa que seja condenada no Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a quinze anos de reclusão – mais uma indevida, temerosa, mas previsível mitigação à presunção de inocência –, conforme artigo 491, inciso I, alínea “e”²²⁶, do CPP, incluído pela novel Lei n.º 13.964/2019.

Nesta linha de intelecção, é preciso quebrar paradigmas e escrever novos rumos ao processo penal brasileiro. É preciso romper com ideais primitivos, inconstitucionais, racistas, misóginos, autoritários, enfim, dissolver uma ordem fundada em premissas escancaradamente fascistas, vigente há oitenta anos no meio social, que não pode ser imune a críticas, não pode continuar vigorando, a despeito de uma sociedade efêmera, mutante e, sobretudo, constituída por sujeitos de Direito.

Neste prisma, como cristalinamente dispõe Aury Lopes Jr., para que o processo penal seja adequado ao modelo constitucional pelo qual se reclama, faz-se necessária, precipuamente, se perguntar: um processo penal para quê (quem)?²²⁷ Essa pergunta é fundamental, porque, em primeira e última análise, buscando as respostas na Exposição de Motivos do Processo Penal brasileiro, conclui-se por um Código punitivista, antigarantista e antidemocrático. Dessa forma, é preciso se ter em mente que esse é um questionamento fundamental para a própria lógica do sistema, pois é ela quem vai orientar a “interpretação e a aplicação das normas processuais penais”²²⁸.

Partindo deste ponto, de plano, é imperioso estabelecer que as garantias e o livre exercício das liberdades individuais não necessitam de qualquer legitimação para efetivar-se²²⁹. Tal afirmação parece de tamanha superficialidade e mergulhada no senso comum, mas percebe-se, atualmente, todo o oposto: cada vez mais estabelece-se a provisoriedade da

²²⁵ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

²²⁶ “Art. 492. (...): I – no caso de condenação: e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”.

²²⁷ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.35.

²²⁸ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.35.

²²⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.162.

liberdade e a regra da prisão cautelar (ou até mesmo definitiva). Em último plano, questiona-se, inclusive, a própria legitimidade da liberdade individual, subvertendo a lógica do sistema jurídico-constitucional²³⁰.

No entanto, como bem salienta Juarez Tavares, o que precisa de legitimação é, em verdade, o poder de punir do Estado, e não a legitimidade das liberdades individuais²³¹. Isto é, a liberdade individual, por ser um produto direto do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, está amplamente resguardada no texto Constitucional, bem como no direito internacional como um todo, sendo, portanto, um pressuposto do Estado Democrático de Direito²³².

No ponto, o sistema jurídico brasileiro goza de uma cultura em que as normas infraconstitucionais são mais valiosas do que a própria Constituição Federal, de sorte que há uma clara subversão da famigerada pirâmide de Kelsen: o Código de Processo Penal brasileiro, não raras as vezes, é interpretado em desconformidade à CF/88, o que Aury Lopes Jr. denomina de “a crise das fontes”²³³. Portanto, é preciso redimensionar a pirâmide normativa, entregando a Constituição Republicana ao seu devido lugar, para, em consequência disto, afirmar e ratificar a liberdade individual como um pressuposto para o Estado Democrático de Direito, de modo que o princípio da presunção de inocência é a premissa constitucional que deverá reger toda a legislação em matéria penal.

Com efeito, esta ideia é basilar para que se compreenda o restante da pesquisa. Vale dizer, tomar a presunção de inocência como o elemento que deve nortear toda a sistemática processual penal, é dizer que a presunção de inocência deve ser o pressuposto fundante do duplo grau de jurisdição. A partir disso, toda uma cadeia deve ser regrada em torno desta premissa, o que acarreta o necessário giro de cento e oitenta graus proposto no início do tópico. Em outras palavras, fincada a base de compreensão da presunção de inocência em vias constitucionais, identificar-se-á (ou, ao menos, será permitido identificar) o caminho para um tratamento adequado aos recursos na realidade processual brasileira²³⁴.

²³⁰ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.37.

²³¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.162.

²³² LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.37.

²³³ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.38.

²³⁴ DE PAULA, Leonardo Costa. O Segundo Grau de Jurisdição como Garantia Exclusiva da Pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017. (**Doutorado em Direito**). – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, p.145.

À luz da constitucionalização da presunção de inocência, André Nicolitt cita a sua “axiologia tridimensional”, segundo a qual o referido instituto se manifesta como uma norma de tratamento, norma probatória e norma de garantia ou de juízo²³⁵. Como norma de tratamento, a presunção de inocência engendra uma imposição ao Estado e aos demais cidadãos de tratar o acusado como um sujeito inocente até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, havendo a certeza processual de que o imputado praticou determinado crime. Assim, o acusado não pode “ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo”²³⁶, implicando na vedação a “qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade”²³⁷ antes do que a Carta Magna definiu como o marco da sentença condenatória de forma imutável.

3.4.2.2 O *in dubio pro reo* x *in dubio pro societate*

Posta a presunção de inocência no seu devido lugar, com a interpretação constitucional a qual tal instituto reclama e, portanto, sendo o germe de todas as demais garantias e formalidades que o processo penal deve observar, forçoso pontuar mais algumas considerações a respeito da temática. Nesta linha de intelecção, debater acerca da presunção de inocência remete-se, diretamente, a uma antiga discussão acerca do confronto entre a regra do *in dubio pro reo* e do *in dubio pro societate*.

Este paradigma passa em linha reta pelo maniqueísmo entre “interesse público” *versus* “interesse individual”. Com efeito, Aury Lopes Jr. adverte que o discurso de que o interesse público deve prevalecer frente aos direitos individuais é um assunto recorrente em matéria penal. É, em última análise, um discurso fundado para legitimar o abuso de poder do Estado²³⁸. De plano, forçosa a compreensão de que os direitos individuais não podem mais ser interpretados como garantias que não transbordam à seara subjetiva de um cidadão. É preciso, para além disso, entender que o “interesse individual”, no Estado Constitucional de Direito – e num período de terceira geração –, se reflete nos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados a todas as pessoas e, portanto, inegavelmente transcende à moldura meramente

²³⁵ NICOLITT, André Luiz. **As subversões da presunção de inocência**: violência, cidade e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.59.

²³⁶ MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.215-221.

²³⁷ 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.

²³⁸ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.40.

subjetiva, atingindo, energeticamente, o interesse eminentemente público de uma ordem democrática²³⁹.

Como bem explica Goldschmidt, os direitos fundamentais não atendem aos interesses do Estado, senão portam-se contra ele, pertencendo, assim, à seção que trata do amparo do indivíduo contra o poder do Estado. De outro lado, o processo penal, como um ramo do direito público, implica autolimitação do Estado, entregando-o uma soberania mitigada²⁴⁰.

Rangel leciona que o princípio do *in dubio pro societate* não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode legitimar uma acusação, colocando uma pessoa na figura de réu – estigmatizada por si só. Continua o autor alegando que o “Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal”²⁴¹.

Nesta esteira, voltando-se para uma lição de Juarez Tavares elencada em linhas anteriores, é necessário repeti-la para que o cerco seja fechado, e não parem dúvidas acerca da impossibilidade de haver o interesse público (do Estado) acima dos interesses individuais de toda uma coletividade: “a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência”²⁴². Isso quer dizer que as garantias individuais se sobressaem frente a qualquer tentativa de mitigação, de modo que a sua exceção (interesse do Estado em detrimento da tutela individual o que, repese-se, em nenhuma escala se quer dizer a incidência do *in dubio pro societate*, pois esta premissa não prospera num sistema acusatório, mas apenas a legitimidade de o Estado cercear as garantias individuais de um condenado) só poderá ser compreendida a partir de justificativa plausível e, como dito, em situações extremamente excepcionais – o que, diga-se, não é o que se tem observado atualmente. Em outras e claras palavras: “o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual”²⁴³.

Na espécie, surge, em mais uma tentativa de mitigação das garantias fundamentais – absoluta! –, a figura do princípio da proporcionalidade, segundo o qual o ativismo jurídico vem se apropriando para inverter discursos garantistas e esvaziar direitos fundamentais. Sob

²³⁹ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.40.

²⁴⁰ GOLDSCHMIDT, James *apud* LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.40.

²⁴¹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2019, p.183.

²⁴² TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.162

²⁴³ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.42.

este paradigma, importante análise do Ministro Eros Grau no bojo do seu voto proferido no HC 95.009-4/SP (fls. 44 e ss.) se amolda perfeitamente ao quadro ilegítimo do qual a jurisprudência pátria vem adotando, em que se utilizam da proporcionalidade para “corrigir” o legislador, em texto claro de Lei (até mesmo constitucional!)²⁴⁴.

No aspecto, como bem salientou o Ministro Eros Grau, a discussão acerca do interesse público *versus* interesse privado (ou, pode-se afirmar, *in dubio pro reo versus in dubio pro societate*) refere-se a um debate existente no Direito Administrativo, jamais em matéria penal. Isso porque, após a adoção de um processo penal – ao menos formalmente – acusatório, criou-se um processo que, para ser legítimo, precisa atender às “regras do jogo” (devido processo legal). Isto é, os fins não mais justificam os meios, de modo que, o processo que obtenha o máximo de rendimento epistêmico, como bem explica Gustavo Badaró, “mas às custas de violações de garantias processuais, não levará a um resultado legítimo, ainda que baseado numa correta reconstrução dos fatos”²⁴⁵.

Ademais, a submissão do interesse “privado” ao interesse público remete-se à procura por uma verdade real, oriunda de um sistema penal inquisitivo, em que o imputado, como meio-culpado que era apenas por figurar como sujeito passivo, constituía-se como mero objeto da *persecutio criminis*, uma escória da sociedade e, portanto, os interesses dele deveriam ser sacrificados em prol do bem comum. No ponto, a busca por essa verdade real, como bem salienta Khaled Jr., é a “instância máxima de legitimação de um sistema processual penal autoritário, no qual toda espécie de garantia do acusado pode ser suspensa em nome da

²⁴⁴ “Tenho criticado aqui – e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) – a banalização dos ‘princípios’ (entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, concebido como um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito. No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual “não há direitos absolutos”. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construídos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.

Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da “necessária atividade persecutória do Estado”, a “supremacia do interesse público sobre o interesse individual”. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo – não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente – não tem lugar em material penal e processual penal. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro Ilmar Galvão) que a interpretação sistemática da Constituição “leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie”.

²⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.19.

sua suposta revelação”. É por isso mesmo que o referido autor trata a busca pela verdade real como uma ambição de caráter mitológico: uma mitologia social e jurídica²⁴⁶.

Nesse contexto, o que vigora no processo penal é a atribuição total do ônus probatório à acusação – e o direito de resistência do acusado –, que, de acordo com os elementos colhidos durante o processo, de maneira lícita e respeitando todas as garantias (absolutas) individuais do imputado, deverá formular a sua tese acusatória. Neste ponto, subsistindo dúvidas acerca da culpabilidade do sujeito passivo, este deverá ser absolvido, na medida em que a presunção de inocência, como dito, é elemento reitor e princípio-mor do processo penal, não havendo espaço para a aplicação do *in dubio pro societate*²⁴⁷, sob pena de imperar um sistema antiquado, repressor e autoritário – repise-se, que ainda guarda sua essência no atual Código de Processo Penal brasileiro.

3.4.2.3 A pretensão punitiva x pretensão acusatória

Para posterior e crucial discussão, importante se faz uma perfunctória análise acerca do que se entende por pretensão punitiva e por pretensão acusatória – o que, de logo, deve-se entender por elementos completamente diferentes e de primordial importância a sua distinção. Nesta senda, a despeito de aprofundamento no tema em capítulo posterior, forçoso advertir, de plano, que o processo penal se constitui como um meio necessário para se chegar a uma eventual reprimenda.

Nesta linha de intelecção, o órgão acusatório, seja de iniciativa pública ou de iniciativa privada, não detém, de maneira alguma, a pretensão punitiva – isto é, o direito de punir; a exigência punitiva –, mas sim um poder próprio de acusar, vale dizer, a pretensão acusatória (*ius ut procedatur*), de modo que, preenchidos os pressupostos legais e legitimadores, o juiz poderá exercer a sua pretensão punitiva que nasceu a partir do cometimento do delito e legitimou-se a partir do devido processo²⁴⁸. Portanto, a pretensão acusatória consiste no “direito potestativo por meio do qual se narra um fato com aparência de delito (*fumus*

²⁴⁶ KHALED Jr., Salah H. **Ambição de verdade no processo penal**: Uma introdução. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.12.

²⁴⁷ DE PAULA, Leonardo Costa. O Segundo Grau de Jurisdição como Garantia Exclusiva da Pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017. (**Doutorado em Direito**). – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, p.159.

²⁴⁸ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.200.

commissi delicti) e se solicita a atuação do órgão jurisdicional contra uma pessoa determinada”²⁴⁹.

Tudo isso para deixar consolidado que o poder de punir pertence ao Estado-juiz e, jamais, à acusação. Ao Ministério Público não compete o poder de punir, mas sim o poder de promover a punição. Como bem salienta Lopes Jr., “o acusador no processo penal não está na posição de ‘credor’ do direito civil, a exigir a adjudicação de um direito próprio. Não é disso que se trata e, portanto, erro primevo da concepção de ‘pretensão punitiva’ tradicionalmente utilizada”²⁵⁰.

Todavia, tem-se uma equivocada conclusão de que o órgão ministerial é um verdadeiro “credor” de uma pena, como se fosse um credor do processo civil exigindo a tutela do seu “bem jurídico”²⁵¹. Em outras palavras, no Direito Civil se fala na “exigência jurídica”, na medida em que há a possibilidade da efetivação do Direito Civil sem que necessite a provocação do órgão jurisdicional para tanto, o que difere do Direito Penal, que só poderá ter a sua concretude depois de um necessário processo penal. Ademais, a pretensão no Direito Civil só nasce a partir de uma resistência: a lide. Assim, o credor, no Direito Civil, exige a satisfação de um direito que, a partir de uma resistência, ele não pode obter. Mais uma vez, herança nociva da Ciência do Direito Processual Unitário Civil.

No entanto, deve-se afastar o conceito de lide do processo penal, porquanto é um instituto específico do Direito Civil: não existe conflito de interesses na *persecutio criminis*. Em outras palavras, a pena só pode ser alcançada a partir do processo penal, de sorte que o acusador, seja ele público ou privado, “não é detentor de um direito material a ser pleiteado em juízo – não há uma pretensão punitiva –, pois possui, tão somente, uma pretensão acusatória exercida em desfavor do acusado”²⁵². Vale dizer, o detentor de um poder oriundo do direito penal material, o poder de punir, é unicamente do Estado-juiz, caracterizado pela sua pretensão punitiva, que, no entanto, não subsiste sem o necessário e devido processo penal.

Dessa forma, corroborando com a aludida premissa, Tiago Mendes afirma que a pretensão destinada ao acusador – a pretensão acusatória – é tão somente uma pretensão

²⁴⁹ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.234.

²⁵⁰ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.200.

²⁵¹ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.55.

²⁵² MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.138.

processual, que consiste num mero poder de acusar, frise-se: não de exigir a pena²⁵³. Portanto, é preciso deixar de lado as acepções civilistas que influenciam indevidamente o processo penal, para que, finalmente, possa-se chegar a um processo penal verdadeiramente garantista, democrático, enfim, acusatório.

3.4.2.4 O princípio da paridade de armas

O princípio da paridade de armas não é expressamente assegurado pela Constituição Republicana, mas fixa a sua essência sob a forma do art. 5º, *caput*, que preceitua que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Ademais, num plano infraconstitucional, não se vislumbra, temerosamente, em matéria penal, o referido princípio. Diante disso, é preciso, novamente, recorrer ao Código de Processo Civil, que, em seu artigo 7º, finca o princípio da igualdade processual, atestando que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

No entanto, a referida legislação processual civil, mais uma vez, não se adequa, perfeitamente, ao processo penal. Isso porque, de logo, percebe-se que o legislador civilista fundamentou a paridade de armas, dentre outros elementos, aos ônus processuais, que, no processo penal, é integralmente da acusação. Nesta linha de intelecção, Fredie Didier Jr. adverte que a referida redação infraconstitucional deve ser entendida de maneira simples: “as partes devem ser tratadas com igualdade”.

No ponto, o processualista delimita o que deve ser entendido por igualdade processual, resumindo-a em quatro aspectos: (a) a imparcialidade do juiz; (b) igualdade no acesso à justiça, sem discriminação; (c) redução das desigualdades que dificultem o acesso à justiça; (d) igualdade no acesso às informações necessárias ao exercício do contraditório²⁵⁴.

Data venia, talvez o que se possa extrair dos ensinamentos de Didier Jr. ao processo penal é a sua acertada advertência de que “o princípio da igualdade no processo costuma revelar-se com mais clareza nos casos em que se criam regras para tratamento diferenciado” e, ainda, quando sustenta que “por mais paradoxal que possa parecer, o tratamento distinto é, em

²⁵³ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.34.

²⁵⁴ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. 22. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p.131.

alguns casos, a principal forma de igualar as partes”²⁵⁵. É justamente desta última premissa que se deve voltar os olhos ao processo penal, vale dizer: a *persecutio criminis* é um instrumento voltado à garantia do débil²⁵⁶, isto é, o hipossuficiente, que, no caso, é sempre o acusado: ele jamais estará em igualdade de armas perante o Estado.

Sobre o tema, o atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schietti, já em 2002, advertia que o sujeito na posição de réu no processo penal está sempre estigmatizado e inferiorizado em razão dos maiores poderes de que dispõe o Estado diante do indivíduo, “máxime na fase preliminar das investigações”. No ponto, arremata o Ministro que, a par disto, “justifica-se o estabelecimento de instrumentos idôneos a equilibrar a balança processual que, de outro modo, penderia sempre a favor da acusação”²⁵⁷.

Com sabedoria, Aury Lopes Jr. elucida o pensamento, ensinando que, ao tempo do crime, a vítima é o sujeito hipossuficiente da relação e, como tal, merece a tutela penal do Estado. No entanto, ao ser deflagrado o processo penal, mediante a pretensão acusatória do Estado-acusador (Ministério Público), opera-se uma modificação no plano da hipossuficiência: todos os olhares se voltam ao acusado, que se torna alvo do poder punitivo estatal e, dessa forma, automaticamente se constitui na parte mais fraca da relação, sofrendo a violência institucionalizada do processo e, posterior e eventualmente, da pena²⁵⁸. Destarte, como bem destaca Guarnieri, o acusado passa a ser o protagonista, vez que ele é o eixo pelo qual giram em torno todos os atos da persecução penal²⁵⁹.

Nesta esteira cognitiva, Welton Roberto é cirúrgico ao afirmar que não se deve conceber, por paridade de armas, apenas “a igualdade de condições que as partes devam se posicionar para o confronto entre o *ius puniendi* e o *status libertatis*”, mas, principalmente, “o nível de reciprocidade com o que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo”²⁶⁰.

Em outras palavras, a igualdade processual – paridade de armas – no âmbito do processo penal não deve, jamais, ser concebido como uma igualdade formal entre o órgão

²⁵⁵ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. 22. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p.121.

²⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

²⁵⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2002, p.101.

²⁵⁸ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.44.

²⁵⁹ GUARNIERI, José. **Las Partes em el Proceso Penal**. Trad. Constancio Bernaldo de Queirós. México, José M. Cajica, 1952, p.272.

²⁶⁰ ROBERTO, Welton. **A Paridade de Armas no Processo Penal Brasileiro: uma concepção do justo processo**. 2011. (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.129.

acusador, estatal, e o acusado, que já entra no processo com o estigma de culpado²⁶¹. Dessa forma, em função das distintas atribuições dos sujeitos que atuam no processo criminal, a ideia de paridade de armas não pode significar, estruturalmente, partes iguais²⁶².

Importante se faz elencar a contraposição erroneamente elencada por Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, que admitiu a igualdade processual na seara criminal, fundamentando-se, em ainda maior absurdo, que este instituto decorre da ideologia garantista de processo penal. *Ipse litteris*:

Descobriu-se, ao longo de reflexão e pesquisa, que a igualdade de armas não existe no Direito Processual Penal, como regra; e descobriu-se, também, que o processo penal não oferece às partes a igualdade de posições. A desigualdade entre as partes, no processo penal, mostra-se, especialmente, na procura da prova e nas medidas cautelares coativas.

A constatação da inexistência da igualdade entre as partes no processo penal não significa contraditório diminuído, tampouco que o processo penal proporcione poucas garantias de justiça. Pelo contrário. Justamente porque a igualdade está em todo o processo, como fundamento e estrutura do devido processo penal, o fato de os sujeitos processuais atuarem de maneira diversa no processo é desimportante. Tanto a defesa efetiva como a acusação terão meios – diferenciados – de produzir a prova necessária à demonstração da verdade.

Assim, embora nem sempre os sujeitos parciais estejam no mesmo plano, e embora não se possa afirmar a paridade de armas, mantida está a igualdade no processo penal.²⁶³

No entanto, esqueceu-se de valorar que a equidade advinda de um sistema garantista não se confunde com a aplicação do princípio da igualdade entre as partes no processo, mas, em verdade, da “paridade de instrumentos em razão da impossibilidade funcional de se igualar atores desiguais”²⁶⁴. *Mutatis mutandis*, é fundamental se ater à máxima constitucional de que é necessário tratar “igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem”²⁶⁵.

Ademais, forçoso trazer à baila, para fins específicos da pesquisa, a atuação do Ministério Público em segundo grau de jurisdição. Sobre o tema, Rogério Schietti descortina evidente desequilíbrio na balança, quando existe a atuação da Procuradoria de Justiça, atuando como suposto “fiscal da lei”. Ora, como bem salienta o Ministro, independentemente

²⁶¹ Sobre o ponto, impede salientar que a própria existência de uma imputação caracteriza, *per si*, uma relação de desequilíbrio entre o investigado e o Estado, em razão de diversas influências externas, tais como a manifesta raiz punitivista do processo penal, bem como os anseios de uma sociedade galgada pela rápida e “efetiva” resposta do Estado, sempre atrelada a um único fim: a seleção de um bode expiatório.

²⁶² ROBERTO, Welton. A Paridade de Armas no Processo Penal Brasileiro: uma concepção do justo processo. 2011. (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.130.

²⁶³ COSTA, Paula Bajer Fernandes. **A igualdade no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.10.

²⁶⁴ ROBERTO, Welton. A Paridade de Armas no Processo Penal Brasileiro: uma concepção do justo processo. 2011. (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, p.130.

²⁶⁵ CUNHA Jr., Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p.537.

do natureza jurídica que se atribui ao *parquet* na instância recursal – seja parte ou mero fiscal da lei –, o fato é que uma elementar peça processual, dotada de tamanho poder de captura da psique do magistrado, é juntada aos autos pelo mesmo órgão que promoveu a ação penal, que, como bem adverte Rogério Schietti, “órgão este regido pelos princípios da unidade e da indivisibilidade, do que resulta ser irrelevante alegar ter sido a denúncia assinada por um promotor de justiça e o parecer por um procurador de justiça. Ambos, na verdade, falam em nome de uma mesma instituição”²⁶⁶.

Neste prisma, o Ministério Público, em sede recursal, goza de evidente superioridade, ainda que numérica, perante a defesa, ferindo, inclusive, a regra processual de que a defesa deve ser a última a se manifestar nos autos.

Dito isto, em suma, tem-se que é imperiosa, mais uma vez, a ruptura da acepção civilista no processo penal, de sorte a entender que o princípio da paridade de armas no processo penal difere, também, daquele engendrado no processo civil. Com efeito, é preciso compreender o sistema garantista não como um fenômeno a favor da impunidade, mas sim um mecanismo oriundo dos direitos fundamentais, necessário ao freio das arbitrariedades do poder punitivo estatal. Destarte, ter em mente que o acusado já veste o manto da culpa ao figurar como mero investigado em fase preliminar, é compreender que ele já entra no processo em disparidade de armas, de sorte que o Estado Constitucional e Democrático precisa fornecer-lhe garantias absolutas, a fim de tornar a guerra, que é o processo criminal, uma guerra justa²⁶⁷.

²⁶⁶ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2002, p.122.

²⁶⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Para entender o direito a partir da metáfora da teoria dos jogos. In: KHALED Jr., Salah (Coord.). **Sistema Penal e Poder Punitivo**: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr. Belo Horizonte: Casa do Direito, Letramento, 2020, p.48-64.

4 O DIREITO AO RECURSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O recurso, cujas noções primárias já foram antecipadas algures, encontra quase que uníssono conceito entre as doutrinas processuais penais e civis. Este fenômeno ocorre, evidentemente, em razão de uma temerosa e indevida influência da Ciência do Direito Processual Civil, metodologicamente construído, no processo penal, que, como visto, é carente de qualquer criação científica sólida.

Com efeito, apenas à guisa de ratificação, tem-se, de maneira majoritária, na doutrina brasileira, que a natureza jurídica dos recursos consiste em um prolongamento do direito de ação. Neste prisma, Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes lecionam que o recurso é “aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa”²⁶⁸. De maneira semelhante, Mauricio Zanoide de Moraes alega que o recurso é um mero prolongamento da ação, diferenciando-se, pois, das ações autônomas de impugnação, que dão origem a novo processo²⁶⁹. Por fim, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha ensinam, com extrema afinidade aos demais doutrinadores, que o recurso é “simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo”²⁷⁰.

No entanto, estes últimos autores se desincumbiram de clarificar que o conceito de recurso não pertence à Teoria Geral do Direito – o que facilitará o entendimento e legitimidade do que se proporá nas linhas ulteriores. Em outras palavras, amparando-se nos ensinamentos anteriormente expostos pelo próprio Fredie Didier Jr., a Teoria Geral do Direito cuida de delimitar as categorias jurídico-fundamentais e, portanto, atinentes a todo e qualquer sistema processual. No entanto, o conceito de recurso é oriundo de uma classe jurídico-positiva, de sorte que depende da análise de um dado ordenamento jurídico²⁷¹ – ou, no caso, do sistema processual.

Portanto, toda e qualquer semelhança vislumbrada entre a natureza jurídica dos recursos atribuídos por processualistas penais e processualistas civis é temerária. É preciso, urgentemente, romper com a acepção civilista de que a natureza jurídica do recurso é um

²⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.32.

²⁶⁹ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.38.

²⁷⁰ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro Da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021, p.124.

²⁷¹ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro Da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021, p.124.

prolongamento da ação, vez que tal noção serve apenas ao processo civil, cujo objeto destoa, e muito, dos institutos jurídicos tutelados pelo processo penal. Em outras palavras, na criação de uma Ciência do Direito Processual Unitário Penal, a natureza jurídica do recurso lá presente deverá ser, invariavelmente, afastada da ideia de prolongamento do direito de ação.

Como bem destaca Tiago Mendes, a acepção civilista, de logo, cuida de confundir duas categorias distintas que são a “ação” e o “processo”. Vale dizer, o direito de ação, no processo penal, corresponde ao direito potestativo – e não subjetivo – que o acusador tem de mover a máquina judiciária, na busca de legitimar a pretensão punitiva do Estado-juiz. Isto é, uma vez exercida a ação para dar início ao processo penal, esta se esgota, não havendo mais que se falar em ação, pois esta se exauriu, de forma que o que está em curso, a partir deste momento, é o processo penal²⁷².

Em lealdade ao debate, em que pese a confusão entre “ação” e “processo” seja um grande equívoco, a ela não se resume a problemática da natureza jurídica dos recursos. Há, ainda, alguns institutos a serem discutidos, para se chegar à raiz do problema, para, enfim, delimitar as acepções válidas e inerentes ao processo penal, enquanto microsistema autônomo, dentro de um ordenamento jurídico nacional.

4.1 A NECESSIDADE DO ABANDONO DA CIÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL NA BUSCA POR UMA TEORIA GERAL DOS RECURSOS ATINENTE AO PROCESSO PENAL: A TEORIA DA ACUSAÇÃO COMO UMA IMPRESCINDÍVEL SUBSTITUTA DA TEORIA DA AÇÃO

Tiago Mendes ensina que todas as categorias subsistentes do sistema recursal são oriundas de uma Teoria Geral dos Recursos, que, por sua vez, nasceu a partir da Teoria Geral do Processo – afirmando, por fim, que esta serve ao processo civil. No entanto, consoante já exposto, o alvo apontado por, principalmente, Mendes e Aury Lopes Jr. é “inocente”, por assim dizer. Em analogia à *persecutio criminis*, faltou assegurar as “garantias fundamentais” da Teoria Geral do Processo na condição de ré, o que, por sua vez, torna ilegítima a sentença prolatada pela esmagadora maioria da doutrina que critica a (con) fusão entre os sistemas processuais civil e penal. Trata-se, replicando as palavras de Didier Jr., de flagrante *aberratio ictus*, na medida em que a verdadeira culpada é a Ciência do Direito Processual Unitário Civil.

²⁷² MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.24.

Todavia, fazendo apenas a troca dos sujeitos no banco dos réus criado pelos processualistas penais – e, aqui, refletido nas lições de Tiago Mendes –, reconhece-se que as críticas são determinantes. Isto é: o processo penal insiste em tomar as categorias do processo civil emprestadas, como se fossem roupas velhas da irmã preterida²⁷³. Apesar de já cristalizado em capítulo anterior, é necessário rememorar-se que todas as críticas tomadas a respeito da Teoria Geral do Processo, no presente trabalho, deverão ser interpretadas como críticas à Ciência do Direito Processual Civil Unitário, na medida em que, se não inexistente, é demasiado escasso qualquer trabalho, em âmbito processual penal, que toma por base as imprescindíveis e contemporâneas lições de Fredie Didier Jr.

Nestes termos, no mesmo sentido de Mendes, Flávio Mirza adverte que, muito embora se entenda a evidente importância dos institutos estudados na “Teoria Geral do Processo” – leia-se: Direito Processual Civil Unitário –, “sua excessiva influência pelo Processo Civil acaba afastando a necessária adequação de diversos conceitos, bem como suas aplicações e efeitos”, no tocante às demais vertentes processuais – é dizer, outras ciências processuais unitárias –, “desconsiderando que a própria existência das subdivisões Processo Civil, Penal e do Trabalho, bem como a instrumentalidade necessária entre o direito processual e as diversas espécies de direito material a eles vinculados, denotam evidentes diferenças”²⁷⁴.

Por fim, importante adendo faz Francesco Carnelutti ao clarificar que o processo civil lida com o “ter”, enquanto o processo penal cuida do “ser”²⁷⁵, isto é, a liberdade – bem jurídico mais importante depois do direito à vida – não está em jogo no processo civil – salvo a exceção da ação de alimentos –, o que justifica a necessidade de distinção entre os institutos aplicados a cada um desses sistemas²⁷⁶.

Em tempo, imperioso trazer à baila que a discussão acerca da teoria adotada pelo processo penal vai influenciar, diretamente, no sistema recursal, máxime na natureza jurídica dos recursos²⁷⁷, ponto chave para o desfecho da hipótese levantada.

²⁷³ CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 1, parte 1, Padova: CEDAM, 1946, p.73-78.

²⁷⁴ MIRZA, Flávio. A coisa julgada penal como garantia fundamental do réu: uma visão comparativa Brasil-EUA. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 10, vol. 17, num. 2, 2016, (p. 191-233), p.205-206. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/26603>>. Acesso em: 03 out. 2021.

²⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 1, parte 1, Padova: CEDAM, 1946, p.73-78.

²⁷⁶ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.30.

²⁷⁷ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.33.

Dito isto, forçoso compreender que o Direito Civil adota a Teoria Ação – que ganhou forte destaque e aderência com as concepções de Liebman – segundo a qual a ação é um direito subjetivo instrumental correlato com a sujeição e instrumentalidade conexo a uma pretensão material²⁷⁸. Ocorre que, consoante será delineado, este conceito de ação não se amolda ao processo penal, vez que os institutos e o próprio objeto dos dois sistemas processuais em comento (civil e penal) são invariavelmente distintos. Reforçando esta tese, basta analisar as lições de Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini e Antonio Cintra, que, sobre a natureza jurídica de ação, discorrem que “entre os direitos públicos subjetivos, caracteriza-se mais especificamente como direito cívico, por ter como objeto uma prestação positiva por parte do Estado: a *facultas agendi* do indivíduo é substituída pela *facultas exigendi*”²⁷⁹.

Neste prisma, faz-se necessário tecer algumas críticas ao que se entende, de maneira dominante, por ação. No ponto, trazendo conceitos de renomados autores processuais penais, Guilherme de Souza Nucci, em ensinamento, com todas as vênias, acrítico e viciado, dispõe que o “direito de peticionar ao Poder Judiciário para obtenção de uma decisão aplicando a norma ao caso concreto, disciplinando conflitos de interesses fazendo valer o poder punitivo do Estado, denomina-se direito de ação”²⁸⁰.

Nesta linha de intelecção, recorrendo às lições de Vicente Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Domínguez, é inegável que o sistema de recursos do processo penal atual não comporta qualquer diferença com o sistema adotado pelo processo civil, de sorte que fazem a utilização de instrumentos conceitualmente idênticos – exemplificam os autores com os embargos de declaração, que possui nome e cabimento indistintamente em ambos os sistemas –, mas ponderam que as semelhanças e diferenças se esgotam – ou deveriam se esgotar – no prisma conceitual. Com efeito, advertem os autores espanhóis que a aplicação indistinta – e, portanto, acrítica – dos mesmos instrumentos jurídicos engendra a produção de resultados ilógicos, eufemicamente falando, porquanto aplicados, de maneira idêntica, em sistemas diametralmente distantes, em face dos bens jurídicos tutelados em cada uma dessas ciências²⁸¹.

²⁷⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.269-271.

²⁷⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.271.

²⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.851.

²⁸¹ GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Vctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho procesal penal**. 3. ed. Madrid: Editorial Colex, 1999, p.703-704.

À luz desta cognição, é preciso entender que a ação penal difere, ontologicamente, da ação civil, na medida em que a jurisdição penal, nas palavras de Rubens Casara, é imprescindível à aplicação do direito penal material (adequando-se, portanto, ao princípio da necessidade), o que não ocorre no direito civil. Em outras palavras, a ação civil só existe em razão de uma pretensão resistida, face a um direito que poderia ter sido satisfeito sem que, para isso, fosse preciso haver ação – e, então, processo. Vale dizer, a ação penal, ao contrário da ação de natureza cível, não se constitui em um direito público e subjetivo para alcançar a tutela jurisdicional do Estado, senão um poder-dever do Estado²⁸².

Em semelhante sentido, Aury Lopes Jr. adverte que o principal erro está em transportar as categorias do processo civil ao processo penal, tornando o Ministério Público um verdadeiro “credor” de uma pena, à semelhança do credor do processo civil postulando seu “bem jurídico”²⁸³. O autor reflete que tal transposição inadequada ocorre a partir da concepção de Karl Binding, que trouxe à luz a ideia da pretensão punitiva, isto é, Binding, ao afirmar que o Ministério Público goza de uma “pretensão punitiva”, colocou o *parquet* numa posição de credor de uma pena, na medida em que foi inculcado na doutrina processual penal a ideia de que o órgão ministerial, diante de um ato criminoso, passa a gozar de um direito subjetivo de exigir que o autor do fato seja punido²⁸⁴.

Aliás, a própria ideia de ação redimensionada ao processo penal como “ação pública” e “ação privada” é errônea, na medida em que toda ação penal é pública, de modo que o correto a ser falado é “ação pública de iniciativa pública” ou “ação pública de iniciativa privada”. Afinal, toda ação penal é de natureza pública, porquanto tem como função, sempre, a satisfação de um direito público de provocar o poder punitivo do Estado-juiz, independentemente se tal provocação teve iniciativa pública ou se formou-se a partir do ajuizamento de uma queixa-crime²⁸⁵.

Em outras palavras, como cediço, o Direito Civil acontece no dia a dia, a todo momento, em relações jurídicas travadas entre credor e devedor – que, note-se, não possuem uma relação inerentemente conflituosa, mas de interesses complementares –, em cada situação cotidiana. Neste prisma, o Poder Judiciário só é acionado quando há um direito subjetivo de

²⁸² CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.503-504.

²⁸³ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.314.

²⁸⁴ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.314.

²⁸⁵ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.33.

um credor e uma resistência de um devedor, o que atrai um conflito de interesses a ser dirimido no âmbito do Judiciário – o que, diga-se, inexistente no processo penal, de forma que é atécnico falar que existe uma lide penal²⁸⁶. Todavia, é necessário salientar: o direito civil é anterior ao conflito de interesses, de modo que ele poderá – e esta é a regra – ser satisfeito sem a construção de qualquer litígio.

De outro ângulo, não é assim que ocorre com o processo penal. O direito penal material, para ser concretizado, é preciso traçar um caminho obrigatório e, por isso mesmo, é regido pelo princípio da necessidade. Vale dizer, na ocorrência de um crime, nasce ao Ministério Público (ou ao acusador privado, em caso de delitos cuja ação penal seja de iniciativa privada) o mero direito potestativo – e não subjetivo – de movimentar o Poder Judiciário. Nestes termos, Aury Lopes Jr. ensina, com maestria, que “o acusador detém um direito potestativo de acusar, que nasce com o delito e é dirigido ao tribunal”²⁸⁷. E continua o processualista, advertindo que, a partir da existência de um delito, nasce para o Estado-juiz o poder de punir, que corresponde exclusivamente ao juiz, condicionado, por sua vez, ao exercício e admissão da pretensão acusatória do órgão ministerial (ou do ofendido, a depender da natureza do crime)²⁸⁸.

Nessa mesma esteira, Ricardo Gloeckner e Augusto Jobim do Amaral contribuem ao aduzirem que o acusador, no processo penal, exerce o *ius ut procedatur*²⁸⁹, vale dizer, o direito de proceder contra alguém em juízo. Ainda, Gomez Orbaneja, em parceria com Herce

²⁸⁶ Sobre o tema, Aury Lopes Jr. é ferrenho defensor da inexistência de uma lide penal, porquanto é impossível haver pena sem sentença, pela simples e voluntária submissão do réu. Desse modo, afirma que o conceito de lide deve ser abandonado do processo penal, na medida em que o poder de punir é condicionado ao processo penal, por exigência do princípio da necessidade (LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.72). Nesse mesmo sentido, Mendes atesta que inexistente conflito de interesses no processo penal entre Ministério Público e acusado, vez que, primeiramente, a liberdade não é um interesse individual ou subjetivo, mas um direito fundamental, e, em segundo lugar, haja vista que o *parquet* não detém uma exigência punitiva, mas tão somente o direito potestativo de proceder contra alguém, se cumprido o *standard* probatório necessário para o oferecimento da inicial acusatória (MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.33). Por outro lado, Fredie Didier Jr. critica este posicionamento, aduzindo que “se é certo que a existência de lide não é pressuposto do processo penal, também é certo afirmar que, em alguns casos, haverá conflito de interesse do denunciado, que não pretende ser punido. Pode-se até dar outro nome a essa situação, mas não deixará de ser, por isso, um conflito de pretensões (lide)” (DIDIER Jr., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p.127).

²⁸⁷ Nesse mesmo sentido, Alcalá-Zamora y Castillo e Ricardo Levene advertem que a ação penal não se dirige “contra” o sujeito passivo, mas sim “ao” tribunal, que, como legítimo e exclusivo detentor do poder de punir, poderá exercê-lo, uma vez acolhida a pretensão acusatória (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE HIJO, Ricardo. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda., 1945, t. II, p.62-63).

²⁸⁸ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.171.

²⁸⁹ AMARAL, Augusto Jobim do. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito de ação no processo penal: polêmicas e horizontes possíveis. **Revista eletrônica do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)**, Rio Grande do Sul, v. 13, n. 03, 2018, p.1016-1042. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30765>>. Acesso em: 4 out. 2021.

Quemada, definem a ação penal como uma faculdade de iniciativa processual, percebendo a ação “*como el derecho meramente formal de acusar*”²⁹⁰. E continua, sustentado que “*mediante la acusación no se hace valer una exigencia punitiva, sino se crea tan sólo el presupuesto necesario para que el órgano jurisdiccionales pueda proceder a la averiguación del delito y de su autor e imponer la pena al culpable*”²⁹¹.

Todavia, como se observa expressamente do magistério de Cintra, Dinamarco e Grinover – esta última, inclusive, atuante na área criminal –, de maneira errônea, afirmam que as conclusões a que se chega acerca da natureza jurídica da ação no processo civil se aplicam, de igual forma, ao processo penal – o que é amplamente aceito pela doutrina nacional. Na espécie, explicam os autores que as normas penais impõem à sociedade uma obrigação de comportar-se de certa maneira, sob pena de sofrer as sanções previstas em lei. Sendo assim, da violação de uma norma penal abstrata, nasce a pretensão punitiva do Estado, que se opõe ao direito de liberdade do infrator²⁹². Sucede, todavia, que a pretensão punitiva que nasceu da violação à norma penal não se dirige ao Ministério Público ou querelante, vez que, conforme exposto, estes possuem, tão somente, a pretensão acusatória, vale dizer, o direito potestativo (poder) de proceder contra o suposto criminoso, jamais uma exigência de satisfação de um direito subjetivo (de apenar).

Neste paralelo, inexistente no processo penal uma pretensão resistida, tal como ocorre no direito civil, na medida em que o poder de punir não pode ocorrer, de forma alguma, fora do processo penal, em atenção ao princípio da necessidade. Dessa maneira, ao contrário da pretensão do autor no processo civil, James Goldschmidt explica que, na seara criminal, o acusador não possui qualquer exigência punitiva, por dois motivos: *primus*, em razão do já mencionado princípio da necessidade, em que inexistente pena sem um devido processo legal e, em segundo lugar, porque o acusador não roga por um direito que lhe pertence, vez que ele não detém o direito de punir (pretensão punitiva), mas, tão somente, de acusar (pretensão acusatória)²⁹³.

²⁹⁰ “Como o direito meramente formal de acusar”. (Tradução livre).

²⁹¹ “mediante a acusação não se faz valer uma exigência punitiva, mas tão somente o pressuposto necessário para que o órgão jurisdiccionales possa proceder à averiguação do delito e do seu autor e aplicar a pena ao culpado.” (Tradução livre). GÓMEZ ORBANEJA, Emílio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Dececho Procesal Penal*. 10. ed. Madri: Artes Gráficas y Ediciones S. A., 1987, p.89-90.

²⁹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.272.

²⁹³ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*: conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona: Bosch, 1935, p.754-757.

Em arremate, Mendes sintetiza magistralmente a ideia, ao afirmar que é por esta razão que se deve evoluir da ideia de direito público e subjetivo, para o reconhecimento de que, no processo penal, o que existe é um poder público, autônomo e abstrato, isto é, um poder autônomo de acusar, que condiciona o poder de punir, de titularidade exclusiva do Estado-juiz, na medida em que “ação penal” se trata de um direito meramente formal de acusar, não sendo, *per si*, suficiente para deflagrar a exigência de que o autor do delito seja punido, mas, tão somente, a invocação do poder jurisdicional, que é o verdadeiro detentor deste poder, haja vista que “não é lícito falar em um direito de punir preexistente”²⁹⁴.

Por fim, no mesmo sentido, apenas ratificando o entendimento exposto, Elmir Duclerc descreve a ação penal como o “poder autônomo e abstrato de invocar a atuação da jurisdição penal, com finalidade de constituir o poder jurídico estatal de punir, efetivá-lo concretamente, ou assegurar a sua implementação futura”²⁹⁵ ou, nas palavras de Aury Lopes Jr, “um poder jurídico constitucional de invocação da tutela jurisdicional e que exterioriza por meio de uma declaração petítória (acusação formalizada) de que existe o direito potestativo de acusar e que procede a aplicação do poder punitivo estatal”²⁹⁶.

Ou seja, é preciso se ter em mente que, ao contrário do direito civil, que funciona de maneira dinâmica, sem a necessidade de um processo para tanto, o direito penal material é um sistema jurídico invariavelmente estático, do qual necessita da invocação da jurisdição (direito de ação), do devido processo legal e, por fim, de uma sentença transitada em julgado, para que se ponha efetividade às normas contidas no diploma repressor material. Noutros dizeres, como bem sintetiza Mendes, o direito penal material existe de forma prévia tão somente quanto ao seu preceito primário, vez que abstrato e estático, de sorte que o preceito secundário, de onde decorre o viés punitivo, “somente se alcança no processo penal com o reconhecimento da pretensão acusatória fazendo aflorar o poder punitivo estatal”²⁹⁷.

Dito isto, o atual conceito de ação precisa ser abandonado, na medida em que o Estado-acusador, ou mesmo o acusador privado, não exercem qualquer direito subjetivo, senão um direito potestativo (poder) de acionar a jurisdição, movida pela sua pretensão

²⁹⁴ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.35.

²⁹⁵ DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.112.

²⁹⁶ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 172.

²⁹⁷ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.35.

acusatória (e não punitiva). Com efeito, a acusação é um poder limitado e regulado, não existindo um direito subjetivo de apenar²⁹⁸.

Nesta linha de cognição, a ideia é afastar o conceito de ação usualmente utilizado ao processo penal – vez que transportado acriticamente pela ciência do direito processual civil unitário –, passando-se a utilizar de um conceito diferente para se referir ao poder de proceder no processo penal, tanto para fins didáticos de descrição, quanto para fundamentá-lo de maneira adequada ao processo penal²⁹⁹. Isso porque:

[...] diferentemente da ação civil – que corresponde à exigência civil frente a outra pessoa (particular) e à exigência de proteção jurídica frente ao Estado –, a ação penal corresponde à exigência punitiva e ao direito de acusar, e esse contraste de natureza implica uma necessária distinção que não se limita à nomenclatura ação civil e ação penal, mas sim, a “ação” e “acusação”, tal como explica James Goldschmidt criticando o conceito de ação penal e visando uma evolução para acusação (teoria da acusação).³⁰⁰

Logo, diferentemente da natureza jurídica de ação no âmbito do processo civil, no processo penal, a ação é sinônimo de pretensão, isto é, “o poder jurídico de acudir aos tribunais para ver satisfeita uma pretensão”³⁰¹. Portanto, ao acionar o Poder Judiciário, através de uma declaração petitória, que se consubstancia na peça denominada de “denúncia” ou “queixa-crime”, o titular exerce o seu direito de ação (leia-se poder) e ali se esgota, não mais havendo o que se falar em “ação”, mas sim em “processo”, que terá o seu objeto satisfeito independente da sentença: seja ela condenatória, seja ela absolutória³⁰².

4.2 A NATUREZA JURÍDICA DOS RECURSOS

Inserindo-se na discussão acerca da natureza jurídica dos recursos, de maneira mais sólida, elementar recordar que a doutrina pátria predominante acerca da matéria entende que o recurso é um desdobramento da ação penal. Em outras palavras, essa corrente defende que o recurso seria uma “continuidade da relação jurídica processual que subsiste pelo

²⁹⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p.47-61, 2011, p.56-57.

²⁹⁹ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p.161.

³⁰⁰ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.36.

³⁰¹ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 172.

³⁰² LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.181.

inconformismo de uma das partes, ou de ambas, com o provimento jurisdicional obtido em primeiro grau”³⁰³.

Todavia, primordial lição traz Gustavo Badaró, ao afirmar, em consonância com o quanto já exposto por Fredie Didier Jr., em linhas anteriores, que o sistema recursal está diretamente ligado ao direito posto de cada país³⁰⁴, o que significa dizer que se trata de conceitos jurídico-positivos. Neste prisma, a natureza jurídica dos recursos no direito brasileiro leva em consideração o ordenamento pátrio, o que, conforme já defendido outrora, deve ser desmembrado em sistemas processuais distintos, dentro de um mesmo Direito uno, na medida em que não pode a ciência do processo penal encontrar sua infraestrutura na ciência do processo civil unitário, sob pena de o autoritarismo continuar impondo suas raízes em um sistema que deve ter por finalidade a proteção do débil, à luz de um Estado verdadeiramente Constitucional.

Isto posto, cumpre salientar que a aceção dominante acerca da natureza jurídica dos recursos é alvo de críticas contundentes pela doutrina processual penal mais moderna, com razão. *Ab initio*, Gustavo Badaró faz interessante observação, ao afirmar que é atécnica tal teoria, porquanto é perfeitamente possível a interposição de recurso antes mesmo da provocação da ação penal. Noutros dizeres, nesta ocasião, não haveria que se falar em desdobramento da ação penal, vez que ela sequer fora deflagrada³⁰⁵.

Ademais, conforme debruçado – e sempre importante ressaltar ao longo da pesquisa –, é preciso aceitar que o direito de ação é exercido com a simples procura por uma atividade jurisdicional. Ou seja, após o seu exercício, ela não se prolonga no tempo: resta consumada e, portanto, se extingue tão logo a denúncia seja recebida³⁰⁶. Vale repisar à exaustão que tal cognição é enraizada no processo civil, que entende o recurso como “simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo”³⁰⁷, sendo, portanto, “conteúdo do direito de ação”³⁰⁸. Conforme as lições de Ricardo Gloeckner, essa

³⁰³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 15. ed. reestrut. revis. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p.1464.

³⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.32.

³⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.33.

³⁰⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito Fundamental ao Recurso no Processo Penal. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v.6. n.11. Curitiba, 2014 (183-214), p.199. Disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/36>>. Acesso em: 11 out. 2021.

³⁰⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.236.

³⁰⁸ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro Da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021, p.124.

percepção legítima a bilateralidade recursal, que deve ser desentranhada do processo penal, pois, ao enxergar o recurso como desdobramento do direito de ação ou de defesa, isto é, se o recurso é mero prolongamento da relação jurídica processual, tal ferramenta deve ser concedida para ambas as partes³⁰⁹.

Dessa forma, a ideia do recurso como mera dilatação processual abre portas para que seja exercido uma ampliação da tentativa de condenação do imputado, retrocedendo, portanto, à ideia antiquada da condenação a qualquer custo³¹⁰.

No mesmo sentido, é inviável falar que o acusado, ao recorrer, estará prolongando o seu direito de defesa, na medida em que o imputado, quando interpõe recurso, não está prolongando a relação processual, mas tão somente evitando o trânsito em julgado da sentença condenatória e, assim, mantendo intacta a mesma relação processual³¹¹.

Nesta linha de intelecção, em linhas anteriores foi proposto a adoção da teoria da acusação para o processo penal, em detrimento da sedimentada teoria da ação, transportada acriticamente pela ciência do direito processual civil. Fincada essa premissa, e afastando, por completo, a acepção civilista de que o recurso é um mero desdobramento do direito de ação ou de defesa, forçoso responder à pergunta-base da discussão em paradigma: qual a natureza jurídica dos recursos no âmbito de uma ciência do direito processual penal?

Para responder a este questionamento, necessário recorrer, sucintamente, às linhas preliminares, para lembrar que os recursos surgiram dentro de um Direito inquisitório, como mero instrumento de aglutinação do poder nas mãos de uma figura: a do Monarca. Neste prisma, o tradicional efeito devolutivo dos recursos em geral é proveniente de uma acepção absolutista, tornando o recurso como um mero mecanismo de controle das decisões jurisdicionais daqueles que teve poder decisório delegado pelo Monarca.

Nesta esteira, Mendes alerta que a origem do sistema recursal enraizada em um sistema inquisitivo de processo envenena diversos institutos atuais, encobertos pelo véu da pós-democracia, de modo a trazer consequências autoritárias e antidemocráticas a diversos elementos provenientes do processo de impugnação³¹².

³⁰⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.45.

³¹⁰ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.39.

³¹¹ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.42.

³¹² MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.20

No mesmo paradigma, Maier traz importante lição ao advertir que, em razão da gênese do recurso se encontrar no sistema inquisitivo, a sua finalidade sempre foi – e ainda continua – um controle burocrático e não uma garantia da população contra o poder punitivo estatal³¹³. Em outras palavras, Lorena Bachmaier Winter identifica um grau recursal que não se perfaz como uma garantia do imputado, mas sim como uma ferramenta de controle sobre o procedimento e a legislação aplicada pelo juízo *a quo*, o que reflete um resquício característico do processo penal inquisitório³¹⁴.

Dito isto, a resposta da pergunta conjecturada em linhas anteriores é, de forma simples: a natureza jurídica dos recursos, segundo uma análise verdadeiramente democrática, à luz de um controle constitucional e convencional – que será delineado ulteriormente –, é um direito-garantia dos acusados, frente ao poder punitivo do Estado-juiz. Nesse sentido, nas palavras de Tiago Mendes, os recursos, na Ciência do Direito Processual Penal Unitário, devem ter a evolução da concepção de “controle do ato decisório” para um “controle do exercício do poder de julgar e de punir”, vale dizer, “um controle do Poder e não para o Poder, mas pelo indivíduo e para garantir”³¹⁵.

Neste prisma, a ideia de controle, consoante as palavras de Julio Maier, tal como se entende hoje, deve ser repaginada, para que este controle se torne, em verdade, uma garantia ao imputado de correr o menor risco possível de sofrer um erro judicial, adaptando-o, portanto, à ideia do Estado Democrático de Direito³¹⁶.

Fincada essa premissa, imperioso retirar a ideia imediata de que os recursos no processo penal são meros prolongamentos do direito de ação, vez que esta concepção é fruto de uma construção do processo civil e atecnicamente transportada ao processo penal, amparado por forte e bem-conceituada doutrina brasileira³¹⁷. Apenas à guisa de elucidação, nas lições retiradas da obra de Maurício Zanoide de Moraes, verifica-se que ele conceitua a natureza jurídica dos recursos como um prolongamento do direito de ação, a partir de

³¹³ MAIER, Julio B. Prólogo. In: Maier, Julio B. J.; BOVINO, Alberto; CANTÓN, Fernando Díaz. *Los recursos en el procedimiento penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

³¹⁴ BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.65.

³¹⁵ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.21.

³¹⁶ MAIER, Julio B. *¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales?* **Revista Cuadernos de la Escuela del Servicio de Justicia**. Ano I. n.2. Ediciones Infojus. 2015, p.5. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/julio-maier-hacia-nuevo-sistema-control-decisiones-judiciales-dacf150688-2015-09/123456789-0abc-defg8860-51fcanirtcod>>. Acesso em 17 out. 2021.

³¹⁷ Além dos já mencionados em linhas anteriores, encontra-se esta perspectiva, ainda: MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.38. Bem como: GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.32.

referências consolidadas no âmbito do processo civil³¹⁸, confirmando, portanto, o transporte ilegítimo dos institutos civilistas ao direito processual penal.

Dito isto, é preciso lembrar que o direito processual civil lida com o “ter”, enquanto o direito processual penal resguarda o “ser”, o que, *per si*, torna inviável a utilização das acepções civilistas no direito processual penal, na medida em que a liberdade somente está em jogo no processo penal. Neste prisma, resta claro que, diferentemente do processo civil, no processo penal o recurso não pode ser concebido como um simples direito à tutela efetiva³¹⁹, mas como uma garantia fundamental do acusado contra o poder punitivo estatal – e, portanto, não há como se pensar neste mesmo direito ao acusador, nos termos que serão detalhados ulteriormente.

Noutros dizeres, como bem afirma Vinicius Gomes de Vasconcellos, de uma maneira paradoxal, é preciso reinterpretar o sistema de impugnação, originalmente enraizado no sistema inquisitivo, concebido como um mecanismo de instrumento de concentração de poder, para concretizá-lo como um “direito individual do condenado, voltado à limitação da pretensão punitiva estatal”³²⁰.

Nesta linha de intelecção, o fato de se ter a ideia de um sistema impugnativo apenas como controle burocrático, com a finalidade de filtrar as decisões judiciais e evitar erros não opera por si só³²¹, na medida em que, se assim, fosse, haveria de existir um reexame necessário atinente a todos os casos penais³²². Destarte, de forma conjunta com a redução das possibilidades de erros e abusos a partir da atividade de revisão das sentenças condenatórias, forçosa a concretização do sistema recursal, no direito processual penal, como garantia do

³¹⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.38. No ponto, Maurício Zanoide firma sua base em autores como Cândido Dinamarco, em sua obra *Execução Civil*, além de Greco Filho, em *Direito Processual*, e Donaldo Armelin, na sua obra *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*.

³¹⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutórias en apelación y casación: principio de inmediación y derecho de defensa*. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. 3. Época, n.9 (enero 2013), págs.111-142, p.112. Disponível em: <<http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24576>>. Acesso em: 17 out. 2021.

³²⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.38.

³²¹ FERRETI, Carlos del Río. *Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal*. **Estudios Constitucionales**. Año 10. n.1. 2012, pp.245-288, p.251. Disponível em: <https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100007>. Acesso em: 17 out. 2021.

³²² LARA LÓPEZ, Antonio María. *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p.47.

acusado, faculdade esta que depende de sua iniciativa para que a segunda instância seja realizada na *persecutio criminis*³²³.

Em arremate, conclui Vasconcellos que a impugnação de uma decisão condenatória na esfera criminal é sustentada pela razão de que “o recurso no processo penal não se fundamenta em aspectos subjetivos das partes envolvidas no processo e da sociedade diante da tutela jurisdicional, mas, na verdade, em elemento dogmaticamente mais objetivo, qual seja, o controle do poder punitivo” e não, tão somente, o controle burocrático das decisões penais³²⁴.

4.3 A LEGITIMIDADE PARA RECORRER

Ao tratar de legitimidade para recorrer, remete-se, de logo, à titularidade dos recursos, o que, em última instância, conduz à busca daqueles que detêm o pertencimento do direito de recorrer no processo penal³²⁵. No ponto, para discorrer sobre a matéria é imprescindível adentrar ao escopo da legitimidade e do interesse recursal³²⁶, temas que são tratados pela doutrina como condições de admissibilidade dos recursos³²⁷, fazendo voltar à já refutada natureza jurídica do recurso como mero prolongamento do direito de ação.

Nesse contexto civilista é que foi assentada a ideia de que a titularidade do direito de recorrer pertence às partes processuais (Ministério Público e partes privadas), em idêntica semântica ao que se encontra no direito processual civil³²⁸.

Em caráter preliminar, extrai-se do art. 577, *caput*³²⁹, do Código de Processo Penal a legitimidade do Ministério Público para interpor recursos. No ponto, o parágrafo primeiro do

³²³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.47.

³²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.48.

³²⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.72.

³²⁶ LETELIER LOYOLA, Enrique. *El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Barcelona: Atelier, 2013, p.152.

³²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.72-73.

³²⁸ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.120.

³²⁹ “Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor”.

aludido dispositivo legal traz um texto importante ao debate: “Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão”.

Nesta linha de cognição, percebe-se que um dos pressupostos necessários para a interposição de recurso no processo penal é o chamado “interesse de agir”. No ponto, o interesse de agir se trata de um conceito lógico-jurídico – e, portanto, da Teoria Geral do Processo – de sorte que não é o seu termo, em específico, que causa anomalias ao processo penal. Noutra prisma, o problema que se detecta é o transporte indevido do interesse de agir na qualidade de conceito jurídico-positivo, estabelecido pela Ciência do Direito Processual Civil Unitário, ao processo penal.

Isso porque o interesse de agir, no âmbito civil, está intimamente relacionado com a ideia de sucumbência, que, nas lições de Maurício Zanoide de Moraes, é um conceito criado para o processo civil, desenvolvido na Alemanha e transportado ao direito italiano pela obra de Chiovenda. Para o italiano, sucumbente é aquele vencido na luta judicial, isto é, a parte em que teve sentença proferida em termos distintos ao que pedido³³⁰. Neste contexto, Del Pozzo reconhece que o interesse e o desdobramentos deste conceito é um instituto criado e desenvolvido para atender ao processo civil, que, em alguns pontos, é adaptado ao processo penal³³¹ – tornando ainda mais evidente a fábula já delineada acerca do “primo pobre”.

Com efeito, já fora fixada a necessidade de o processo penal adquirir institutos jurídicos próprios, desvinculando-se por inteiro do Direito Processual Civil Unitário, de modo que não há de ser diferente em relação ao interesse recursal. Nesta perspectiva, forçosa a exclusão da ideia de interesse recursal oriundo da sucumbência da parte, na medida em que inexistente essa ideia no âmbito da *persecutio criminis*, vale dizer: no processo penal, o interesse para recorrer nasce não do mero inconformismo com a decisão judicial exarada pelo magistrado, mas “a partir de uma situação objetiva relacionada com a ocorrência de prejuízo a um direito, em decorrência da decisão judicial³³²”.

Em sentido mais abrangente, Zanoide, afastando a ideia de sucumbência e evoluindo para a concepção de “prejuízo jurídico”, afirma que o interesse recursal nasce a partir de uma decisão judicial que causa “lesão ou ameaça à esfera jurídica (material ou processual) de

³³⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.133-115.

³³¹ DEL POZZO, Carlo. *Le impugnazioni penali*: parte generale. Padova: CEDAM, 1951, p.414 *apud* MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.113.

³³² MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.133.

qualquer pessoa (parte ou terceiro), ou, ainda, quando aqueles efeitos lhe reduzirem a expectativa jurídica”³³³.

No entanto, não há como concordar totalmente com o magistério de Zanoide, vez que o autor expande o grau de alcance do interesse recursal, de maneira a legitimar a bilateralidade recursal indevidamente, tal como ocorre no processo civil, trazendo íntima conexão à ideia de sucumbência. Isto é, defende-se, de maneira correta, no processo penal, que o interesse de recorrer advém de um prejuízo de ordem material (portanto, a um direito), mas não o prejuízo em seu aspecto processual, vez que, se o interesse recursal nascer a partir da quebra de expectativas do interessado, provocará a instrumentalização do processo³³⁴, o que já foi refutado no bojo da pesquisa³³⁵.

Dessa forma, de maneira precisa, Mendes adverte que a compreensão do instituto descrito por Zanoide (prejuízo jurídico) só poderá ser considerado, em âmbito processual penal, em sua acepção material, vale dizer: tendo por base que o recurso se constitui como um direito fundamental e uma garantia no processo penal, somente é interessado para recorrer aquele que sofre um prejuízo a um direito material³³⁶.

Nesta linha de inteligência, o prejuízo material ao imputado que se vê diante de uma sentença condenatória é manifesto: o que está em jogo é a presunção de inocência e o seu direito à liberdade, além de diversos outros direitos afetados pelos efeitos de uma sentença penal desfavorável. Assim, em apertada síntese, “interesse é a necessidade do homem em relação a um bem, a um direito”³³⁷.

A *contrario sensu*, a partir do quanto já exposto em linhas anteriores, não se verifica o binômio interesse-prejuízo à parte acusadora, uma vez que a prolação de uma sentença absolutória não afeta qualquer direito material da acusação, vale dizer, inexistente prejuízo jurídico (na acepção que se defende) para o titular da ação penal, seja ele público, seja ele privado. E para que este entendimento reste convicto, forçoso rememorar as lições de

³³³ MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.145.

³³⁴ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.134.

³³⁵ Defende-se, pois, na mesma linha de cognição esposada por Aury Lopes Jr., que a instrumentalidade do processo penal é, sim, um fundamento de sua existência, mas não na acepção civilista que a doutrina dominante verifica, isto é, o processo penal não é um mero instrumento para a aplicação do “melhor direito”, mas sim um elemento a serviço do projeto constitucional, vale dizer, um instrumento de proteção aos direitos e garantias individuais. LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.64.

³³⁶ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.135.

³³⁷ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.135.

Goldschmidt que distingue a exigência em sentido material e a pretensão no aspecto processual³³⁸, tal como discutido quando foi tratada a teoria da ação.

Neste prisma, o acusador não detém um direito material de punir (pretensão punitiva), mas tão somente uma pretensão acusatória que, tal como discutido, cinge-se apenas no direito de proceder contra alguém, provocando, portanto, o Poder Judiciário. No aspecto, o Ministério Público é regido pelo princípio da obrigatoriedade, de modo que ele detém um poder-dever de acusar, jamais de exigir uma punição, vez que tal pretensão punitiva é inerente ao Estado-juiz, após o devido processo penal que conduza à culpa do imputado³³⁹.

Nesta linha de intelecção, havendo uma decisão absolutória, não há o que se falar em prejuízo material ao acusador, na medida em que apenas houve um mero dissabor, isto é, uma quebra de expectativas traduzida em uma frustração, pelo fato de que a sua pretensão não foi satisfeita – aqui, entrando, de maneira errônea, a acepção do prejuízo processual, tal como pontuou Zanoide. No mesmo paradigma, Mendes explica que pretensão é diferente de direito, porquanto aquela deriva de um poder-dever, de modo que uma decisão absolutória provoca uma mera frustração ao acusador, enquanto uma decisão condenatória viola, energeticamente, direitos constitucionais do imputado, de modo que somente neste último caso é que se pode falar de efetivo prejuízo material – aquele capaz de fundamentar o interesse recursal no processo penal³⁴⁰.

Destarte, inexistindo prejuízo material para a acusação, diante de uma decisão absolutória, de maneira lógica, inexistente interesse de recorrer, seja do Ministério Público, seja do acusador privado. Ademais, para deixar claro, não é passível o entendimento de que o Ministério Público age em interesse da sociedade, extraindo-se, aí, suposta “sucumbência” dela – sustentando-se na máxima do *in dubio pro societate* – como defendem, por exemplo, Rogério Schietti³⁴¹ e Saragoça da Matta³⁴², na medida em que o acusador é parte e, como tal,

³³⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. Vol. II. Buenos Aires: E.J.E.A., 1961, p.57.

³³⁹ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.200-201.

³⁴⁰ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.138.

³⁴¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2002, p.45. Entende o autor que “O recurso é, portanto, um mecanismo dirigido a ‘satisfazer a existência de uma explicação o mais perfeita possível da actividade jurisdicional’. Ser há um direito à ação, a pedir a aplicação do direito, há de prever-se um direito a pedir que se verifique se tal aplicação foi corretamente efetuada”. Neste ponto, discorda-se, veementemente desta posição, na medida em que Schietti impõe ao recurso uma natureza de mero controle das decisões, acepção devidamente e exaustivamente combatida ao longo da pesquisa.

³⁴² SARAGOÇA DA MATTA, Paulo Jorge. O direito ao recurso ou o duplo grau de jurisdição como imposição constitucional, e as garantias de defesa dos arguidos no processo penal português. **Relatório apresentado no âmbito do Seminário de Processo Penal**. Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 1995, p.50. Disponível em:

não representa a sociedade, mas tão somente goza do poder-dever de acusar, à luz do princípio da obrigatoriedade do processo penal para a aplicação da pena.

Nesta ótica, Mendes adverte que:

[...] É demasiadamente superficial afirmar que o acusador público pode(ria) recorrer em prol da sociedade, assim como, v.g., defender o ‘princípio’ do *in dubio pro societate*, pois está impregnado nas mesmas inadequações políticas e constitucionais, quais sejam: é incompatível com o Estado Democrático de Direito, desamparado de fundamentos principiológicos e incongruentes com a lógica do sistema processual penal brasileiro, no qual o Ministério Público, ainda que adstrito à ordem jurídica e respeitados dos direitos individuais e sociais indisponíveis, atua como titular da ação penal pública e, portanto, é parte e como tal é parcial, não atuando em favor da sociedade no processo penal.³⁴³

Em resumo clínico, dando maior didática à relação entre o esvaziamento do direito de ação (para a teoria da acusação), e o direito de recorrer no processo penal, Rubens Casara define que:

[...] No processo penal, em regra, não se pode falar em direito de ação, posto que na verdade o que existe é o dever estatal de dar início à persecução penal em juízo (princípio da obrigatoriedade/legalidade da ação penal de iniciativa pública. [...]) Percebe-se, pois, que, no processo penal, o direito ao recurso não pode ser prolongamento de algo que originariamente não existe. Se não existe o direito de ação do acusador, não há que se falar em direito ao recurso³⁴⁴.

Isto posto, Carnelutti ensina que, malgrado o Ministério Público ou o acusador privado sejam os legítimos titulares da ação penal de iniciativa pública e privada, respectivamente, ela, por si só, não é suficiente para alcançar o direito ao recurso, se desprovida de interesse³⁴⁵.

Neste paradigma em específico, permita-se discordar do ilustre autor italiano, apenas quanto à legitimidade: entende-se que, neste caso, não existe interesse da acusação em recorrer, e tampouco legitimidade. Isso porque, conforme exaustivamente debatido alhures, a um, o recurso sobre a sentença de mérito não é um desdobramento do direito de ação, vez que esta consiste no direito potestativo de proceder contra alguém (poder-dever formal de acusar), se exaurindo no momento da interposição petitória (denúncia ou queixa-crime), dando lugar à

<https://www.academia.edu/20349401/O_Direito_ao_Recurso>. Acesso em: 23 out. 2021. No ponto, discorre o autor: “Em cada causa que se decide, em cada juízo penal que se emite, não se jogam, pois, apenas interesses dos privados, mas o superior interesse do Estado, e da comunidade que lhe subjaz, de que a solução seja justa. Ora, para atingir tal fim não basta a disciplina substantiva das relações humanas, mas também a regulamentação dos procedimentos que condicionam a dita solução justa. As normas processuais são nesta perspectiva uma auto-organização do ordenamento que se quer operante e efectivo. E tal auto-organização passa também pela estruturação dos meios necessários à correção das injustiças eventualmente cometidas pela própria máquina de administração da justiça”.

³⁴³ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.137.

³⁴⁴ CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro, 2009, p.507.

³⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Vol. 4. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p.143.

jurisdição e ao processo, em caso de seu recebimento. A dois, porque se a legitimidade da acusação emerge da titularidade da ação penal e tendo em vista que essa se esgota no momento de seu oferecimento, não há o que se falar em legitimidade para prolongar algo que não mais existe.

Portanto, é preciso evoluir para a ideia de que existe um direito (fundamental) ao recurso, e não mais interesse, sendo aquele disponível apenas para o imputado, ficando-se, pois, que a titularidade da ação penal, vale dizer, a legitimidade para proceder contra alguém não justifica a possibilidade de interposição de recursos acusatórios³⁴⁶.

Na espécie, Hassan Choukr adverte que, analisando a matéria a partir do marco constitucional-convencional – que será objeto de debate em tópico posterior –, forçoso reconhecer que o esgotamento da sentença de mérito, quando balizada por uma absolvição, desautoriza submetê-la à continuidade dessa persecução. Conclui o autor explicando que franquear o duplo grau de jurisdição, neste caso, somente para o órgão acusador, seria um ato de renovação da acusação, veiculada e já decidida, sendo, pois, uma “acusação frustrada renovada ou, para aqueles que se apegam à doutrina processual dominante, uma nova relação jurídica processual”³⁴⁷.

Neste prisma, eventual recurso da acusação frente a uma sentença absolutória seria, efetivamente, a criação de um duplo risco ao imputado, na medida em que, a partir da decisão favorável, a sua expectativa foi criada e, portanto, tal frustração configuraria um duplo risco de decisão desfavorável ao absolvido, com novas chances, riscos, expectativas e perspectivas³⁴⁸, o que, por sua vez, violaria o princípio do *non bis in idem* – objeto de debate posterior.

Em conclusão, para além do abandono da ideia de sucumbência, instituto enraizado na Ciência do Direito Processual Civil Unitário, e aproximando-se da ideia de prejuízo jurídico para caracterizar o interesse recursal, engendrado pelas lições de Zanoide de Moraes, mas em uma acepção mais restrita, pela qual foi defendida – prejuízo jurídico como um prejuízo material –, imperioso consignar que existe um direito fundamental ao recurso contra uma sentença meritória, não sendo este um prolongamento do direito da ação, mas sim uma garantia estatuída por um marco constitucional-convencional assegurada tão somente à pessoa do imputado, contra o abuso do poder punitivo Estatal.

³⁴⁶ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.140.

³⁴⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.664.

³⁴⁸ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.277-284.

4.4 A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA: NASCE, AQUI, O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO?

Voltando-se, previamente, à discussão já realizada acerca da previsão do duplo grau de jurisdição, como dito, atualmente se entende que este instituto encontra amparo supralegal, ficando, pois, acima da legislação federal e abaixo da Constituição. Na espécie, forçoso realizar, neste momento, o devido mergulho sobre o tema, para que a ideia perpetrada reste convicta e alheia a eventuais inconsistências.

Prima facie, é de bom alvitre trazer à baila a posição de Claus Roxin, quando afirma que “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição³⁴⁹”. Nestes termos, a ausência de previsão constitucional do duplo grau de jurisdição gera um cenário vulnerável quanto à sua aplicação e abrangência. No ponto, vislumbra-se, por exemplo, a posição do Ministro Luiz Fux, no bojo do julgamento do AgRg no HC 14.213/SP, que chegou a afirmar que “o duplo grau de jurisdição não é garantido pelo ordenamento pátrio, devendo-se sempre observar a legislação vigente”³⁵⁰.

Nesta esteira, se percebe que a Constituição Republicana de 1988, denominada “cidadã”, carece de importantes reformas, vez que ainda não se desvinculou de alguns ranços inquisitórios, sendo este um manifesto exemplo. Entrementes, apenas à guisa de elucidação, extrai-se da Carta Magna a adoção de expressões como “não culpabilidade” ao invés de “presunção de inocência”, além da omissão quanto à vedação da *reformatio in pejus* e o *ne bis in idem*³⁵¹. Portanto, à luz do pensamento exposto por Roxin em linhas anteriores, é daí que se constrói precedentes tal como aquele elencado pelo Ministro Luiz Fux e, também, que se concede ao Ministério Público a legitimidade (e interesse) em recorrer de sentença absolutória.

Nesta linha de intelecção, dentre as acepções mais abundantes encontradas na doutrina processual penal na atualidade, existe aquela que defende a ausência de previsão expressa do

³⁴⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediores del Puerto, 2000, p.10.

³⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do AgRg no HC 14.213/SP**. Rel. Min. Luiz Jux, j. 02/06/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13044439>>. Acesso em: 23 out. 2021.

³⁵¹ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.153.

duplo grau de jurisdição³⁵², a que advoga pela extração deste instituto a partir dos dispositivos atinentes à organização judiciária³⁵³, a que sustenta que o duplo grau de jurisdição decorre de outras garantias fundamentais, notadamente o devido processo legal³⁵⁴ e, por fim, aquela que encontra o *due process of law* a partir da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88), vez que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderão ser excluídas da apreciação pelo Poder Judiciário.

Nesse cenário, em análise perfunctória, adotando-se um posicionamento dentre essas correntes, atesta-se pela previsão do duplo grau de jurisdição a partir da ampla defesa, estatuído pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que dispõe “(...) aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Sob este prisma, como bem identifica Mendes³⁵⁵, a aludida previsão constitucional utiliza-se do pronome feminino “ela”, restando claro que está fazendo alusão à “ampla defesa” e não ao contraditório, ou ambos – neste caso, o pronome deveria ser “eles” –, afastando, por mais uma via, alguma brecha que assegure tal instituto na alçada da acusação.

Enfim, o presente tópico se destina a responder à seguinte pergunta: a partir de um necessário controle de constitucionalidade-convencionalidade de uma sentença absolutória emerge o duplo grau de jurisdição?

Após toda a explanação ao longo da pesquisa, tem-se a bagagem necessária para adentrar, de forma madura, no mérito da questão. Assim, já à saída, imperioso trazer à baila que o marco da ideia que se advoga é o necessário controle constitucional e convencional do qual carece o processo penal brasileiro, consoante delinear-se-á a seguir.

Em primeiro momento, necessário rememorar que o fundamento ao duplo grau de jurisdição é, por certo, amparado em sustentáculo dogmático e legislativo, essencialmente a proteção do acusado e a limitação do poder punitivo estatal³⁵⁶. Neste ponto, afastou-se a ideia do duplo grau de jurisdição como um mecanismo de controle necessário das decisões

³⁵² Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.41; PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantia e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.144; CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2002, p.48.

³⁵³ Nesse sentido: ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.489.

³⁵⁴ Nesse sentido: CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.501.

³⁵⁵ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.152.

³⁵⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.41.

judiciais, ante a falibilidade humana, além de outros critérios vazios, mas dogmaticamente fixados pela atual doutrina. Isso porque, como visto, a ideia de controle das decisões advém de uma matriz inquisitória, em que o poder era todo concentrado na figura de um monarca absoluto, afastando-se, por completo, de qualquer ideia de garantias ao imputado.

Em outras palavras, “(...) em princípio, o duplo grau de jurisdição não visava garantir o jurisdicionado, mas assegurar ao detentor do poder a dicção do direito em caráter de definitividade, pois lhe convinha enfeixar nas mãos a distribuição de justiça”³⁵⁷. No mesmo sentido, Julio Maier adverte que este pensamento dominante no cenário hodierno, não significa, “*al menos em primer lugar, una garantía procesal a favor del imputado o del condenado, sino, antes bien, un medio de control por tribunales superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado*”³⁵⁸. É, pois, um traço manifesto de um sistema inquisitório.

Entrementes, Daniel Pastor bem adverte que o que importa, em última análise, não é a finalidade política, mas a processual, isto é, os substratos políticos que fundam tal interpretação uniforme não pode, de modo algum, prevalecer sobre o interesse individual – que de individual nada tem, porquanto trata-se de direito fundamental à liberdade e, portanto, definitivamente público³⁵⁹ – e concreto de quem é prejudicado pela decisão³⁶⁰. Dessa forma, nas lições de Vinicius Gomes de Vasconcellos, “o direito ao recurso deve ser interpretado como fundamentado, em essência, na ideia de controle para limitação do poder, prevalecendo, assim, a proteção individual do acusado frente à pretensão punitiva estatal”³⁶¹.

Consoante visto anteriormente, a titularidade do recurso é própria do imputado, a partir da restrição, primeiramente, da acepção de interesse como prejuízo jurídico (material), para depois evoluir do conceito de *interesse* de recorrer para *direito* ao recurso. Por este prisma, determinou-se que a titularidade do recurso é própria do imputado e, a partir de agora,

³⁵⁷ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**: garantismo e efetividade. São Paulo: RT, 2006, p.24.

³⁵⁸ “ao menos em primeiro plano, uma garantia processual a favor do imputado ou condenado, mas, em verdade, um meio de controle pelos tribunais superiores sobre o grau de conformidade dos tribunais inferiores à lei”. MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.707. (Tradução livre).

³⁵⁹ Nesse sentido: “Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do ‘privado’, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, ‘público’, se preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso do poder estatal”. LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.40.

³⁶⁰ PASTOR, Daniel R. **La nueva imagen de la casación penal**: evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p.37.

³⁶¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.44.

expor-se-á, com mais profundidade, a teor de um controle de convencionalidade, o porquê desta concepção.

4.4.1 Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o direito ao duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: a necessidade de uma releitura do sistema de impugnação à luz do controle de convencionalidade e constitucionalidade

De início, imperioso trazer à baila que os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário são juridicamente obrigatórios e vinculantes. Isto é, uma vez ratificados, “obrigam na ordem interna e na esfera internacional”³⁶², de forma direta, não sendo possível a sustentação da tese segundo a qual, após a ratificação, os tratados obrigam os Estados nacionais, mas não geram direitos subjetivos aos particulares, enquanto não sobrevier intermediação legislativa. Ao contrário, dada a ratificação do tratado internacional, mormente os que tratam de direitos humanos, é elementar a invocação imediata das suas disposições, “sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”³⁶³.

Dito isto, é preciso destacar, ainda, que, por óbvio, as garantias elencadas nos tratados que versam sobre direitos humanos não são e nem podem ser vistas como declarações de direitos em favor do Estado – neste caso, representado pelo Ministério Público, órgão acusador oficial –, mas ao indivíduo, vale dizer, àquele que, em razão de ocupar o banco dos réus, necessita de garantias mínimas, ante o poder punitivo do Estado³⁶⁴.

A título confirmativo, o § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, determina que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ainda, o parágrafo subsequente do referido dispositivo constitucional assevera que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

³⁶² PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**: garantismo e efetividade. São Paulo: RT, 2006, p.59.

³⁶³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2013, p.143.

³⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.48.

Não se pode olvidar, outrossim, que ambos os parágrafos estão insertos no art. 5º do texto constitucional, que, por sua vez, encontra-se no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Em outras palavras, todos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos integrarão o rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, o que, por óbvio, afasta o Estado deste elenco, notadamente o Ministério Público – não é crível conceber que o Estado necessita da própria proteção contra o seu próprio poder de punir.

Destarte, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, passando a ser, portanto, norma interna de nível constitucional³⁶⁵. Nesse sentido, o art. 8º, n. 2, *h*, da CADH (insertos no título das “Garantias Judiciais”), prevê que “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: direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

Ora, a partir do quanto exposto, não há como olvidar os elementos trazidos pela legislação, vale dizer, o texto convencional faz referência expressa ao termo *pessoa acusada de delito e toda pessoa tem direito de recorrer da sentença*, excluindo-se, pois, qualquer brecha que dê legitimidade ao órgão acusador de interpor recurso contra sentença.

Em soma, à luz de uma interpretação sistemática – como deve ser – com os demais tratados internacionais, extrai-se do art. 14, n. 5, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos³⁶⁶, de forma ainda mais evidente, que “(...) Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”. Desta percepção, como bem salienta Penteado, a referida legislação internacional e, mais que isso, de direito interno brasileiro, não garante o acesso ao segundo grau para combater fundamento de sentença absolutória³⁶⁷.

³⁶⁵ STEINER, Sylvania Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p.131. Nesse sentido, aponta a autora, com magistral acerto, que “Os dispositivos internacionais previstos em tratados dos quais o país é parte integram o ordenamento jurídico interno, em nível constitucional, pois esta foi a intenção do constituinte ao inserir um parágrafo em seu art. 5º, que não pode ter outra dicção senão a que foi aqui defendida. Expressos nos tratados, ou implícitos por força de seu conteúdo material, não há como negar às normas internacionais de proteção e garantia seu caráter vinculante, não só do legislador interno, mas do Judiciário em sua aplicação”.

³⁶⁶ Ratificado pelo Brasil a partir do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. No ponto, importante se ater ao quanto descrito no art. 1º do referido Decreto: “O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém”. Vale dizer, por interpretação literal e manifesta, a própria legislação que integrou o aludido Tratado Internacional ao ordenamento jurídico pátrio impõe a sua aplicação da forma como nele é previsto, sem espaços, portanto, a qualquer interpretação extensiva, máxime quando prejudicial ao imputado.

³⁶⁷ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal**: garantismo e efetividade. São Paulo: RT, 2006, p.65.

Em lealdade ao debate, ainda na esteira da cognição de Jaques Penteadó, o autor entende que o Pacto de San José da Costa Rica, a partir do dispositivo acima colacionado, não limita o ingresso em instância superior para discutir sentença condenatória, vez que faz alusão apenas à expressão “recorrer da sentença”, permitindo, pois, o acesso ao segundo grau para atacar decisão absolutória.

Todavia, permita-se discordar da vertente explanação. Conforme outrora antecipado, socorre-se, mais uma vez, ao magistério de Aury Lopes Jr. e Tiago Mendes, para consignar que ao utilizar o termo “pessoa”, o referido diploma internacional, por óbvio, quis se referir ao indivíduo acusado e não ao acusador, na medida em que o “Ministério Público sequer é pessoa e o acusador privado não é pessoa declarada culpada”. Ademais, ainda nesse ambiente, as previsões listadas acima, conforme refletido, estão dispostas junto às garantias judiciais, que, por sua vez, são necessariamente garantias do acusado e não do acusador³⁶⁸.

Neste prisma, entender que as garantias dispostas nos textos internacionais são também para a acusação é ir ao âmago de uma acepção autoritária de processo penal, fincada na absurda premissa de que existem garantias que são exercidas contra o acusado. Neste ponto, Luigi Ferrajoli é assente quando afirma que “*El doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de jurisdicción. Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidade y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad*”³⁶⁹. E, por conseguinte, finaliza o autor: “*Es evidente que este principio tiene valor sobre todo en el proceso penal, donde está en juego la libertad de los ciudadanos, en conflicto directo con la pretensión punitiva del Estado*”³⁷⁰.

Outrossim, Dino Carlos Caro Coria, de forma cristalina, leciona que as garantias constitucionais do processo penal – e aí, por óbvio, está incluso o direito-garantia ao duplo grau de jurisdição –, “*debe entenderse el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y, lato sensu, por los tratados*

³⁶⁸ LOPES Jr., Aury; MENDES, Tiago Bunning. **É absurdo sustentar a ausência de duplo grau de jurisdição para acusação?** 2018, p.1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-14/limite-penal-duplo-grau-jurisdicao-nao-vale-acusacao#_ftn7>. Acesso em: 23 out. 2021.

³⁶⁹ “O duplo exame da causa em julgamento é o valor garantido pela dupla instância de jurisdição. Esta dupla instância é, ao mesmo tempo, garantia de legalidade e garantia de responsabilidade contra a arbitrariedade”. FERRAJOLI, Luigi. *Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia*. **Revista Nueva Doctrina Penal**. 1996/B (p.445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto, p.447. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30906-valores-doble-instancia-y-nomofilaquia>>. Acesso em 23 out. 2021. (Tradução livre).

³⁷⁰ “É evidente que este princípio tem valor sobretudo no processo penal, onde está em jogo a liberdade dos cidadãos, em conflito direto com a pretensão punitiva do Estado”. FERRAJOLI, Luigi. *Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia*. **Revista Nueva Doctrina Penal**. 1996/B (p.445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto, p.447. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30906-valores-doble-instancia-y-nomofilaquia>>. Acesso em 23 out. 2021. (Tradução livre).

*Internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica (...)*³⁷¹.

Nesta mesma cognição, convém destacar as lições de Julio Maier sobre o tema, que, também em sentido diverso das palavras de Penteado, salienta que a única interpretação possível de ser extraída do art. 8.4 da CADH, no qual dispõe que “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”, é aquela que inadmite o recurso do Ministério Público contra sentença absolutória. Na espécie, o autor alega que tal dispositivo tem um alcance também processual, isto é, a dupla persecução penal em desfavor do réu configura uma impossibilidade, vez que a segunda instância é caracterizada por uma nova jurisdição que “no puede ser provocada por el acusador, en especial, por el ministerio público, porque representaría someter al acusado a un nuevo riesgo de condena, a una nueva persecución penal³⁷²”.

No mesmo sentido e de maneira magistral, Hassan Choukr salienta que o marco constitucional-convencional, além de ser fundado numa interpretação literal da norma internacional – e interna –, “impõe que se reconheça que o esgotamento da sentença de mérito, quando favorável à pessoa acusada, desautorizaria submetê-la à continuidade dessa persecução”. Nessa esteira, o autor explica que o exercício do duplo grau por parte da acusação configuraria a renovação de uma acusação já veiculada e decidida, acarretando, portanto, a repaginação de uma acusação frustrada, “ou, para aqueles que se apegam à doutrina processual dominante, uma nova relação jurídica processual³⁷³”.

É de bom alvitre, outrossim, elencar as lições de Nicollit, que sustenta que, à luz do critério convencional-constitucional, o Ministério Público não estaria impedido de recorrer, mas teria o seu recurso limitado às arguições de nulidade e para rediscutir a dosimetria da pena³⁷⁴. Em que pese a pesquisa advogar pela restrição do recurso ao órgão ministerial, discorda-se acerca de Nicollit no tocante à possibilidade de rediscussão da pena. Isto é,

³⁷¹ “Deve ser entendido como o acúmulo de princípios, direitos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Constituição e, de maneira ampla, pelos tratados internacionais, que visam garantir ao acusado um quadro de segurança jurídica.” (Tradução livre). CORIA, Dino Carlos Caro. *Las garantías constitucionales del proceso penal. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2006, p.1027-1045, p.1028. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08047-30.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2021.

³⁷² Não pode ser provocada pelo acusador, especialmente pelo Ministério Público, pois representaria sujeitar o acusado a um novo risco de condenação, a um novo processo criminal”. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.717. (Tradução livre).

³⁷³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.664. Sobre o tema, o autor ainda delimita que essa nova relação jurídica processual “possui diversidade de legitimação ordinária, fundamentos específicos, competência própria, a dizer, juiz natural diferenciado e prazo específico para seu exercício”.

³⁷⁴ NICOLLIT, André. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2012, p.43.

consoante será melhor delineado no último tópico, o duplo grau de jurisdição, entendido como o direito de rediscutir, amplamente, toda a matéria fática e jurídica em uma instância superior é terminantemente vedado à acusação.

No entanto, isso não quer dizer que inexista o direito ao recurso para o Ministério Público: este será limitado a discutir questões estritamente de direito e, neste ponto, a nova apreciação da dosimetria da pena, alinhando-se aos pensamentos de Hassan Choukr, transbordaria esse limite estrutural, vez que “ao discutir pena e sua dosimetria necessariamente é feita uma reanálise do acervo cognitivo”³⁷⁵.

Portanto, seguindo a uma parcial conclusão, tem-se, de maneira indiscutível, que partindo da interpretação dialógica e sistemática da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.2.h) e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.5), afirma-se que, no processo penal brasileiro, “o direito ao recurso contra a sentença condenatória é uma garantia constitucional”³⁷⁶. Nesse mesmo sentido, Vinicius Gomes de Vasconcellos arremata que “o reexame da sentença condenatória é direito fundamental do acusado no processo penal”³⁷⁷.

Dando seguimento, o art. 14.5 do PIDCP, apesar de sua expressa literalidade, pode deixar margens para interpretações diversas da qual realmente nela se abriga. Vale dizer, a parte final do aludido dispositivo marca a presença da expressão “em conformidade com a lei”, o que abriu possibilidades de a doutrina construir uma condicionante à efetividade do dispositivo, que seria, justamente, o direito interno. Diante disso, parte da doutrina afirma que o recurso é um “direito de configuração legal”, acarretando a possibilidade de grande poder discricionário por parte do legislador para realizar a sua regulamentação no Direito interno³⁷⁸.

Em razão desta celeuma, o Comitê de Direitos Humanos da ONU (CDHONU), ao apreciar a redação do aludido dispositivo convencional, fixou o posicionamento na Observação Geral 32, assentando que “a expressão ‘conforme prescrito em lei’ no referido artigo não tem por objetivo deixar à discricionariedade dos Estados Partes a própria existência

³⁷⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.665.

³⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.54.

³⁷⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.59.

³⁷⁸ CORDÓN, Faustino Moreno. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2. ed. Elcano: Aranzadi, 2002, p.202-203.

do direito ao recurso, visto que ele é um direito reconhecido pelo Pacto e não meramente pela legislação interna”³⁷⁹.

Sendo assim, Ricardo Favoroto explica que a literalidade do texto previsto no PIDCP não se mostra imprecisa, tampouco admite ambiguidades ou margens para flexibilizações, isto é, o direito a recorrer a um tribunal hierarquicamente superior é destinado somente ao imputado e contra a condenação³⁸⁰. Portanto, arremata Vasconcellos que a acusação não tem direito fundamental ao recurso³⁸¹, ficando-se, inclusive, na perspectiva ilustre deixada por Gloeckner, ao afirmar que “caso estejam verdadeiramente diante de um direito fundamental, é antiética e paralógica a adoção de um modelo bilateral de meios impugnativos”. Destarte, o autor solidifica o seu entendimento ao afirmar que para afastar a tese de que inexiste o direito de recorrer ao órgão acusador, faz-se necessário refutar a premissa de que o duplo grau de jurisdição tem natureza de direito fundamental do imputado contra o poder punitivo do Estado e, para isso, imprescindível será afastar o controle de convencionalidade dos Tratados de Direito Internacional que versam sobre direitos humanos, notadamente o CADH e o PIDCP, em flagrante afronta constitucional³⁸².

Neste compasso, é preciso ir para além do ambiente nacional e buscar maiores elucidicações no direito alienígena. No ponto, os precedentes da região hispânica da América do Sul correm a passos largos à frente do Brasil, no que toca ao tema *sub examine*. Na espécie, o caso “Kank”, da Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, na Argentina, exarou preciosa decisão a favor da democracia e sob o amparo do Direito Internacional.

Consoante narram Juan Noel Varela e outros, os magistrados assim dispuseram:

“A partir del fundamento material de la garantía contra el múltiple juzgamiento no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable. El Estado no tiene derecho a un

³⁷⁹ COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário Geral n.32, de julho de 2007**. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2021.

³⁸⁰ FAVOROTTO, Ricardo S *apud* VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.81.

³⁸¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.81.

³⁸² GLOECKNER, Ricardo. Direito Fundamental ao Recurso no Processo Penal: uma crítica à concepção bilateral da impugnação. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v.6. n.11. Curitiba, 2014 (183-214), 190. Disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/36>>. Acesso em: 23 out. 2021.

nuevo juicio cuando es él quien origina esos errores, porque la situación se equipara al supuesto en que ha fallado al presentar el caso”.³⁸³

Neste paradigma, o tribunal assumiu a postura de que se o Estado, com todas as armas que têm à sua disposição para investigar e aplicar a justiça, e, ainda, depois de um debate oral e público, não conseguiu se desincumbir do seu ônus de comprovar a autoria delitiva, não há alternativa, senão findar o processo. Isso porque, como bem salientam Varela, Casal e Labombarda, *“la oportunidad de imponer castigo feneció, toda vez que resulta irrazonable cargar sobre el imputado las deficiencias de un sistema de enjuiciamiento penal desperfecto, sometiéndolo por ello a un nuevo juicio en su contra”*³⁸⁴.

Mesmo caminhando para um entendimento desta monta, esta corrente argentina é minoritária e capitulada por Julio Maier que, acerca do tema, em crítica ao seu ordenamento jurídico, explana, com assertividade, que *“el recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio representa un bis in idem y nuestra legislación, que lo autoriza, constituye una lesión al principio de Estado de Derecho que prohíbe la persecución penal múltiple”*³⁸⁵.

Em arremate, o autor justifica esta posição, segundo a garantia, também fundamental, da presunção de inocência. Vale dizer, a impossibilidade de a acusação recorrer contra sentença absolutória, para além de evitar um duplo risco de condenação, garante que um inocente não seja atingido, erroneamente, pelo poder punitivo estatal. Aduz o autor argentino que *“El principio prefiere hasta la burla del transgresor, que, por ejemplo, confiesa publicamente su crimen con posterioridad a su absolución, al riesgo de un ejercicio excesivo*

³⁸³ “A partir do fundamento material da garantia contra a ação penal múltipla, não é possível permitir que o Estado, com todos os seus recursos e poderes, realiza reiterados esforços para condenar um indivíduo por suposto crime, sujeitando-o a transtornos, custas e sofrimento, e forçando-o a viver em contínuo estado de ansiedade e insegurança, e aumentar, também, a possibilidade de que, mesmo sendo inocente, seja considerado culpado. O Estado não tem direito a novo julgamento quando é ele próprio que dá origem a esses erros, porque a situação equivale à circunstância em que tenha falhado ao apresentar o caso”. (Tradução livre). Kang, Yong Soo s/ causa N° 5742. CSJN 5/5/2007.

³⁸⁴ “a oportunidade de impor a pena expirou, pois não é razoável sobrecarregar o réu com as deficiências de um sistema de acusação criminal falho, sujeitando-o, assim, a um novo julgamento”. (Tradução livre). VARELA, Juan Noel; CASAL, Inés; LABOMBARDA, Victoria *et al.* *El derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior: la cuestión acerca de la persona a quien se le reconoce este derecho en la Convención Americana de Derechos Humanos. Sistema Argentino de Información Jurídica.* 2011, p.9. Disponível em: <<http://www.saij.gov.ar/roxana-brisciense-derecho-recurrir-fallo-ante-juez-tribunal-superior-cuestion-acerca-persona-quien-se-le-reconoce-este-derecho-convencion-americana-derechos-humanos-dacf110105-2011-08-24/123456789-0abc-defg5010-11fcanirtcod#>>. Acesso em: 23 out. 2021.

³⁸⁵ “O recurso acusatório contra a sentença dos tribunais de primeira instância representa um bis in idem e nossa legislação, que o autoriza, constitui uma violação ao princípio do Estado de Direito, que proíbe processos criminais múltiplos”. (Tradução livre). MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal.* 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.638-639.

*y arbitrario – para él – del poder penal estatal, en homenaje a la seguridad jurídica de las personas*³⁸⁶.

Dessa forma, extrai-se que inexistente, não só no Brasil, mas em todos os países signatários do CADH e do PIDCP, o direito do Ministério Público ou do querelante ao duplo grau de jurisdição, quando se trata de matéria penal³⁸⁷. Diante disso, resta patente que a acusação, seja ela de iniciativa pública ou privada, não pode clamar por uma inversão de direitos fundamentais³⁸⁸, de sorte que é impossível que o órgão detentor da pretensão acusatória seja amparado por um direito fundamental ao recurso sobre sentença de mérito, porquanto as garantias constitucionais e convencionais são destinadas à proteção da pessoa do imputado, ante ao amplo poder punitivo do Estado³⁸⁹.

Apenas para finalizar, forçoso elencar recente e cristalino voto de Gilmar Mendes, no bojo do julgamento do HC 178856/RJ, que, muito embora não trate especificamente do tema retratado na pesquisa, percebe-se íntima relação e, ao menos, um primeiro passo à necessária convencionalização da jurisprudência brasileira. Com efeito, trata-se o *writ* acerca de uma insurgência contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que determinou a realização de novo júri, alegando que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos.

Na espécie, a Suprema Corte entendeu pela concessão de ofício do Habeas Corpus, para invalidar o referido acórdão, restabelecendo-se, destarte, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença, que havia absolvido o paciente com base no art. 483, III, do CPP.

Nesta linha de inteligência, o eminente Ministro Gilmar Mendes, valendo-se de diversos autores estudados na presente pesquisa, elenca o seu voto³⁹⁰ em atenção ao art. 8.2.h da CADH, ao afirmar que:

³⁸⁶ “O princípio prefere, inclusive, o escárnio do infrator, que, por exemplo, confessa publicamente o seu crime após a sua absolvição, a um exercício excessivo e arbitrário – para ele – do poder penal estatal, em homenagem à segurança jurídica das pessoas”. (Tradução livre). MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.639.

³⁸⁷ CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, P.508.

³⁸⁸ Sobre o tema, Sebastián Rey discorre que é proibida a inversão de direitos fundamentais, definida como casos em que “os tribunais utilizam garantias do imputado para proferir uma sentença que lhe coloca em uma situação processual pior do que anteriormente”. REY, Sebastián A. *¿Efecto “boomerang” de las garantías? Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal*, v. 10, n. 18/19, 2005, p.514.

³⁸⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.83.

³⁹⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 178.856/RJ 0033898-21.2019.1.00.0000**. Rel. Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 10/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 20/10/2020,

[...] não há aqui suposta necessidade de respeito ao duplo grau de jurisdição e ao direito ao recurso, nos termos do art. 8.2.h da Convenção Americana de Direitos Humanos. Tal dispositivo é interpretado pela própria Corte Interamericana como um direito que deve ser assegurado a toda pessoa que seja ‘condenada’, pois ‘a condenação é manifestação do exercício do poder punitivo do Estado’ (Caso Amrhein e outros v. Costa Rica. Sentença de 25.4.2018. Serie C, N. 354, § 255).

E arremata o Ministro:

Ou seja, o direito ao recurso, nos termos convencionais, é de titularidade da defesa. Utilizar esse argumento para consolidar direito ao recurso contra o réu caracteriza o que costuma se denominar de ‘efeito bumerangue’ de direito fundamental: casos em que ‘os tribunais utilizam garantias do imputado para proferir uma sentença que lhe coloca em uma situação processual pior do que a anterior’ (REY, Sebastián A. ¿Efecto “boomerang” de las garantías? *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, v. 10, n. 18/19, 2005, p.514, tradução livre).

Com isso, verifica-se que o direito ao recurso no processo penal, também pelo prisma de um necessário controle de convencionalidade e constitucionalidade, pertence, exclusivamente, ao imputado. Isso porque, consoante largamente exposto, o duplo grau de jurisdição tem natureza de direito fundamental e tais direitos não podem ser alvo de inversão para amparar o próprio Estado – o chamado efeito boomerang –, notadamente para surtir efeitos prejudiciais ao acusado.

4.4.2 A elementar reafirmação do amparo ao acusado para reconhecer o esvaziamento da pretensão acusatória do Ministério Público, a partir do afastamento do *fumus commissi delicti* e da justa causa provocado pela sentença absolutória: a ausência de justa causa recursal.

Com o amadurecimento galgado até aqui, já se mostra indene de dúvidas que o Ministério Público (ou o acusador privado) goza de uma pretensão acusatória, jamais punitiva, na medida em que é portador do poder-dever de proceder contra alguém, ante a existência do *fumus commissi delicti*. No aspecto, para chegar a esta premissa, foi-se necessário abandonar as más influências da Ciência do Direito Processual Civil Unitário no processo penal – a qual a doutrina processual penal afirma ser, indevidamente, da Teoria Geral do Processo –, que destina a pretensão punitiva ao acusador, vez que tal inserção acrítica faz com que a ordenamento jurídico posicione o Ministério Público como um credor da pena, atraindo, para si, um direito subjetivo de ver o acusado sofrer as sanções penais – o que, por óbvio, não é concebível num ordenamento fincado nas bases de um Estado Democrático de Direito,

porquanto o poder punitivo pertence, exclusivamente, ao Estado-juiz, mediante a legitimação de um devido processo penal.

Ademais, foi-se delineado um imperioso controle de convencionalidade-constitucionalidade, à luz dos Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, notadamente o Pacto San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Neste ponto, inicia-se a abordagem da teoria da impugnação, a partir de um ordenamento jurídico penal voltado à diminuição dos danos naturalmente emergidos da simples condição de suspeito a qualquer sujeito de direito, sustentando-se na imperiosa reafirmação do amparo ao acusado.

Isto posto, inicia-se o presente tópico com a seguinte pergunta: quem é o verdadeiro destinatário da segurança jurídica? Isto é, segurança jurídica para quem? Não é crível conceber que o Ministério Público, órgão estatal e titular da acusação, necessite de uma segurança jurídica contra o próprio poder de penar... do Estado. Nesta linha de intelecção, tem-se, já à saída, que o único destinatário da segurança no direito penal é o imputado, e a segurança a qual se está analisando é aquela de não ser punido de forma arbitrária, desproporcional e desigual. Noutros dizeres, a segurança de que se trata o direito penal deve se consubstanciar na maximização das garantias do acusado em detrimento da punição arbitrária³⁹¹.

Em consonância com este entendimento precípua, o Supremo Tribunal Federal, ainda na gênese da Constituição Federal de 1988, no bojo do julgamento do Habeas Corpus n.º 73.338, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, em decisão publicada no Diário da Justiça de 19 de dezembro de 1996, assinalou, enfaticamente, que:

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial (...).³⁹²

Com efeito, nos primeiros anos de nascimento da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal já reconhecia a necessidade de enxergar o processo penal como um

³⁹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 143-144.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 73.338-7/RJ**. Rel. Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 13/08/1996, Primeira Turma, Data de Publicação: 19/12/1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>>. Acesso em: 30 out. 2021.

instrumento de efetivação das garantias constitucionais do imputado, isto é, um mecanismo contra a arbitrariedade do poder punitivo estatal – afastando-se, portanto, da instrumentalidade sob a influência do processo civil, já discorrida em linhas anteriores, proposta por Cândido Rangel Dinamarco.

Isto posto, voltando, de uma vez por todas, à análise do duplo grau de jurisdição anteriormente debatido, consolidou-se que o fundamento para a sua existência destoa daqueles encontrados na doutrina processual civil. Neste ponto, a conclusão encontrada foi a de que o duplo grau de jurisdição é sedimentado a partir da garantia de toda pessoa contra quem o Estado impõe uma consequência jurídico-penal, seja qual for a sua natureza, isto é, uma segurança do acusado frente ao poder punitivo estatal³⁹³.

Sobre o tema, fincou-se, nos termos defendidos por Julio Maier, que o duplo grau de jurisdição é uma condição sem a qual a pena não poderá ser imposta pelo Estado-juiz. Vale dizer, o duplo pronunciamento penal é condição necessária para que o *ius puniendi* estatal possa ser exercido, na medida em que o resultado condenatório, dada a sua gravidade, precisa ser revisado, de sorte que apenas em caso de coincidência de decisões condenatórias é que existirá fundamento para punir o indivíduo³⁹⁴.

Isso porque, nos termos lecionados por Juarez Tavares, “o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado”³⁹⁵, isto é, é a “intervenção estatal e não a liberdade individual” que precisa ser justificada³⁹⁶. Portanto, a necessidade do duplo grau de jurisdição, como bem afirma Badaró, é uma garantia oriunda, também, da presunção de inocência, porquanto a carga axiológica que possui o estado de inocência não pode ser afastada com uma simples sentença condenatória. Assim, o duplo grau de jurisdição age como um direito do condenado em primeira instância, configurando-se como uma chance a mais para que o imputado mantenha o seu estado de inocência. Vale dizer, uma inequívoca garantia constitucional que assegura que a condenação não seja eficaz antes do trânsito em julgado da condenação penal³⁹⁷.

É neste ambiente que ao interpretar as normas oriundas dos Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos, é preciso se atentar à melhor exegese do dispositivo que

³⁹³ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.163.

³⁹⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p.709 e 713.

³⁹⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.200.

³⁹⁶ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.37.

³⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.80-81.

diz que o duplo grau de jurisdição é uma garantia de “toda pessoa declarada culpada por um delito”, nos termos do artigo 14.5 do PIDCP: o amparo ao acusado, a prevalência do seu Estado de inocência, porque presumido constitucionalmente, em face da declaração de culpabilidade. Dito isto, como alerta Mendes, a presunção de inocência é um dos grandes fundamentos que enraízam o duplo grau de jurisdição³⁹⁸, vez que “não seria exagero considerá-la pressuposto de todas as outras garantias do processo penal”³⁹⁹ - e, por óbvio, inexistente ao acusador.

É sob esta ótica que Daniel Pastor atribui ao duplo grau de jurisdição a função de controle da presunção de inocência, pensando-se o recurso como uma chance de “poder reprovar uma declaração de culpabilidade”⁴⁰⁰. Nesta mesma esteira, Vinicius Gomes de Vasconcellos acerta ao reconhecer que o duplo grau de jurisdição “se concretiza como ponto de reforço da presunção de inocência no processo penal”⁴⁰¹, funcionando como um verdadeiro “prolongamento da presunção de inocência”⁴⁰², ou, nas palavras de Alcácer Guirao, “o direito ao duplo grau de jurisdição é praticamente coextensivo com o direito à presunção de inocência”⁴⁰³.

Neste prisma, tendo o processo como um instrumento de efetivação das garantias constitucionais⁴⁰⁴ - e não meramente um instrumento necessário à aplicação da pena (ou do “bom” direito), segundo o instrumentalismo emprestado da seara cível -, e sendo o duplo grau de jurisdição inequivocamente um direito fundamental à luz do necessário controle de convencionalidade, há de convir que inexistente o direito ao recurso do Ministério Público para atacar uma sentença absolutória⁴⁰⁵.

³⁹⁸ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.166.

³⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.44.

⁴⁰⁰ PASTOR, Daniel R. **La nueva imagen de la cassación penal**: evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p.62.

⁴⁰¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.134.

⁴⁰² POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Breves considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Política Criminal Contemporânea**. P. 285-303. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.289.

⁴⁰³ ALCÁCER, Rafael Guirao. **El derecho a una segunda instancia con todas las garantías**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p.101.

⁴⁰⁴ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.35.

⁴⁰⁵ Sobre o tema, Badaró preceitua que “As garantias dos tratados de direitos humanos não são declarações de direitos em favor do Estado, no caso, representado pelo órgão acusador oficial, mas escudos de proteção do indivíduo, isto é, o acusado, que por ocupar a posição mais fraca no processo, necessita de garantias mínimas”. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.56.

Dessa forma, sabendo que a pretensão da qual goza o Ministério Público é tão somente a acusatória, e não a punitiva, tem-se, sob a ótica da necessária hermenêutica do processo penal como um instrumento de efetivação das garantias do imputado, que a pretensão acusatória do Ministério Público, diante de uma sentença absolutória, é completamente esvaziada, culminando numa espécie de “ausência de justa causa recursal”. Isso porque, analisando o processo penal como um procedimento escalonado, a decisão que absolve o réu, em regra⁴⁰⁶, esvaziará qualquer condição de admissibilidade do recurso. Explica-se.

Nas palavras de Aury Lopes Jr., no processo penal, desde o início é necessário que o acusador demonstre a justa causa para proceder contra alguém. É dizer, sem os elementos probatórios mínimos necessários, capazes de demonstrar a fumaça da prática de um delito e a comprovação de sua materialidade, não é possível iniciar a *persecutio criminis*. Na espécie, não há como deixar a questão de fundo a cargo da sentença, tal como ocorre no processo civil que, diante do cumprimento dos critérios formais, a inicial é prontamente admitida: no processo penal, é indispensável a realização de um juízo provisório para sustentar o recebimento da preambular acusatória⁴⁰⁷.

Nesta linha de inteligência, o autor explica o escalonamento do processo penal no sentido de que, à medida que o procedimento avança, é refletido o grau de sujeição do imputado e de mitigação do seu *status libertatis*. Em didática síntese, “o processo penal é um sistema escalonado e como tal, para cada degrau, é necessário um juízo de valor”, de forma que a cognição do magistrado pode dar ensejo a um estado progressivo ou regressivo de culpabilidade⁴⁰⁸.

Isto posto, o esvaziamento das condições do recurso ocorreria por uma simples razão: diante de um sistema escalonado, o ponto de referência não é o grau de culpabilidade do réu, como ocorria em tempos retrógrados⁴⁰⁹, mas sim o seu estado de inocência constitucionalmente presumido. Com efeito, à medida que o Ministério Público demonstra elementos capazes de atestar a culpa do réu, o seu *status libertatis* vai sofrendo mitigações, norteando o processo a uma possível sentença condenatória. Todavia, se o acusador público ou privado, diante de todos os instrumentos de poder estatais à sua disposição, não é capaz de desincumbir-se do ônus probatório, a sentença absolutória reestabelecerá a plenitude do

⁴⁰⁶ Adentrar-se-á ao direito ao recurso para o Ministério Público no tópico 4.4.2.2.

⁴⁰⁷ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.182.

⁴⁰⁸ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.182.

⁴⁰⁹ Nesse sentido, voltar ao tópico 2.1.3.

estado de inocência do imputado. Em outras palavras, “o sujeito passivo não perde o *status* de inocente no curso do processo, mas sem dúvida que ele vai se debilitando. Se com a condenação definitiva o estado de inocência acaba, com a absolvição é reestabelecido com sua máxima plenitude”⁴¹⁰.

Concluindo, se a absolvição leva ao reestabelecimento da máxima plenitude do estado de inocência do acusado, não há o que se falar em rediscussão dos mesmos fatos e elementos probatórios fornecidos pela acusação, na medida em que isso acarretaria flagrante *bis in idem*. Isto é, a sentença absolutória esvazia todo o manancial probatório acostado pela acusação, de sorte que, para uma nova rediscussão acerca do caso, faz-se imprescindível a superveniência de novos elementos, vez que ausente a necessária justa causa criada anteriormente pelo agora refutado standard probatório do Ministério Público.

Assim, concorda-se com Loyola quando afirma que “se o Estado foi ineficiente para conseguir uma condenação, não pode, através de seus órgãos que exercitam a ação penal, colocar os cidadãos novamente sob um risco de sofrer uma consequência penal diversa”⁴¹¹. Sob a mesma atmosfera, Geraldo Prado cristaliza que “Se ela (a acusação) não chegar a ter sucesso em sua pretensão não lhe resta mais nada, e efetivamente se consolida a absolvição nesse plano”. No entanto, se ao acusado for imposta uma decisão condenatória, este terá o direito-garantia ao duplo pronunciamento, na medida em que é nesta premissa que se funda as garantias fundamentais, da qual o duplo grau de jurisdição faz parte: o amparo ao débil⁴¹².

4.4.2.1 O princípio do *non bis in idem* e a insistência pela condenação

Nos ensinamentos de Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya, o sistema jurídico-punitivo pátrio, além de não dar a efetiva tradição ao estudo do princípio do *non bis in idem*, costuma reduzir a exegese da sua dimensão processual à mera decorrência da coisa julgada, contribuindo, assim, para uma parca concretude do instituto⁴¹³.

Com efeito, a Constituição Republicana do Brasil não versa expressamente acerca do princípio do *non bis in idem*, de modo que a sua interpretação fica a cargo dos diplomas

⁴¹⁰ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.182.

⁴¹¹ LETELIER LOYOLA, Enrique. *El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Barcelona: Atelier, 2013, P.157.

⁴¹² PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem às ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p.115-116.

⁴¹³ SABOYA E SOUZA, Keity Mara Ferreira. **Dimensões do princípio *ne bis in idem***. 2012. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, p.198.

infraconstitucionais, a saber: Lei de Migração, o Código Penal e o Código de Processo Penal. Todavia, como lembra Saboya, nenhum deles se refere de maneira direta a este princípio⁴¹⁴.

No entanto, consoante anteriormente discutido, as normas internacionais que versam sobre direitos humanos, das quais o Brasil é signatário, têm *status* de norma fundamental, de sorte que, à luz da corrente aqui defendida – mas, diga-se, não é a corrente adotada pelo STF –, tais dispositivos que tratam de direitos humanos gozam de eficácia direta e imediata, na medida em que têm natureza materialmente constitucional.

Apenas a título de elucidação, a Lei de Migração (Lei n.º 13.445/17), que revogou o antigo Estatuto do Estrangeiro, em seu artigo 82, inciso V, determina que será indeferido o pedido de extradição quando o “extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido”⁴¹⁵. O entendimento jurisprudencial brasileiro vai além neste quesito: não será indeferida a extradição apenas no caso estatuído no art. 82, V, em evidência, mas também quando o extraditando já tiver respondido a processo em outro Estado, nos termos reiterados pela Suprema Corte nacional⁴¹⁶.

Ademais, o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 8º, condiciona que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”⁴¹⁷. Outrossim, o aludido diploma repressor dispõe, no seu artigo 61, acerca da proibição do agravamento da pena, quando a circunstância a ser valorada não constitui ou qualifica o crime, notadamente em homenagem ao princípio do *non bis in idem*.

Por fim, no tocante ao Código de Processo Penal, a doutrina costuma aduzir que o artigo 110, § 2º, ao tratar da coisa julgada, abarca o princípio sob comento, ao afirmar que a

⁴¹⁴ SABOYA E SOUZA, Keity Mara Ferreira. **Dimensões do princípio *ne bis in idem***. 2012. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, p.204.

⁴¹⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art124>. Acesso em: 01 nov. 2021.

⁴¹⁶ “GRÉCIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXTRADITANDO CONDENADO NUM TERCEIRO ESTADO PELO MESMO DELITO (...). I – Extradicação requerida pelo Governo da Grécia, com base no art. 8º do Cód. Penal grego, que dispõe que os crimes cometidos no exterior, pelos seus nacionais, são sempre punidos pelas leis gregas, independentemente das leis do lugar onde foi praticado o ato. Acontece que, pelo mesmo delito, cuja prática iniciou-se no Brasil, foi o extraditando julgado pela Justiça italiana, tendo cumprido a pena de prisão a que foi condenado. (...). Caso em que a extradição deve ser indeferida, porque ocorrente situação configuradora de *double jeopardy*, vale dizer, de duplo risco de condenação, no Estado requerente, pelo mesmo fato pelo qual foi condenado pela justiça italiana (...)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ext 871**. Relator(a): Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em: 17 dez. 2003, DJ 12 mar. 2004, p.37.

⁴¹⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 nov. 2021.

exceção da coisa julgada “somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença”⁴¹⁸.

Nesta linha de intelecção, como bem lembra Saboya, infere-se que, à exceção da disposição expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos acerca do princípio que veda o duplo risco de condenação, o ordenamento jurídico brasileiro goza de absoluta precariedade no que tange aos marcos normativos relacionados ao princípio *sub examine*, evidenciando escasso ou quase inexistente disciplina acerca do que se deve entender pelo princípio do *ne bis in idem*⁴¹⁹.

Neste compasso, para dar efetiva interpretação à impossibilidade de recurso amplo em face de uma sentença absolutória ao acusador público ou privado, forçoso adentrar-se ao estudo do princípio que veda a dupla persecução penal, como mais um mecanismo de amparo ao acusado frente ao poder punitivo estatal. À luz deste paradigma, ainda que tal pesquisa fuja aos limites monográficos, imperioso trazer à baila as breves lições de Inês Ferreira Leite, que, com magistral acerto, afirma que é preciso adotar uma concepção ampla da vedação ao *bis in idem*, recepcionando-o como um direito fundamental do acusado em contenção ao poder punitivo estatal⁴²⁰.

No aspecto, a autora reconhece o instituto não apenas como uma vedação à dupla punição e dupla valoração, mas também como um limite ao duplo julgamento, na medida em que submeter o acusado a duas instâncias, após ser absolvido em procedimento primário, significa, efetivamente, colocá-lo frente a um segundo risco de ser condenado⁴²¹. Dessa maneira, Inês Leite explica que a melhor exegese atribuída ao comentado princípio é aquela que permite entender pelo caráter amplo da vedação ao duplo juízo, para além do conceito de trânsito em julgado. Com isso, defende que “a revisão ou alteração de uma sentença não transitada em julgado, (...) pode configurar uma violação do *ne bis in idem*. Admitir o contrário seria esgotar o sentido do *ne bis in idem* aos efeitos do caso julgado”⁴²².

É preciso retornar, brevemente, às origens do princípio que proíbe o duplo julgamento sobre o mesmo fato, o qual tem firme tradição no sistema *common law* do Direito anglo-

⁴¹⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01 nov. 2021.

⁴¹⁹ SABOYA E SOUZA, Keity Mara Ferreira. Dimensões do princípio *ne bis in idem*. 2012. **Tese. (Doutorado em Direito)** – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, p.205.

⁴²⁰ LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem**: proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016, p.467.

⁴²¹ LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem**: proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016, p.467.

⁴²² LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem**: proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016, p.623 e 626.

saxão, notadamente no ordenamento norte americano, onde, segundo os ensinamentos de Vinicius Gomes de Vasconcellos, “o direito ao recurso da sentença é exclusivo da defesa”⁴²³. Explica o autor que tal norma emerge do princípio do *ne bis in idem*, segundo o qual “a possibilidade de condenação a partir da revisão da absolvição acarreta um novo julgamento e, portanto, viola o que se intitula ‘double jeopardy’”.

Neste mesmo ambiente, rememora Rogério Schietti⁴²⁴ que no direito anglo-saxão costuma-se restringir ou, até mesmo, vedar o recurso da acusação, como, por exemplo, estabelece o § 450.30, item 2, do Código de Processo Criminal de Nova Iorque⁴²⁵, o qual dispõe que “*An appeal by the people from a sentence, as authorized by subdivision four section 450.20, may be based only upon the ground that such sentence was invalid as a matter of law*”⁴²⁶. Em outras palavras, deixa claro o dispositivo nova iorquino que apenas em situações de invalidade de sentença, fundada em questões de direito, é que o recurso de apelação para a acusação é admitido.

No entanto, em ordenamentos jurídicos fincados sob as raízes do sistema *civil law*, cuja origem remonta ao sistema romano-germânico, as decisões no bojo do processo penal acabam sendo eivadas pelo prisma bilateral, sob o pretexto da aparente igualdade de armas entre o acusado e a acusação – definitivamente afastado, consoante discussão no tópico 3.4.2.4 –, gerando, nas palavras de Mendes, “a falibilidade do sistema de garantias e a crise instaurada no sistema recursal de cunho inquisitório”⁴²⁷. Ou, ainda, nas lições de Gabriel Anitua, a permissão da revisão de sentença absolutória constitui evidente resquício de um sistema de impugnação inquisitivo e absolutista⁴²⁸.

⁴²³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo grau de jurisdição na justiça criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da sentença condenatória. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org.). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. Estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p.240. Disponível em: <https://www.academia.edu/9472946/DUPLO_GRAU_DE_JURISDI%C3%87%C3%83O_NA_JUSTI%C3%87A_CRIMINAL_O_DIREITO_AO_RECURSO_COMO_POSSIBILIDADE_DE_QUESTIONAMENTO_DA_MOTIVA%C3%87%C3%83O_DA_SENTEN%C3%87A_CONDENAT%C3%93RIA>. Acesso em: 01 nov. 2021.

⁴²⁴ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2002, p.44.

⁴²⁵ Disponível em: <https://ypdcrime.com/cpl/article450.php#c450.30>. Acesso em: 01 nov. 2021.

⁴²⁶ “Um apelo do povo de uma sentença, conforme autorizado pela subdivisão quatro seção 450.20, pode ser baseado apenas no fundamento de que tal sentença era inválida por uma questão de direito”. (Tradução livre). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York State Law. **Criminal Procedure Law. Consolidated Laws of New York’s CPL code**. Article 450 – NY Criminal Procedure Law. Disponível em: <<https://ypdcrime.com/cpl/article450.php#c450.30>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

⁴²⁷ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.175.

⁴²⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à Criminologia: Uma aproximação desde o poder de julgar**. Trad. Augusto Jobim do Amaral *et al.* Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.52.

Nesta senda, tem-se, atualmente, o princípio do *non bis in idem* em suas acepções material e processual. Sobre a primeira dimensão, não há tamanhas discussões, vale dizer, entende-se o referido instituto como uma proibição à aplicação de mais de uma sanção, pelos mesmos fatos e fundamentos. Isto é, para uma conduta considerada criminosa, aplicar-se-á uma única sanção⁴²⁹.

Todavia, na dimensão processual da proibição ao duplo risco de condenação, que é indicada pela máxima *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, costuma-se interpretá-lo, conforme já antecipado, como a mera impossibilidade de o agente ser processado duas vezes pelo mesmo motivo. Todavia, além dos ensinamentos de Inês Leite, Saboya também enfatiza que o mencionado princípio não deve ser traduzido somente como o impedimento de submeter o indivíduo a mais de um processo, pelos mesmos fatos e fundamentos, na medida em que tal cognição leva a entender que o *bis in idem* se confunde com a ideia do trânsito em julgado. Neste sentido, a acepção processual deve assegurar, para além da proibição ao duplo processo criminal, o impedimento de que o acusado se veja submetido a um duplo risco de condenação⁴³⁰, à luz de um processo penal instituído como um instrumento de efetivação das garantias constitucionais do réu, tal como defendido por Aury Lopes Jr⁴³¹.

Isto posto, é preciso se distanciar das bases punitivistas de um Código de Processo Penal criado em 1941, para que, sob o prisma de um controle de convencionalidade-constitucionalidade, enxergue o referido *codex* como um instrumento de efetivação das garantias fundamentais de todo acusado, em limitação ao poder punitivo estatal. Para tanto, os institutos a serviço do imputado precisa ter interpretação ampla, conforme, principalmente, os Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos, vez que estes, uma vez ratificados, obrigam o direito interno e delimitam os limites de toda a sua legislação infraconstitucional.

Nessa linha de intelecção, Mendes ratifica que, por meio dessa interpretação, o princípio do *non bis in idem* passa a ter alcance amplamente processual, impossibilitando, assim, o recurso da acusação, seja ela de iniciativa pública ou privada, contra decisões que absolvem o imputado, a fim de que seja evitado que uma pessoa sentada no banco dos réus,

⁴²⁹ SABOYA E SOUZA, Keity Mara Ferreira. Dimensões do princípio *ne bis in idem*. 2012. **Tese. (Doutorado em Direito)** – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, p.212.

⁴³⁰ SABOYA E SOUZA, Keity Mara Ferreira. Dimensões do princípio *ne bis in idem*. 2012. **Tese. (Doutorado em Direito)** – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, p.208.

⁴³¹ LOPES Jr., Aury. **A instrumentalidade garantista do processo penal**. 2011, p.05-06. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

uma vez restabelecido plenamente o seu estado de inocência, não seja novamente perseguido por uma imputação idêntica, diante de um tribunal distinto⁴³².

Com efeito, conclui Tiago Mendes, aduzindo, cristalinamente:

Obviamente, em razão da própria concepção histórica do recurso, que não possuía uma feição protetiva, somente será possível aderir a essa virada conceitual a partir de uma perspectiva democrática, primando pela prevalência da liberdade em face do poder punitivo, o que acarreta, inarredavelmente, a necessidade de uma única limitação: a do *ius puniendi* estatal.

Para finalizar, recorre-se, mais uma vez, à jurisprudência internacional, onde remete-se ao caso de *Mohamed vs. Argentina*, julgado pela Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH). Na ocasião, a CIDH entendeu que o direito ao recurso, a partir de uma interpretação dos diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos, notadamente a Convenção Americana de Direitos Humanos e o PIDCP, é uma garantia do imputado. No ponto, sustentou a Corte que:

[...] Para confirmar la interpretación de esta Corte de que se trata de un derecho que asiste al condenado, resulta relevante acudir al lenguaje concreto del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, al referirse al derecho a recurrir del fallo, expresamente establece que es una garantía que tiene ‘[t]oda persona **declarada culpable** de um delito’ (ênfasis agregado)⁴³³.

Destarte, ante o exposto, infere-se que, por óbvio, as garantias fundamentais são atribuídas apenas às pessoas que se encontram na iminência de sofrer o *ius puniendi* estatal e, portanto, necessitam da efetiva proteção constitucional para conter eventuais arbitrariedades. Nesta linha de intelecção, levando-se em conta que o duplo grau de jurisdição, o princípio do *non bis in idem*, e demais direitos declarados se efetivam, tão somente, em favor do imputado, é que se verifica a impossibilidade de o Ministério Público, ou o acusador privado, se valer de um recurso de apelação de alcance infundável, isto é, se insurgir contra uma sentença absolutória, para rediscutir fatos e fundamentos jurídicos anteriormente debatidos, sob o crivo de um juízo que dispôs do máximo contato com o caso penal.

⁴³² MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.176.

⁴³³ “Para confirmar a interpretação desta Corte de que se trata de um direito que asiste ao condenado, é relevante recorrer à linguagem concreta do artigo 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, que, ao se referir ao direito de recorrer de sentença, estabelece expressamente que é uma garantia de que tem “toda pessoa **declarada culpada** de um delito” (grifo acrescido).” (Tradução livre). CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Mohamed vs. Argentina**: Sentencia. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

4.4.2.2 O direito ao recurso para a acusação

Para fechar a proposta da pesquisa, faz-se necessária a análise acerca das hipóteses em que, uma vez absolvido o réu em primeira instância, surge a possibilidade de o Ministério Público recorrer. Com efeito, de logo, consoante todo o exposto até aqui, resta evidente que não pode o acusador se dispor de um sistema de impugnação para se insurgir contra uma sentença absolutória, com fins de rediscutir amplamente fatos e provas. Dessa forma, de logo, infere-se que à acusação não é dada a garantia do duplo grau de jurisdição, mas tão somente o direito de recorrer.

Para melhor explicar, recorre-se aos ensinamentos de Robson Renault Godinho, o qual ensina que o direito ao recurso não se confunde com a garantia ao duplo grau de jurisdição, na medida em que a relação entre ambos os institutos não é vinculativa⁴³⁴. Assim, corroborando com tal percepção, Dierle Nunes leciona que “o instituto do recurso não pode ser analisado de modo unitário com o princípio do duplo grau de jurisdição”, porquanto este garante um duplo exame amplo da inteireza das questões debatidas em juízo, enquanto aquele decorre do princípio do contraditório e da ampla defesa, “possibilitando uma intervenção das partes e um diálogo destas com o juízo todas as vezes que a decisão recorrida não tenha levado em consideração o seu contributo crítico”⁴³⁵.

Em simples parêntese, concorda-se, quase que inteiramente, com o entendimento firmado por Nunes, mas discorda-se no sentido de atribuir as raízes do direito ao recurso no princípio da ampla defesa, ao menos no processo penal. Isso porque, o acusador não necessita de ampla defesa e, portanto, assumir que o direito ao recurso advém de tal axioma constitucional, criaria bases para sustentar o duplo grau de jurisdição ao órgão ministerial (ou acusador privado).

Neste prisma, saliente-se que o entendimento acima esposado advém, invariavelmente, de uma doutrina processual civil unitária, o que, como largamente elencado em linhas anteriores, deve ser desentranhado da ciência do direito processual penal. No entanto, a ideia ensinada por Dierle Nunes, embora tenha sido pensada para os institutos que servem ao direito processual civil, cabe na construção da teoria da impugnação dos recursos em matéria penal. Vale dizer, o direito ao recurso é necessário para legitimar o (devido) processo penal e,

⁴³⁴ GODINHO, Robson Renault. Direito Constitucional ao Recurso. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 25, n. 2, 269-310, jul./dez., 2009, p.278 e 283. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/d29b93c0cdca38651530facb48e2050a.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2021.

⁴³⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2006, p.163.

portanto, é imprescindível que seja faculdade de ambas as partes, enquanto a garantia ao duplo grau de jurisdição, de titularidade exclusiva do imputado, serve como *conditio sine qua non* para a efetivação do poder de penar do Estado.

Nesta linha de intelecção, defende-se que a acusação, seja ela pública ou privada, assim como o imputado, pode recorrer de toda e qualquer decisão que foi proferida no bojo do procedimento penal. Para esta situação, diz-se que se está no gozo do direito ao recurso, vez que, nas palavras de Giacomolli, “O direito ao recurso não significa uma garantia de revisão total do que tenha sido decidido anteriormente”⁴³⁶. No entanto, encerrado o procedimento na primeira instância, o ordenamento jurídico penal deve restringir a possibilidade de interposição de recurso para a acusação, isto é, o recurso de apelação destinado à acusação só poderá ser admitido em caso de flagrante vício no processo, em relação a questões estritamente de direito, na medida em que o duplo grau de jurisdição é uma garantia exclusiva do imputado⁴³⁷.

Com efeito, Gustavo Badaró, ao reconhecer o duplo grau de jurisdição como um direito-garantia do acusado frente ao poder punitivo estatal, propõe um sistema de impugnação para a acusação, em que esta, diante de uma sentença de mérito, só poderia recorrer para versar sobre questões de direito. Vale dizer, o autor propõe a criação de uma “apelação limitada”, à semelhança dos recursos especial e extraordinário, em que se reservaria a discutir questões de direito:

[...] bem como, no campo probatório, ao controle de sua legalidade, da racionalidade do método de valoração da prova e da completude da valoração dos elementos probatórios produzidos, além do acerto na aceitação de eventual narrativa alternativa apontada como caracterizadora de uma hipótese geradora de dúvida razoável e, por fim, do controle da motivação realizada pelo julgador⁴³⁸.

No bojo desta proposta, é necessário repisar à exaustão que tal sistema, malgrado indique um desequilíbrio na balança entre as partes, jamais afetaria o princípio da paridade de armas. Isso porque, conforme já debatido no tópico 3.4.2.4, “as posições de tais sujeitos não são rigorosamente paritárias”, de modo que a introdução do recurso de “apelação limitada” fincaria suas bases na flagrante diferença existente entre a posição de um acusado diante de uma sentença condenatória e a do Ministério Público à frente de uma decisão absolutória, o

⁴³⁶ GIACOMOLLI, José Nereu. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p.343.

⁴³⁷ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.181.

⁴³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.79.

que deve ser equilibrado, de maneira substancial, sem esquecer, de forma alguma, a máxima de que é sempre preferível a absolvição do culpado ao erro da condenação de um inocente⁴³⁹.

Em lealdade ao debate, Leonardo de Paula, em sua tese de doutorado, advoga, acertadamente, pela supressão da legitimidade recursal do Ministério Público, mas peca ao propor o direito ao duplo grau de jurisdição à vítima, assistente ou terceiro juridicamente prejudicado, argumentando que, nos termos disciplinados pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, o duplo grau de jurisdição é uma garantia da pessoa e, portanto, abarcaria os aludidos sujeitos, para além da figura do acusado⁴⁴⁰.

No entanto, este entendimento não merece prosperar, na medida em que, afora o imprescindível controle de convencionalidade-constitucionalidade, é preciso realizar uma hermenêutica sistemática com todo o ordenamento jurídico brasileiro. Em outras palavras, nem a vítima, nem o assistente de acusação e tampouco terceiro prejudicado gozam de qualquer direito subjetivo de punir, mas tão somente da pretensão acusatória, isto é, o direito potestativo de proceder contra alguém. Portanto, ainda que sejam “pessoas”, não detêm o interesse de recorrer amplamente, vez que carecem de qualquer prejuízo de ordem material.

Portanto, conceder o direito ao duplo reexame da matéria a qualquer um desses sujeitos, seria colocá-los em posição de credor da pena, que ingressa no juízo para adjudicar um direito próprio, tal como ocorre no processo civil. Dessa forma, apesar de honrosa pesquisa e importantíssimo avanço da teoria a partir da tese defendida por Leonardo de Paula, o autor peca ao não se desvincular, por inteiro, dos vícios transportados pela ciência do direito processual civil unitário ao campo do processo penal.

Isto posto, conclui-se que a acusação goza do direito ao recurso, como corolário dos princípios do devido processo legal e do contraditório, principalmente, mas jamais é titular da garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição, na medida em que este é exclusivo do imputado, como um mecanismo a frear os abusos advindos do poder punitivo do Estado. Dessa forma, à acusação é defeso a interposição de recursos para discutir as suas teses no bojo do procedimento penal, de sorte que, uma vez proferida a sentença de mérito, a sua atuação deve ser rigorosamente limitada ao debate de questões meramente de direito.

⁴³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.79.

⁴⁴⁰ PAULA, Leonardo Costa de. *O Segundo Grau de Jurisdição como Garantia Exclusiva da Pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro*. 2017. **Tese. (Doutorado em Direito)**. – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba.

5 CONCLUSÃO

A presente análise apresentada passou, precipuamente, pela retirada, ainda que perfunctória, do véu da ignorância acadêmica – à semelhança da teoria de Rawls –, a fim de que ficasse evidente o processo que construiu o atual Código de Processo Penal, datado de 1941. Nesta perspectiva, demonstrou-se que o núcleo fundante do aludido *Codex* teve sua força motriz engendrada em um cenário essencialmente autoritário, de fortes influências nazifascistas e, ainda hoje, explicitamente inquisitório, como se observa da ainda vigente Exposição de Motivos capitaneadas por Frederico Marques.

Nesta linha de intelecção, delineou-se que, malgrado o CPP tenha sofrido diversas reformas ao longo dos seus 80 (oitenta) anos de existência, nenhuma delas foram capazes de desentranhar o ranço autoritário que constitui a sua marca de nascença: o sistema inquisitório, o Direito Penal do autor e a relativização sistemática dos direitos e garantias fundamentais do acusado, tornando-se, cada vez mais, o que era exceção, a regra. À vista disso, demonstrou-se a vivência atual de um Estado pós-acusatório, cristalizado nos ensinamentos de Gloeckner, no qual se vive um sistema inquisitório velado, de “garantismo inquisitorial”, a partir do esvaziamento das discussões acadêmicas acerca dos institutos autoritários, mantendo-se, pois, o sistema inquisitivo de maneira velada no ordenamento pátrio, a partir da virada Constitucional de 1988.

Neste prisma, concluiu-se que a reflexão acerca dos direitos e garantias fundamentais essenciais a um Estado dito Democrático de Direito tornou-se algo obsoleto, porquanto a simples justificativa de que o Brasil é regido por uma Constituição dita democrática, culminou no enrijecimento da doutrina processual penal acerca do necessário amparo ao acusado: percebe-se um gradativo processo de naturalização de violação aos direitos fundamentais. Desta análise, fez-se imperiosa o mergulho no sistema de impugnação brasileiro, ante à potencial aplicação autoritária e naturalizada deste instituto, nas bases do Estado pós-acusatório.

Fincadas essas premissas, adentrou-se ao segundo capítulo do projeto, em que buscou-se consignar a infraestrutura do duplo grau de jurisdição, desde o seu conceito, passando pela sua previsão legal, para, então, discutir os seus pressupostos. No ponto, foi fixado, em apertada síntese, que o duplo grau de jurisdição se trata de um direito-garantia de ver o duplo pronunciamento da matéria penal, vale dizer, a possibilidade de aquele que foi prejudicado por

uma decisão terminativa ver reanalisado todo o arcabouço construído em primeira instância, em face do prejuízo causado ao seu bem jurídico.

Nesta esteira, abriu-se a temática, brevemente, para investigar onde este instituto é previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, a jurisprudência dominante, hoje, no Supremo Tribunal Federal, entende que o duplo grau de jurisdição tem natureza supralegal, isto é, acima das leis e abaixo da Constituição, vez que foi introduzido pela ratificação dos Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, notadamente o Pacto San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, mas não foi filtrado pelo quórum constitucionalmente delimitado.

À luz deste paradigma, a corrente adotada pela presente pesquisa, acerca da previsão legal deste instituto, comunga com a parcela da doutrina que afirma o duplo grau de jurisdição de nível constitucional, na medida em que os Tratados Internacionais comentados alhures versam sobre conteúdo materialmente constitucional, de sorte que têm eficácia imediata e prescindem de qualquer complemento legislativo ou quórum ulteriormente fixado por Emenda Constitucional. Ainda sobre o tema, faz-se necessária a interpretação teleológica do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que afirma que as aludidas normas internacionais, quando insertas no Direito interno, terão natureza de direitos fundamentais e, portanto, a corrente hoje adotada pela jurisprudência nacional destoa da melhor exegese do dispositivo constitucional.

Isto posto, passou-se à discussão acerca dos pressupostos fundantes do duplo grau de jurisdição, isto é, os elementos caracterizadores que impulsionam a sua aplicação. Nesta linha de intelecção, discorreu-se sobre a imprescindível cisão entre os componentes que delimitam o comentado instituto no Direito Processual Civil e os que devem ser adotados para a instituição do duplo pronunciamento da matéria, no Direito Processual Penal. Na espécie, a ideia ratificada e acriticamente reproduzida durante décadas, tanto pelos cientistas processuais civis, quanto pelos estudiosos do processo penal, é de que os pressupostos que indicam a interpretação do duplo grau de jurisdição é, resumidamente, a falibilidade humana, de sorte que a dupla apreciação diminuiria a possibilidade de erro, a certeza jurídica, o inconformismo natural do ser humano e a suposta melhor técnica dos juízes dos tribunais, vez que detêm maior experiência jurídica.

Afastou-se, detidamente, a superficialidade de todos os argumentos supracitados, para demonstrar a primordialidade de se ater aos pressupostos próprios da Ciência do Direito Processual Penal Unitário, que carece de institutos jurídicos singulares. Sobre o assunto,

firmou-se que são dois, basicamente, os elementos que impulsionam a aplicação do duplo grau de jurisdição, pelos quais deverão ser adotados quando da hermenêutica autêntica deste instituto na *persecutio criminis*: a dupla conformidade da matéria penal, combinado com a presunção de inocência.

Nesta linha de intelecção, uma está intimamente ligada a outra: a dupla conformidade se trata de uma condição necessária de eficácia para que o Estado-juiz possa exercer o seu poder-dever de punir (pretensão punitiva), vez que a presunção de inocência, constitucionalmente garantida e princípio elementar do Estado Democrático de Direito, não pode ser mitigada por simples decisão de primeiro grau. Dessa forma, o duplo grau de jurisdição deve ser entendido como um direito-garantia do acusado frente ao poder punitivo estatal, de sorte que a decisão condenatória proferida em primeira instância não prescinde da dupla conformidade, vez que este pressuposto se mostra como *conditio sine qua non* para a aplicação da sanção penal.

Vencida esta questão, procurou-se fortificar o apresentado posicionamento, ao introduzir no esboço, isoladamente analisados, os princípios da presunção de inocência, as regras do *in dubio pro reo* e do *in dubio pro societate*, a diferença entre a pretensão punitiva e a pretensão acusatória e, por fim, o princípio da paridade de armas no processo penal.

Com efeito, foi clarificado que a presunção de inocência é o elemento reitor das demais garantias processuais penais, de modo que, em um Estado Democrático de Direito, todos os atos, judiciais e extrajudiciais, proferidos em busca da verdade processual deverão obedecer à máxima de que todo ser humano é presumidamente inocente, até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Dessa forma, assumindo o duplo grau de jurisdição como um direito fundamental do acusado ante o poder punitivo estatal, é saber que este instituto deverá ser aplicado segundo as premissas da presunção de inocência.

Nesta esteira, aprofundou-se no tema discorrendo sobre o *in dubio pro reo* e o *in dubio pro societate*, afirmando, de logo, que aquele é consectário lógico e direto da presunção de inocência, vale dizer, é uma regra de tratamento essencial ao processo penal acusatório. Por outro lado, o *in dubio pro societate* não tem mais espaço em um Estado Democrático de Direito (e não mais apenas *de Direito*), vez que o entendimento de que se deve priorizar o interesse de uma coletividade em detrimento dos interesses individuais do acusado oriunda de um sistema inquisitório, baseado na Santa Inquisição.

Precipuaente, consignou-se que não cabe mais o tratamento de que os direitos e garantias de um imputado no processo penal são meramente individuais, vez que

fundamentais e, portanto, definitivamente de interesse público. Outrossim, o processo penal baseado no suposto interesse da coletividade, condicionando que, na dúvida, “pau no réu”, é inescusável a um Estado Democrático de Direito, na medida em que o princípio da necessidade que permeia a *persecutio criminis* se fundamenta, em primeira e última análise, em um mecanismo para garantir que o imputado não sofra as arbitrariedades inerentes daquele que detém o poder de punir. Em outras palavras, o processo penal, embebedado por todas as garantias e direitos fundamentais disciplinados na Constituição, deve ser interpretado à luz da presunção de inocência e, portanto, exegeticamente como uma limitação ao poder de penar.

Assim, o *in dubio pro societate* é uma ferramenta, infelizmente, ainda hoje utilizada, como justificativa para a busca da “verdade real”, termo que também tem sua gênese no sistema inquisitório e ainda costumeiramente utilizado na jurisprudência nacional. Neste ponto, fincou-se que a verdade real é inexistente e impossível de ser atingida, de sorte que ela é utilizada como argumento que vela a real intensão de um processo penal inaugurado em 1941, cujo núcleo é cristalinamente autoritário: a mitigação aos direitos e garantias fundamentais de toda pessoa que é colocada no banco dos réus, em busca da sua punição a qualquer custo.

Ademais, explicou-se a necessidade da distinção entre a pretensão acusatória e a pretensão punitiva, dando a devida titularidade a cada um dos órgãos estatais: a primeira, ao Ministério Público e a segunda, ao Estado-juiz. Isso porque, a doutrina processual penal, bem como a jurisprudência pátria, em um efeito coletivo, decidiu por conceber que o órgão acusador goza de uma pretensão punitiva, isto é, que diante do cometimento de um delito, o Ministério Público passa a obter uma pretensão de punir o agente infrator.

No entanto, esta perspectiva advém, novamente, de uma importação indevida dos institutos aplicados ao Direito Processual Civil, enquanto ciência unitária, ao processo penal – que ainda hoje carece de uma construção teórica consolidada. Nesta esteira, coloca-se o Ministério Público como um verdadeiro credor de uma pena, à semelhança do que ocorre na relação entre credor-devedor, no processo civil, de sorte que atribuir a pretensão punitiva ao órgão ministerial equivale a dizer que o *Parquet* goza de uma exigência punitiva.

Isto posto, demonstrou-se que a acusação, seja ela de iniciativa pública ou privada, dota, tão somente, da pretensão acusatória, isto é, do poder-dever de, diante da fumaça da prática de um delito e de indícios de autoria, acionar o Poder Judiciário, para proceder contra o suposto infrator. Este direito (ou dever-poder) chama-se de *ius ut procedatur*. Sob este paradigma, a acusação carece de qualquer direito subjetivo de punir o infrator, vez que este

“direito” (leia-se: dever) é de titularidade exclusiva do Estado-juiz, a partir da legitimação de um processo penal norteado pelo art. 5º da Constituição Federal.

Por fim, em relação à paridade de armas, talvez o principal argumento que contradita a hipótese defendida por esta pesquisa, foi prontamente afastado, a partir da simplória premissa: o processo penal é uma ferramenta para a garantia do débil. Em outras palavras, o réu é essencialmente hipossuficiente frente ao poder de punir do Estado, que desde a fase investigativa goza de fortes aparatos para buscar a verdade processual do que se procura elucidar. Com efeito, foi enxertado que o conceito de paridade de armas, corolário da igualdade processual, não deve ser vista de maneira formal, mas sim na sua vertente material. Vale dizer, a paridade de armas serve (ou deveria servir), mais uma vez, como uma garantia do imputado, que, à frente de um arsenal visando infringir o seu *status libertatis*, deve gozar de instrumentos capazes de igualar o seu poder de resistência ao amplo poder da acusação.

Dessa forma, foi consignado que o sujeito, pela simples condição de suspeito, ainda na fase preliminar, já é envenenado por todo um estigma social, e, assim, principalmente na atualidade, quando se vive o “processo penal do espetáculo”, com forte influência midiática, já entra no “jogo” perdendo. Ou seja, sem as interferências das garantias fundamentais, jamais se alcançará uma verdadeira igualdade processual entre o acusado e a acusação, na medida em que aquele é flagrantemente hipossuficiente e, portanto, precisa de instrumentos que limitem o poder estatal, para que, ao menos, mitigue a discrepância de armas naturalmente existente entre as partes no processo penal.

Ex positis, adentrou-se ao último capítulo e cerne da monografia, já com as bases fixadas para a pretensa maturidade da hipótese levantada. Primordialmente, foi proposta a substituição da naturalizada teoria da ação para uma teoria da acusação. Isso porque, mais uma vez, a teoria da ação foi transportada acriticamente pela doutrina processual civil, de sorte que a sua natureza jurídica foi, igualmente, emprestada ao processo penal: tem-se, no processo civil, que a ação é um direito subjetivo do sujeito que teve uma pretensão legítima resistida, fato que não deve ser visto no processo penal.

Neste ponto, foi necessário elucidar que esta ideia de ação numa concepção civilista atesta, por mais uma via, que o Ministério Público goza de um direito subjetivo de ver o agente infrator punido – o que não pode ser admitido. Isso porque, repise-se à exaustão, o órgão ministerial dota, tão somente, de um poder-dever (ou direito potestativo) de proceder contra alguém em juízo, ante a fumaça da prática delitiva e indício de autoria. Com efeito, a declaração petítória endereçada ao juízo é o que, no processo penal, deve ser entendido como

o exercício da ação penal: uma vez recebida, ela se esgota, dando origem à *persecutio criminis*.

Em outras palavras, o Direito Civil material pode ser satisfeito sem que, para isso, haja um processo – aliás, essa é a regra. Neste ponto, o indivíduo, ao ver a sua pretensão sendo resistida por outro sujeito, aciona o órgão jurisdicional para que o seu direito subjetivo não seja violado. No processo penal, por outro lado, a um, não há uma exigência punitiva do Ministério Público, e, a dois, não há a aplicação da pena sem um devido processo penal (princípio da necessidade), de sorte que o Direito Material penal não se aplica sem perpassar por todo um procedimento que o legitima – e que, repise-se, serve para limitar o poder de punir do Estado.

Nesta esteira, foi proposta uma teoria da acusação, em que atribui ao acusador, seja ele público ou privado, a pretensão meramente acusatória, limitando o seu direito de ação à declaração petítória destinada ao Poder Judiciário, gozando, tão somente, de um poder-dever de proporcionar a aplicação do *ius puniendi* estatal.

Neste ínterim, debruçou-se acerca da natureza jurídica dos recursos, determinando, a partir da cisão proposta acima, que o recurso não é mero desdobramento do direito de ação, como naturalmente imposto pela doutrina processual penal. Isso porque, como dito, a ação se exaure a partir do recebimento da denúncia, e, portanto, não há o que se falar do desdobramento de algo que não mais existe. Assim, fixou-se a natureza jurídica do recurso como uma ferramenta de controle do exercício do poder de julgar e de punir, isto é, um ato jurídico a serviço do acusado, configurando mais uma chance de ele atestar o seu estado de inocência.

Isto posto, desestruturando, por completo, a influência civilista na ciência penal, passou-se à análise processual da legitimidade para recorrer no âmbito do direito repressor. Nesta toada, a investigação foi delineada pelo conceito de prejuízo a um direito estritamente material, ocasionado por uma decisão terminativa de mérito no primeiro grau de jurisdição. Neste ponto, estabeleceu-se que o interesse para recorrer no processo penal emerge, necessariamente, do prejuízo a um bem jurídico material daquele que sofreu as consequências da decisão jurisdicional.

Nesta linha de intelecção, fixou-se a ideia de prejuízo a partir de uma ofensa a um direito material do sujeito, causado pela decisão. Ato contínuo, analisou-se a decisão condenatória e o evidente prejuízo ocasionado ao réu, vez que a aludida sentença viola,

frontalmente, o seu bem jurídico mais precioso, a exceção da vida: o direito à liberdade, a presunção de inocência, e demais efeitos satélites.

Por outro lado, mergulhando na construção teórica delimitada na pesquisa, desentranhando-se das más influências dos institutos jurídicos que servem ao processo civil, concluiu-se que o Ministério Público, ao se ver diante de uma decisão absolutória proferida pelo juízo de primeiro grau, não sofre qualquer prejuízo, senão mera frustração de sua pretensão acusatória, o que não faz sobrevir, de forma alguma, o interesse em modificar a decisão meritória. Assim, inferiu-se que, também no aspecto infraconstitucional, ontologicamente falando, a acusação não preenche os pressupostos necessários para interpor recurso contra decisão absolutória, vale dizer: não goza do direito-garantia ao duplo grau de jurisdição.

A partir disso, foi proposto a remodelação interpretativa do duplo grau de jurisdição, à luz de um imprescindível controle de convencionalidade-constitucionalidade. Sobre o tema, aprofundou-se na análise do Pacto San José da Costa Rica e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que garantem o direito de reexame de decisão tão somente ao acusado. Em outras palavras, elucidou-se que, em hermenêutica sistemática, como deve ocorrer em um Estado Democrático de Direito, inferiu-se que o duplo grau de jurisdição é, primeiro, garantido à toda *pessoa* acusada do cometimento de um crime, à toda *pessoa* que se vê diante de uma sentença condenatória e, por fim, que tais disposições estão previstas no rol das garantias judiciais dos referidos diplomas e, por sua vez, insertos no art. 5º da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais de todo *cidadão*.

Nesta linha de intelecção, ratificou-se que os direitos e garantias fundamentais devem ser postos como um mecanismo de limitação do poder punitivo estatal e, portanto, um instrumento de defesa contra a arbitrariedade do Estado-juiz – o que, por óbvio, não se destina ao Ministério Público.

À luz deste paradigma, projetou-se acerca da ausência de justa causa recursal, fenômeno que ocorre a partir do proferimento de uma sentença absolutória, na medida em que, uma vez posicionando o processo penal como um sistema escalonado, à medida que a acusação vai logrando êxito em apontar o provável sujeito infrator, a presunção de inocência do acusado vai se enfraquecendo; de outro lado, a decisão absolutória leva o estado de inocência do imputado, presumido constitucionalmente, ao seu *status quo ante*, de sorte que os elementos anteriormente trazidos pela acusação e inteiramente refutados pelo órgão jurisdicional são imediatamente esvaziados. Assim, se não existem novos elementos

probatórios, ou um flagrante erro estritamente judicial, a tese acusatória levada a uma instância superior configurará patente renovação da acusação e, conseqüentemente, o sujeito absolvido sofrerá um duplo risco de sofrer as sanções penais, situação que esbarra no *non bis in idem* – princípio que foi proposto em uma acepção mais ampla.

Portanto, com a aludida hipótese, posicionou-se acerca da diferença entre o direito ao recurso e o direito ao duplo grau de jurisdição, em que este é, essencialmente, um direito fundamental exclusivo do acusado frente ao poder punitivo estatal, enquanto aquele é corolário da garantia ao contraditório, de sorte que o recurso é gênero, na qual o duplo grau de jurisdição faz parte. Em assim sendo, o Ministério Público goza do direito de recorrer no bojo do procedimento penal em primeira instância, ao passo que, uma vez proferida decisão terminativa que absolve o acusado, a participação do órgão ministerial se restringe à impugnação quanto às matérias que versam estritamente sobre questões de direito.

Ante todo o exposto, percebeu-se a necessidade imediata da construção de uma Ciência do Direito Processual Penal unitária, fincada em seus próprios institutos jurídicos e alheios, completamente, à Ciência do Direito Processual Civil. Para tanto, é preciso que se descortine o estado pós-acusatório em que o Brasil se encontra inserido atualmente, na medida em que este cenário impulsiona o autoritarismo do processo penal, mitigando, cada vez mais, os direitos e garantias fundamentais dos acusados, interpretando, erroneamente e de maneira temerária, que tais garantias são motores da impunidade. Com efeito, é preciso romper com o Código de Processo Penal de 1941, vez que, enquanto perdurar o seu núcleo autoritário e inquisitório, jamais se chegará a um processo penal de matriz acusatória, inerente ao que se entende por Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALCÁCER, Rafael Guirao. *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE HIJO, Ricardo. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, t. II.

AMARAL, Augusto Jobim do. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito de ação no processo penal: polêmicas e horizontes possíveis. **Revista eletrônica do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)**, Rio Grande do Sul, v. 13, n. 03, 2018, p.1016-1042. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30765>>. Acesso em: 4 out. 2021.

AMODIO, Ennio *apud* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

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

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Dos recursos no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

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

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

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

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

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
BOLFARINI, Isabella Christina da Mota. **Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Salvador: Juspodivm, 2019.

BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941. In: **Vade Mecum Saraiva**: temático. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL. Poder Executivo. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1941.

Disponível em:

<https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>.

Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do AgRg no HC 14.213/SP**. Rel. Min. Luiz Jux, j. 02/06/2017. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13044439>>. Acesso em: 23 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 73.338-7/RJ**. Rel. Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 13/08/1996, Primeira Turma, Data de Publicação: 19/12/1996.

Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>>. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 178.856/RJ 0033898-21.2019.1.00.0000**. Rel. Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 10/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 20/10/2020, p.12-13. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754177234>>. Acesso em: 23 out. 2021.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3. ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2019.

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

CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 1, parte 1, Padova: CEDAM, 1946.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Paraná, v.42, 2005, p.35-56. Disponível em:

<<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5183>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

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

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

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário Geral n.32, de julho de 2007**. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Mohamed vs. Argentina: Sentencia**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

COSTA, Paula Bajer Fernandes. **A igualdade no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CORDÓN, Faustino Moreno. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2. ed. Elcano: Aranzadi, 2002.

CORIA, Dino Carlos Caro. **Las garantías constitucionales del proceso penal. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. 2006, p.1027-1045. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08047-30.pdf>>. Acesso em 24 out. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. 2015. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2002.

CUNHA Jr., Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DEL POZZO, Carlo *apud* MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIDIER Jr., Fredie Souza. **Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. 22. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER Jr., Fredie Souza; CUNHA, Leonardo Carneiro Da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

DIDIER Jr., Fredie Souza. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

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

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York State Law. **Criminal Procedure Law. Consolidated Laws of New York's CPL code.** Article 450 – NY Criminal Procedure Law. Disponível em: <<https://ypdcrime.com/cpl/article450.php#c450.30>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

FAVOROTTO, Ricardo S *apud* VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal:** Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil.* Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia. Nueva Doctrina Penal.* 1996/B (p.445-456). Buenos Aires: Editores del Puerto. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30906-valores-doble-instancia-y-nomofilaquia>>. Acesso em: 24 out. 2021.

FERRETI, Carlos del Río. *Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal. Estudios Constitucionales.* Ano 10. n.1. 2012, pp.245-288. Disponível em: <https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100007>. Acesso em: 17 out. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 42. ed. Trad. Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GIACOMOLLI, José Nereu. **O devido processo penal:** abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Vctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. *Derecho procesal penal.* 3. ed. Madrid: Editorial Colex, 1999.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal:** uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo. Direito Fundamental ao Recurso no Processo Penal: uma crítica à concepção bilateral da impugnação In: **Revista Justiça e Sistema Criminal.** v.6. n.11. Curitiba, 2014 (183-214). Disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/36>>. Acesso em 21 out. 2021.

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

GODINHO, Robson Renault. Direito Constitucional ao Recurso. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas.** Pouso Alegre, v. 25, n. 2, 269-310, jul./dez., 2009. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/d29b93c0cdca38651530facb48e2050a.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2021.

GOLDSCHMIDT, James *apud* LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*: conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

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.

GÓMEZ ORBANEJA, Emílio; HERCE QUEMADA, Vicente. **Dececho Procesal Penal**. 10. ed. Madri: Artes Gráficas y Ediciones S. A., 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUARNIERI, José. *Las Partes em el Proceso Penal*. Trad. Constancio Bernaldo de Queirós. México, José M. Cajica, 1952.

GUSMÃO, Sady Cardoso. **Código de Processo Penal (breves anotações)**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942.

KHALED, Salah H. Jr. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Belo Horizonte: Casa do Direito, Letramento, 2016.

KHALED Jr., Salah H. **Ambição de verdade no processo penal**: Uma introdução. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LARA LÓPEZ, Antonio María. *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

LEGENDRE, Pierre. **O amor do Censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983.

LEITE, Inês Ferreira. **Ne (idem) bis in idem**: proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L., 2016.

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

LEVACK, Brian. **A caça às Bruxas na Europa moderna**. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p.40.

LOPES Jr., Aury. **A instrumentalidade garantista do processo penal**. 2011. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES Jr., Aury; MENDES, Tiago Bunning. **É absurdo sustentar a ausência de duplo grau de jurisdição para acusação?** 2018, p.1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-14/limite-penal-duplo-grau-jurisdicao-nao-vale-acusacao#_ftn7>. Acesso em: 01 nov. 2021.

LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alenxandre Morais da. **Quando a “Cinderela” do processo penal ganha novas roupas?** 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-28/limite-penal-quando-cinderela-processo-penal-ganha-novas-roupas>>. Acesso em: 03 out. 2021.

MACHADO, Marlon Wander. **Os recursos no processo penal e a reformatio in pejus**. São Paulo: WVC, 1998.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

MAIER, Julio B. *¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales?* **Revista Cuadernos de la Escuela del Servicio de Justicia**. Ano I. n.2. Ediciones Infojus. 2015. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/julio-maier-hacia-nuevo-sistema-control-decisiones-judiciales-dacf150688-2015-09/123456789-0abc-defg8860-51fcanirtcod>>. Acesso em 17 out. 2021.

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

MARTÍNEZ, Manuel Días. *Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutórias en apelación y casación: principio de inmediateción y derecho de defensa*. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. 3. Época, n.9 (enero 2013), págs.111-142. Disponível em: <<http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24576>>. Acesso em: 17 out. 2021.

MATTA, Paulo Jorge Sargoça da. O direito ao recurso ou o duplo grau de jurisdição como imposição constitucional, e as garantias de defesa dos arguidos no processo penal português. Relatório apresentado no âmbito do Seminário de Processo Penal. **Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 1995. Disponível em: <https://www.academia.edu/20349401/O_Direito_ao_Recurso>. Acesso em: 23 out. 2021.

MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Marcos Eugênio. **Mentalidade inquisitória e instrumentalidade do processo penal: transição democrática, reformas**

processuais e permanências autoritárias. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí**. Teresina, v.4, n.01, 2017, p.84-99. Disponível em: <<https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7419>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MIRZA, Flávio. A coisa julgada penal como garantia fundamental do réu: uma visão comparativa Brasil-EUA. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 10, v.17, n.02, 2016, p. 191-233. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/26603>>. Acesso em: 03 out. 2021.

MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NICOLLIT, André. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2012.

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

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020.

PASTOR, Daniel R. **La nueva imagen de la casación penal**: evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

PAULA, Leonardo Costa de. O Segundo Grau de Jurisdição como Garantia Exclusiva da Pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017. **Tese. (Doutorado em Direito)**. – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba. Orientador: Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Coorientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/52657/R%20-%20T%20-%20LEONARDO%20COSTA%20DE%20PAULA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 04 set. 2021.

PÉCAUT, Daniel. **Os intelectuais e a Política no Brasil**: entre o povo e a nação. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Ática, 1990.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal**: garantia e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PIECHENSTEIN, Ana Clara. *El recurso: de mecanismo de control a garantia*. **Lecciones y Ensayos**. Buenos Aires, nro. 87, 2009, (p.163-193). Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/87/lecciones-y-ensayos-87-paginas-163-183.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2013.

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

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

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. 2012. **Tese. (Doutorado em Direito)** – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis. Orientadora: Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/99221>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

REBELLO, Heribaldo. **Breves Lições de Direito Judiciário Penal**. v. 1. Rio de Janeiro: José Konfino, s.d.

REY, Sebastián A. ¿Efecto “boomerang” de las garantías? **Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal**, v. 10, n. 18/19, 2005.

ROBERTO, Welton. **A Paridade de Armas no Processo Penal Brasileiro: uma concepção do justo processo**. 2011. Tese. (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife. Orientador: Professora Dra. Anamaria Campos Torres. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10582/1/WELTON%20R.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2021.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Matriz autoritária como condicionante na atuação do julgador no processo penal**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-21/limite-penal-matriz-autoritaria-condicionante-atuacao-julgador-processo-penal>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

ROSA, Alexandre Morais da. Para entender o direito a partir da metáfora da teoria dos jogos. In: KHALED Jr., Salah (Coord.). **Sistema Penal e Poder Punitivo**: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr. Belo Horizonte: Casa do Direito, Letramento, 2020, p.48-64.

ROSA, Inocência Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediores del Puerto, 2000.

SABOYA E SOUZA, Keity Mara Ferreira. Dimensões do princípio *ne bis in idem*. 2012. **Tese. (Doutorado em Direito)** – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, p.198. Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Coorientador: Prof. Dr. Francisco Javier de León Villalba. Disponível em: <<https://www.btd.uerj.br:8443/bitstream/1/9274/1/Keity%20TOTAL.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

SANTOS, Marco Antônio Cabral dos. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. Locus: **Revista de História**. Juiz de Fora, v. 13, n. 2, 2007, p.31-48. Disponível em: <<https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20163>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

SANTOS, Uraquitan José dos. Da atividade persecutória do juiz no processo penal brasileiro: possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio*. 2015. **Dissertação. (Mestrado em Direito)** – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife. Orientador: Profa. Dra. Margarida de Oliveira Cantarelli. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/28118>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

SCHWARCZ, Lilia M; STARLING, Heloisa H. **Brasil**: uma biografia. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018;

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A atuação do juiz no processo penal acusatório. 2003. **Dissertação. (Mestrado em Direito)** – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife. Orientador: Prof. Dr. Nilzardo Carneiro Leão. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

SOUZA, Jessé. **A classe média no espelho**: Sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão a Bolsonaro. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Curitiba: Juruá, 2013.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019;

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 15. ed. reestrut. revis. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

TORNAGHI, Helio. **Compêndio de Processo Penal**. t. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

VARELA, Juan Noel; CASAL, Inés; LABOMBARDA, Victoria *et al.* *El derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior: la cuestión acerca de la persona a quien se le reconoce este derecho em la Convención Americana de Derechos Humanos*. **Sistema Argentino de Información Jurídica**. 2011. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/roxana-brisciese-derecho-recurrir-fallo-ante-juez-tribunal-superior-cuestion-acerca-persona-quien-se-le-reconoce-este-derecho-convencion-americana-derechos-humanos-dacf110105-2011-08-24/123456789-0abc-defg5010-11fcanirtcod#>>. Acesso em 02 out. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: Conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo grau de jurisdição na justiça criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da sentença condenatória. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org.). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. Estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p.219-255. Disponível em: <https://www.academia.edu/9472946/DUPLO_GRAU_DE_JURISDI%C3%87%C3%83O_NA_JUSTI%C3%87A_CRIMINAL_O_DIREITO_AO_RECURSO_COMO_POSSIBILIDADE_DE_QUESTIONAMENTO_DA_MOTIVA%C3%87%C3%83O_DA_SENTEN%C3%87A_CONDENAT%C3%93RIA>. Acesso em: 01 nov. 2021.

WOLKMER, Antônio Calor. **História do Direito no Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.