



UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

LUCAS PEDROSA CASTELLAR PINTO

O “DUPLO CONFORME” NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
UMA VISÃO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DA GARANTIA DO
DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Niterói, RJ

2025

LUCAS PEDROSA CASTELLAR PINTO

**O “DUPLO CONFORME” NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
UMA VISÃO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DA GARANTIA DO
DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito
Constitucional da Faculdade de Direito
Universidade Federal Fluminense, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito Constitucional.

Linha de Pesquisa: Instituições Políticas,
Administração Pública e Jurisdição
Constitucional.

Orientador:

Prof. Dr. Taiguara Líbano Soares e Souza

Niterói, RJ

2025

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

P659' Pinto, Lucas Pedrosa Castellar
 O 'DUPLO CONFORME' NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO : UMA VISÃO
 CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DA GARANTIA DO DUPLO GRAU DE
 JURISDIÇÃO / Lucas Pedrosa Castellar Pinto. - 2025.
 112 f.

 Orientador: Taiguara Líbano Soares e Souza.
 Coorientador: Leonardo Costa de Paula.
 Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense,
 Faculdade de Direito, Niterói, 2025.

 1. Direito Constitucional. 2. Processo Penal. 3. Direitos
 Humanos. 4. Produção intelectual. I. Souza, Taiguara Líbano
 Soares e, orientador. II. Paula, Leonardo Costa de,
 coorientador. III. Universidade Federal Fluminense. Faculdade
 de Direito. IV. Título.

CDD - XXX

Bibliotecário responsável: Debora do Nascimento - CRB7/6368

LUCAS PEDROSA CASTELLAR PINTO

**O “DUPLO CONFORME” NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
UMA VISÃO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DA GARANTIA DO
DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Faculdade de Direito Universidade Federal Fluminense, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional.

Linha de Pesquisa: Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional.

Aprovado em de de

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Taiguara Líbano Soares e Souza

Prof. Dr. Leonardo Costa de Paula

Prof^a. Dr^a. Roberta Duboc Pedrinha

Prof^a. Dr^a. Victória Amália de Sulocki

**Niterói, RJ
2025**

Dedico esta obra a todas as mulheres e homens que, de forma direta ou indireta, sofrem diuturnamente com as mazelas e arbitrariedades do poder punitivo do Estado.

AGRADECIMENTOS

Não posso começar a meus agradecimentos sem, primeiramente, demonstrar toda minha gratidão a minha mãe, Maria Cristina Pedrosa, e meu pai, João Carlos Castellar, por me brindarem com o dom da vida. Eles, e meu irmão Antônio, serão as únicas pessoas que, faça chuva ou faça sol, estarão ao meu lado. Sem o suporte de vocês eu não chegaria até aqui.

Também expresso toda minha gratidão e amor a minha companheira Taissa Bergier. Sua presença e afeto durante toda a trajetória do mestrado foram essenciais para a conclusão dessa etapa. Sem você nada disso seria possível. Lembro também de todo o apoio de Alberto e Marcia Rogienfisz, pais da minha amada, sempre presentes nos momentos de conquista.

Muito embora tenha iniciado minha trajetória acadêmica relativamente tarde, foi Rubens Casara quem plantou a semente da aspiração pelo pensamento crítico. Nossas conversas, ainda quando eu era aluno da graduação nos idos de 2010, me fizeram questionar as relações sociais e estruturais do Brasil. E foi um artigo de Rubens que inspirou o tema que me levou ao mestrado e que se transformou neste trabalho.

Victoria Sulocki, minha principal referência na academia, sempre foi grande entusiasta do desenvolvimento do objeto deste estudo. A ela devo toda minha gratidão pelo apoio e disposição no auxílio para o ingresso neste programa de pós-graduação.

Há também aqueles que nos acompanham em todas as etapas do ciclo acadêmico. Taiguara Líbano e Roberta Pedrinha são os professores que sempre estiveram ao meu lado em todas essas etapas. Ambos foram meus professores na graduação e na pós-graduação. Essa relação foi o diferencial necessário para minha formação crítica, uma vez que as lições de Taiguara e Pedrinha ampliaram sobremaneira meu horizonte de conhecimento. Não à toa Taiguara foi meu orientador e Pedrinha minha avaliadora nas bancas de qualificação e de defesa da dissertação.

A aproximação com Leonardo Costa de Paula, por sua vez, foi obra do acaso. Em um bate-papo num congresso apresentei meu tema a ele. De forma surpreendente, descobri nesse momento que o professor Leonardo também havia estudado o tema, sob outro viés e que, coincidentemente, ele fazia parte do quadro docente da UFF. Não hesitei em convidá-lo para ser meu coorientador.

Os amigos, igualmente, estiveram ao meu lado a todo o instante. Seja no auxílio na construção do projeto de pesquisa, como o fez Tatiana Emerich, seja ao longo de todo

o curso. Nada suplantará a parceria das queridas Natália Chuva e Samara França, e dos incríveis Carlos Afonso da Costa, Leonardo Rivera e Antônio Pedro Melchior.

Há também aqueles amigos que, por força do destino, contribuíram generosamente com ideias e matérias sem os quais este trabalho ficaria mais pobre. Foram Marcela Amaral, Diego Castro, Barbara Botelho, Luis Flávio Biolchini, Maria Clara Herkenhoff e Jefferson de Carvalho Gomes que me apresentaram temas até então desconhecidos, mas que foram extremamente relevantes na construção das ideias.

Rafael Albuquerque merece um destaque especial. Companheiro de trabalho e de militância, Rafael foi figura central e grande incentivador nessa trajetória acadêmica e profissional.

Gisela França e Paulo Machado foram os responsáveis por me levar à sala de aula, dessa vez como professor. A experiência que eles me proporcionaram (e ainda proporcionam) me fizeram descobrir minha vocação para a docência. E os alunos dessas instituições me receberam com todo o carinho.

Outros amigos merecem ser exaltados simplesmente por existirem. É o caso de Cristiano Forti, Rafael Gota e Marcella Cunningham.

Finalmente expresso todo meu apreço aos queridos colegas do mestrado da UFF, aqueles que enfrentaram em conjunto as aventuras da pós-graduação. Lindomar, Letícia Sarah, Josué, Guilherme, e todos os demais, meu muito obrigado.

RESUMO

A teoria geral do processo influencia até hoje as ciências processuais. O conceito de lide formulado por Carnellutti serviu como base para a construção do processo civil e do processo penal. Ocorre que o processo penal tem autonomia científica em relação ao processo civil e o conceito de lide não se aplica a ele. Surge, então, o novo paradigma da teoria dualista, defendida por Aury Lopes Jr, Jacinto Nelson de Miranda, e outros, sustentam a ruptura total do processo penal com a teoria geral do processo, em razão da indisponibilidade do direito à liberdade de locomoção. Considerando que a pena privativa de liberdade não é autoaplicável, necessitando de manifestação judicial para sua efetividade, o processo penal se apresenta como instrumento obrigatório para a concretização do direito material. Cabe ao Ministério Público a obrigação em dar início à ação penal quando toma ciência de um fato criminoso. Essa obrigação é chamada de princípio da obrigatoriedade. Em tempos recentes o princípio da obrigatoriedade sofreu algumas flexibilizações no ordenamento jurídico brasileiro. A consequência foi o aumento do poder punitivo e a aplicação antecipada de penas sem o devido processo legal, sendo necessário retomar a rigidez do princípio da obrigatoriedade em prol da própria democracia. Esse princípio, no entanto, encontra seu limite na sentença. Tendo em vista que o Ministério Público é órgão do Estado e se pauta pela impessoalidade, não pode manifestar vontade, ímpeto que cabe apenas à pessoa humana. O duplo grau de jurisdição, nesse cenário, se apresenta como um direito do acusado e não do acusador. A Constituição prevê que o recurso é uma extensão da ampla defesa. A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos dispõem que é um direito do acusado e do condenado. Julio Maier propõe o duplo conforme: uma pena só pode ser aplicada se foi duplamente confirmada em instancias distintas. Tendo em vista que o recurso representa um novo julgamento dos mesmos fatos, não se admite o *bis in idem* processual, ou seja, que um réu esteja em duplo risco de ser condenado. Isso significa dizer que a acusação não pode recorrer da sentença absolutória. A Corte Interamericana de Direitos Humanos consolidou entendimento, no caso Mohamed vs. Argentina, de que o recurso previsto no art. 8º, nº 2, *h* é um direito exclusivo do acusado, incorporando o duplo conforme tal como desenhado por Julio Maier.

ABSTRACT

The general theory of the process continues to influence the procedural sciences to this day. The concept of a "case" as formulated by Carnelutti served as the basis for the construction of civil and criminal procedure. However, criminal procedure has scientific autonomy in relation to civil procedure, and the concept of a "case" does not apply to it. Thus arises the new paradigm of the dualist theory, defended by Aury Lopes Jr, Jacinto Nelson de Miranda, and others, who argue for the total rupture of criminal procedure with the general theory of the process, due to the unavailability of the right to freedom of movement. Considering that the deprivation of liberty penalty is not self-executing, requiring judicial intervention for its effectiveness, criminal procedure is presented as a mandatory instrument for the realization of substantive law. The Public Prosecutor's Office has the obligation to initiate criminal action when it becomes aware of a criminal act. This obligation is called the principle of mandatory prosecution. In recent times, the principle of mandatory prosecution has undergone some flexibilizations in the Brazilian legal system. The consequence has been the increase in punitive power and the anticipated application of penalties without due process of law, making it necessary to resume the rigidity of the principle of mandatory prosecution for the sake of democracy itself. This principle, however, finds its limit in the sentence. Considering that the Public Prosecutor's Office is a state body and is guided by impersonality, it cannot express will, an impetus that belongs only to the human person. The double degree of jurisdiction, in this scenario, is presented as a right of the accused and not of the accuser. The Constitution provides that the appeal is an extension of the broad defense. The American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights provide that it is a right of the accused and the convicted. Julio Maier proposes the double conformity: a sentence can only be applied if it has been doubly confirmed in different instances. Considering that the appeal represents a new trial of the same facts, the procedural double jeopardy is not allowed, that is, that a defendant is in double risk of being convicted. This means that the prosecution cannot appeal the acquittal sentence. The Inter-American Court of Human Rights consolidated the understanding, in the Mohamed vs. Argentina case, that the appeal provided for in art. 8, 2, *h* is an exclusive right of the accused, incorporating the double conformity as designed by Julio Maier.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 - POR UMA TEORIA AUTÔNOMA DO PROCESSO PENAL....	14
1.1 – Crítica à teoria geral do processo no Brasil	18
1.2 – A importação acrítica das condições da ação do processo civil ao processo penal.....	23
1.3 – Doutrina contemporânea e crítica ao uso da teoria geral do processo no processo penal.....	25
CAPÍTULO 2 – AÇÃO PENAL PÚBLICA E SISTEMA ACUSATÓRIO – A OBRIGATORIEDADE COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO E DE GARANTIA DA DEMOCRACIA.....	37
2.1 – Ação penal pública, princípio da obrigatoriedade e sua flexibilização.....	37
2.2 – Considerações sobre o sistema acusatório.....	40
2.3 – Princípio dispositivo e sua (in)compatibilidade com o sistema acusatório e com a democracia.....	46
2.4 – Princípio da obrigatoriedade e impessoalidade: sentença como limite da obrigação da ação penal.....	52
CAPÍTULO 3 – PRINCÍPIOS RECURSAIS NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DA VISÃO TRADICIONAL E DA VISÃO CRÍTICA.....	57
3.1 – Princípios recursais.....	57
3.3 – Princípio do duplo grau de jurisdição.....	58
3.3 – Princípio da voluntariedade.....	59
3.4 – Princípio da taxatividade.....	61
3.5 – Princípio da fungibilidade.....	63
3.6 – Princípio da dialeticidade.....	65
3.7 – Princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.....	66
3.8 – Princípio da complementaridade.....	67
3.9 – Princípio da proibição da <i>reformatio in pejus</i>	68
CAPÍTULO 4 – DUPLO CONFORME E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL – UM DIREITO EXCLUSIVO DO ACUSADO.....	71
4.1 – Necessária teoria dos recursos para o processo penal brasileiro.....	74
4.2 – Duplo grau de jurisdição na Constituição e nos tratados internacionais.....	76

4.3 – O “duplo conforme” de Julio Maier e sua compatibilidade com a Constituição.....	81
4.4 – Realidade brasileira e a necessária implementação do duplo conforme.....	86
4.5 – O ofendido tem direito ao duplo grau de jurisdição?.....	88
4.6 – As condenações do Brasil da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela omissão do Estado em relação às vítimas.....	91
4.7 – A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a garantia do duplo grau de jurisdição.....	95
4.8 – Os recursos cabíveis ao acusador.....	99
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	101
REFERÊNCIAS.....	105

INTRODUÇÃO

A teoria geral do processo influenciou (e ainda influencia) a construção da ciência processual penal, como também na produção de leis que versam sobre regras e procedimentos processuais penais.

Considerando que o processo penal dispõe de bases e princípios próprios, e muitas vezes distantes da lógica do processo civil, parte dos autores que se dedicam a estudar e pensar o processo penal, dentre eles Aury Lopes Júnior e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, bebendo na fonte da crítica de Leone ao conceito de lide formulado por Carnelutti, defendem a total ruptura do processo penal com as bases teóricas do processo civil. Nasce, então, o novo paradigma da teoria dualista.

Uma das diferenças mais acentuadas está no exercício do direito de ação. Nas relações civis, regidas pelo direito civil, pressupõe-se que os negócios jurídicos celebrados entre as partes serão regularmente cumpridos, e que, nas hipóteses de inadimplemento, o contrato, instrumento que, em regra, é redigido pelas partes em comum acordo, resolverá eventual controvérsia. Isso porque os direitos tutelados pelo direito civil são disponíveis, capazes de ser transacionados ou até mesmo renunciados. Por isso a substituição da vontade das partes por uma decisão judicial se apresenta como uma excepcionalidade.

Não é isso que ocorre quando o que se discute é o direito indisponível da liberdade de locomoção do indivíduo quando ele é acusado de ter infringido uma norma penal criminalizadora. Nesses casos, a imposição da pena de restrição da liberdade deve necessariamente ser aplicada por uma autoridade judiciária, ainda que essa punição tenha sido negociada entre o Ministério Público, instituição com atribuição constitucional para promover a ação penal, e o acusado.

Estando em questão um direito indisponível não cabe ao representante do Ministério Público escolher qual conduta criminosa deve ou não ser perseguida. O ordenamento jurídico brasileiro impõe que, ao verificar indícios mínimos de autoria e materialidade, o membro do Ministério Público tem a obrigação de dar início à ação penal.

No transcorrer do processo não pode o Ministério Público dispor da ação penal e muito menos dela desistir, estando obrigado a promovê-la até a sentença de primeira instância, momento em que o princípio da obrigatoriedade se esgota. Nessa lógica, o

recurso, por ser uma manifestação de um ato de vontade, não poderia ser manejado pelo acusador público.

Muito embora parte da doutrina entenda que o princípio do duplo grau de jurisdição não está previsto expressamente na Constituição, o art. 5º, LV dispõe que o recurso é um meio inerente à ampla defesa. Além disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos preveem taxativamente que o direito ao duplo grau de jurisdição é uma garantia individual do acusado de um delito e do condenado.

Partindo dessa premissa, Julio Maier desenvolve o conceito de duplo conforme. Segundo o autor argentino, uma condenação, para ser definitivamente executada, deve ser confirmada em duas instâncias judiciais. No entanto, tendo em vista que o recurso não é um prolongamento do processo, mas sim um novo julgamento dos mesmos fatos, a dupla conformidade tem que se dar por meio de recurso interposto exclusivamente pelo condenado, a fim de se evitar o *bis in idem* processual.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos adotou a proposta de Maier e, ao interpretar o art. 8º, nº 2 *h* da Convenção, consolidou o entendimento de que o direito ao duplo grau de jurisdição é uma garantia do condenado. Por isso, este trabalho se justifica pela relevância do possível impacto social e jurídico da incorporação da jurisprudência internacional de mais um mecanismo de limitação do poder punitivo do Estado, ampliando, assim, as garantias individuais dos acusados no processo penal brasileiro.

Sob o objetivo de analisar a compatibilidade do conceito do duplo conforme com o sistema acusatório, realizou-se pesquisa bibliográfica para explorar a proposta de Julio Maier de dupla conformidade da sentença condenatória, bem como elaborou-se pesquisa da jurisprudência da Corte Americana de Direitos Humanos a fim de compreender a garantia do duplo grau de jurisdição como um direito individual do acusado.

No primeiro capítulo deste trabalho se analisará a ruptura do processo penal com a teoria geral do processo, a partir da crítica ao conceito de lide formulado por Canelutti. Pela abordagem das condições da ação, se verificará a não adequação carneluttiana ao processo penal brasileiro.

Ainda neste capítulo serão abordadas as críticas dos defensores da teoria dualista e os embates travados em tempos recentes entre Aury Lopes Jr., que propõe a autonomia do processo penal ante ao processo civil, e de Afrânio Silva Jardim, que entende que o processo penal e o processo civil compartilham as mesmas bases teóricas.

O segundo capítulo trará ao leitor a análise do princípio da obrigatoriedade e sua compatibilização com o sistema acusatório e sua contraposição ao princípio dispositivo. Nesse passo, algumas considerações serão feitas sobre a flexibilização do princípio da obrigatoriedade e suas nefastas consequências à democracia. Também se abordará em que momento se esgota a obrigação do Ministério Público em promover a ação penal, partindo-se da premissa de que se a atuação do representante do órgão acusador deve se pautar pela impessoalidade, e a considerar que uma das características dos recursos é a voluntariedade, não faz sentido que se permita a personalização da relação processual entre as partes do processo penal.

O terceiro capítulo dará palco aos princípios regentes do processo penal. Tendo em vista que esses princípios foram elaborados pela teoria geral do processo e adaptados ao processo penal, algumas considerações serão feitas sobre sua compatibilização com a autonomia científica das ciências processuais.

O quarto e último capítulo será permeado pela compatibilização do sistema recursal brasileiro com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos do qual o Brasil é parte. Nesse momento se trabalhará a proposta de duplo conforme, desenvolvida por Julio Maier, e também a posição definitiva da Corte Americana de Direitos Humanos sobre a garantia individual do duplo grau de jurisdição.

CAPÍTULO 1 – POR UMA TEORIA AUTÔNOMA DO PROCESSO PENAL

A teoria unitária do processo, expressão que também pode ser atribuída à teoria geral do processo, é a base teórica que fundamenta o processo penal brasileiro. Em linhas gerais, tanto os pensadores que a formularam, como aqueles que ainda a consideram legítima, sustentam que tanto o processo penal quanto o processo civil têm bases nas mesmas estruturas racionais.

Em contraposição, novas vozes surgiram mais recentemente apresentando a teoria dualista do processo. Esse novo paradigma científico pressupõe a existência de duas vertentes autônomas do processo: o processo civil e o processo penal.

A propositura de um novo paradigma científico, no entanto, sofreu natural resistência daqueles que ainda se vinculam ao pensamento unitarista do processo.

Antes mesmo de se entrar no debate sobre a teoria unitária e a teoria dualista, Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula alertam que:

É necessário discutir o conceito de paradigma, e sua aplicação ao pensamento jurídico, antes de se ingressar na discussão de seus efeitos no campo do discurso científico do direito processual: se a partir da teoria unitária, que une todos os ramos do processo ou se pela teoria dualista, que propõe a separação entre a teoria dos processos civil e a teoria do processo penal.¹

Como conceito de paradigma precede a discussão sobre a teoria unitária e a teoria dualista, necessário se faz, preliminarmente, explicar a dualidade entre de pensamentos por meio da concepção elaborada por Thomas Kuhn, que formulou o seguinte conceito.

De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: soluções concretas de quebra-cabeças que, empregados como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças.²

¹ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; DE PAULA, Leonardo Costa. **Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teoria dualista e a cera de abelha**, In Revista de estudos Criminais, nº 64, Ano XV. São Paulo: Síntese, 2016, p. 81-82.

² KUNH, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 218.

Ou seja, “paradigma é o que os membros de determinada comunidade científica partilham e comunicam, mesmo sem perceber isto”³.

Apesar do acúmulo do conhecimento científico, algumas questões levantadas ao longo da produção científica não encontram respostas nos padrões teórico e epistemológicos até então vigentes. É nesse momento em que há a crise paradigmática “que deverá levar à reflexão crítica sobre os padrões de pensamento de determinada ciência”⁴.

A consequência imediata da crise paradigmática é o desprezo, por parte dos idealizadores do paradigma hegemônico, na nova solução científica apresentada pelo paradigma emergente. O choque entre paradigmas, entretanto, é essencial para as transformações científicas.

Algumas das principais reviravoltas científicas surgiram do choque paradigmático. A título de exemplo cita-se a superação do geocentrismo (pensamento segundo o qual o planeta Terra seria o centro do universo) pelo heliocentrismo, de Nicolau Copérnico.

As respostas trazidas pela superação do paradigma hegemônico têm como consequência o desenvolvimento do pensamento científico. O questionamento de Copérnico, por exemplo, foi essencial para que Galileu Galilei propagasse o pensamento heliocêntrico durante o período do renascimento. Também foi fundamental para o estudo mais aprofundado dos planetas e do universo, que culminou no desenvolvimento da astronomia contemporânea.

A aceitação de um paradigma, desse modo, implica na rejeição do outro. Nunes e Costa de Paula destacam que “a afirmação de um novo paradigma vai de encontro ao sustentáculo do poder discursivo hegemônico, eis que a comunidade científica precisa permitir que o novo paradigma substitua o antigo”⁵.

Nas ciências jurídicas, a passagem de paradigmas tende a ser demasiadamente lenta, uma vez que o sistema de justiça é essencialmente conservador, circunstância que dificulta ainda mais a superação do paradigma hegemônico.

A teoria geral do processo, por sua vez, traduz o pensamento hegemônico fundamental das ciências processuais. A “afirmação de que a unidade de jurisdição resulta

³ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; DE PAULA, Leonardo Costa. **Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teria dualista e a cera de abelha**, In Revista de estudos Criminais, nº 64, Ano XV. São Paulo: Síntese, 2016, p. 82.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, p. 84.

a possibilidade do monismo no direito processual”⁶ se baseia no conceito de lide, formulado pelo italiano Francesco Carnelutti.

Para Carnelutti a lide é "um conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita"⁷. O processo, por sua vez, tem como finalidade a resolução desse conflito, da lide. Ao juiz cabe resolver o conflito por meio de uma sentença, independente de sua natureza e da qualidade das partes. Ou seja, o conceito de lide desenvolvido por Carnelutti seria aplicado a todo e qualquer processo judicial.

Ao perceber que a lide carneluttiana não considerava as peculiaridades do processo penal, Calamandrei expôs a inadequação do termo ao processo penal sustentando que "o conceito de lide não é utilizável como elemento distintivo da função jurisdicional pela simples razão de que os interesses, à regulação dos quais é preordenada a intervenção do juiz, não são disponíveis àquelas que figuram como partes no processo"⁸.

Em razão das críticas formuladas pelos juristas italianos, o próprio Carnelutti⁹ revisitou seus estudos e buscou adequar o conceito de lide para o processo penal, reconhecendo o erro de entender que a disciplina do processo penal seriam uma categoria intermediária entre o processo contencioso e o processo voluntário. Assim, Carnelutti formula o conceito de lide processual penal.

Nesse ponto, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho destaca que Carnelutti “mudou seu posicionamento sobre a lide no processo penal de modo absoluto, ou seja, de um acolhimento integral, no início, para uma negação total mais tarde, encontrando adeptos irrestritos nas duas fases”¹⁰.

Giovanni Leone¹¹ é quem desenvolve a noção de lide penal, que se traduz num conflito imanente entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do imputado, não podendo ser entendida como um conflito aparente de interesses qualificado pela ideia de pretensão e resistência.

Nas palavras de Leone:

Lide, no processo penal não deve significar conflito de atividade, conflito aparente de interesses, ou seja, qualificado por uma pretensão

⁶ *Ibidem*, p. 85.

⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Pádua: CEDAM, 1926, v. IV, p. 302)

⁸ CALAMENDREI, Piero. **Il concetto di litedi Francesco Carnelutti**. in *Rivista di diritto processuale civile*. Padua: Dedam, 1930, pp. 16-17.

⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni sul processo penale**. 2º Ed. Roma: Ateneo, 1949, pp. 121-122.

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 20.

¹¹ LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1988.

e uma resistência; lide, ao contrário, no processo penal significa conflito permanente e indisponível de interesses e por isso mais vital, enquanto transcende cada reflexo particular e contingente¹².

Assim, a jurisdição deve ser entendida como o poder de resolver o conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado¹³.

Por isso, a preocupação do juiz não é com a manifestação do Ministério Público e do réu, mas sim com os interesses camuflados (pretensão punitiva e direito à liberdade) que escapa da esfera de atuação das partes no processo penal., uma vez que pouco importa se a acusação atuará em sentido oposto à punição ou se o réu se manifestar interesse em se submeter à punição¹⁴.

O papel do juiz na lide penal, portanto, é resolver o conflito entre o direito de punir e a liberdade do acusado. Nesse momento a lide deixa de ser um conceito inerente a conflito de interesses particulares e passa a representar o conflito entre interesses eminentemente públicos.

Nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

A tese de Leone, não bastasse ter conseguido (...) uma coerência pouco vista anteriormente, na construção de um processo penal científico, seduz, à primeira vista, não só por manter uma considerável distância do direito processual civil, reservando particularidades do direito processual penal, como igualmente por não penetrar em pontos comuns a um ponto capaz de imolar seus dogmas¹⁵.

Aqui no Brasil a doutrina aderiu ao conceito iniciado por Carnelutti, incorporando a teoria unitária do processo em seu pensamento jurídico. O direito processual brasileiro ganha ares de cientificidade com a chegada de Liebman, um processualista civil que “nunca fez muita questão de sair para voo mais longo e penetrar com profundidade no processo penal”¹⁶. Mas é a partir de suas lições que se tomou a “consciência desse fenômeno chamado processo”¹⁷.

¹² *Ibidem*.

¹³ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; DE PAULA, Leonardo Costa. **Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teria dualista e a cera de abelha**, In Revista de estudos Criminais, nº 64, Ano XV. São Paulo: Síntese, 2016, p. 87.

¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 96.

¹⁵ *Ibidem*, p. 97.

¹⁶ *Ibidem*, p. 122.

¹⁷ *Ibidem*, p. 122.

A influência de Liebman, no entanto, criou a “consciência precipitada e a ineludível vontade de ver tudo no direito processual com aqueles olhos”¹⁸. Ou seja, o direito processual acabava por englobar apenas todos os ramos do processo, mas também difundir o pensamento de que o processo penal pode ser construído com base na lógica patrimonialista do processo civil.

1.1 – Crítica à teoria geral do processo no Brasil

José Frederico Marques, um dos entusiastas da teoria geral do processo afirma que “a prática de infração penal faz surgir uma lide de igual natureza, resultante do conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu”¹⁹.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho explica que, verificada uma conduta criminosa, o Estado, como titular do interesse público, “quer impor a sanção penal e, para tanto, faz valer sua subordinação do interesse daquele [imputado] e o seu”²⁰. Nasce, então, a pretensão punitiva.

Como a pretensão punitiva é um monopólio estatal, o processo é o instrumento necessário para a aplicação de uma pena, tendo em vista que os direitos objeto do direito penal são indisponíveis. A obrigatoriedade da ação penal garante que a possibilidade de resistência do réu “visto que o Estado não pode fazer prevalecer, de plano, o seu interesse repressivo”²¹, ou seja, não há imposição de pena sem o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Coutinho destaca que “o processo, mantém-se como necessário e só depois de sua decisão, reconhecendo a prática de um crime e, em suma, a procedência da pretensão penal, a pena poderá ser aplicada”²², porque o conteúdo do processo penal é a verificação e a viabilidade de uma pretensão punitiva.

Seguindo a lógica da teoria geral do processo, Frederico Marques explica que “o Poder Judiciário aplica a norma penal objetiva mediante a resolução de uma lide

¹⁸ *Ibidem*, p. 122.

¹⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. São Paulo: Forense. V. I, 1961, pp. 11-12.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 86.

²¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. São Paulo: Forense. V. I, 1961, p. 12.

²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 86.

consubstanciada no conflito entre o direito de punir e o direito de liberdade²³”. Fernando da Costa Tourinho Filho, é outro nome da literatura jurídica brasileira que se inspirou nas ideias de Carnelutti. De acordo com Tourinho Filho a pretensão é a “exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio²⁴”.

No processo penal, não há outra pretensão a ser formulada pela acusação senão a pretensão acusatória. Tourinho Filho explica que a pretensão acusatória nasce “no momento em que o ‘jus puniendi’ *in abstracto* se transfigura no ‘jus puniendi’ *in concreto*²⁵26”. Em outras palavras, a lide penal passa a existir a partir do momento em que surge a pretensão punitiva. A afirmação de Tourinho Filho se justifica porque ele, assim como Frederico Marques, se perfilhou à teoria unitária do direito processual.

No entanto, Marco Aurélio Nunes da Silveira²⁷ salienta que a existência de um conflito de interesses no processo penal impõe a obrigatoria admissão de que esses direitos são absolutamente indisponíveis. Ou seja, as partes não podem renunciar o seu direito, implicando à conclusão de que a lide penal se traduz num conflito sempre existente. Conclui no sentido de que:

(...) uma suposta identidade no conceito de jurisdição (civil e penal) não tem o condão de autorizar a elaboração científica de uma teoria unitária do processo. Afinal, o processo penal guarda incompatibilidade absoluta com a noção de lide, base da teoria do processo civil, mesmo em relação à chamada lide penal²⁸.

Apesar da inovadora consideração de Silveira, fato é que parte da literatura brasileira se vale da teoria unitária do processo para fundamentar as bases do processo penal brasileiro. Fernando da Costa Tourinho Filho é um representante da teoria unitária do processo.

²³ MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. São Paulo: Forense. V. I, 1961, p. 12.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 4ª ed. Bauru: Editora Jalovi, V. I, 1978, p. 3.

²⁵ *Ibidem*, p. 9.

²⁶ Para o autor o *jus puniendi in abstracto* ocorre quando “o Estado, através do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal”. Já o *jus puniendi em concreto* se verifica “no instante em qual alguém realiza a conduta proibida pela norma penal”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 4ª ed. Bauru: Editora Jalovi, V. I, 1978, p. 9).

²⁷ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **Por uma teoria da ação penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória no processo penal brasileiro**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 62.

²⁸ *Ibidem*, p. 63.

Tourinho Filho defende que “o processo, como instrumento compositivo do litígio, é um só²⁹” uma vez que “nas linhas estruturais, não divergem os processos civil e pena³⁰”.

Tourinho Filho complementa seu pensamento afirmando que a ação, tanto no processo civil quanto no processo penal é um direito público subjetivo de provocar a atuação dos órgãos jurisdicionais, concluindo que o conceito de ação é um só³¹. A diferença está na natureza da pretensão havendo “um colorido diferente à ação penal e à ação civil³²”. No entanto, ele faz um alerta ao leitor: “não se pretende confundir o Direito Processual Penal com o Direito Processual Civil ou que aquele seja reabsorvido por este³³”, mas sim “ apenas realçar que as pilastras são comuns, que muitos institutos são idênticos e que por isso se pode falar em uma Teoria Geral do Processo³⁴”.

1.1 – Crítica às condições da ação na Teoria Geral do Processo

Tradicionalmente entende-se que as condições da ação são: legitimidade de agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Esses conceitos foram inaugurados por Liebman para melhor entender o processo civil.

De acordo com Liebman as condições da ação são "requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito³⁵". Ou seja, caso falte uma dessas condições o autor é, nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco³⁶, carecedor da ação.

Para Theodoro Júnior³⁷, a falta de uma das condições não implica na exclusão do direito de ação do autor. Na verdade, a verificação das condições da ação indicarão a presença de requisitos ao exercício do direito de ação. É por isso que mesmo que uma ação, em que não se constate a presença das condições da ação, seja ajuizada o processo, ainda assim, será distribuído a um magistrado que, constatada a ausência das condições

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 4ª ed. Bauru: Editora Jalovi, V. I, 1978, p. 16.

³⁰ *Ibidem*, p. 16.

³¹ *Ibidem*, p. 16.

³² *Ibidem*, p. 17.

³³ *Ibidem*, p. 17.

³⁴ *Ibidem*, p. 17.

³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e o julgamento do mérito** in Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945, p. 216.

³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 224.

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Pressupostos processuais e condições da ação do processo cautelar**. In Revista fForense, Rio de Janeiro, a. 82, n 292, 1985. p. 29.

da ação, deverá proferir uma sentença de extinção. Nesse caso, o direito de ação está garantido.

Silveira³⁸ chega à conclusão de que as condições da ação não são requisitos para o exercício do direito de ação, mas sim para a obtenção de uma tutela jurisdicional, uma vez que, na falta deles, o juiz deixará de apreciar o mérito do processo, negando a tutela jurisdicional pretendida.

No mesmo sentido é a lição do próprio Liebman quando afirma que "as condições da ação, portanto, são os requisitos que a lide deve possuir para poder ser julgada. Eles dizem respeito às relações entre a lide e o conflito de interesses que a fez surgir, porque a lide só pode ser decidida se for adequada e apropriada àquele conflito"³⁹.

A análise das condições da ação, por sua vez, deve se ater a três requisitos básicos: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade de agir.

A possibilidade jurídica do pedido consiste na "admissibilidade em abstrato do provimento reclamado, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional"⁴⁰, ou seja, é a "possibilidade, para o juiz, na ordem jurídica a qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor"⁴¹. Logo, não pode haver pedido cujo provimento jurisdicional pretendido não esteja abarcado pelo ordenamento jurídico local. A título de exemplo, no Brasil não é possível que se assegure a um animal doméstico o direito à herança uma vez que esse direito não é garantido a seres não humanos.

Ocorre que em 1973 Liebman muda de opinião e passa a entender que a possibilidade jurídica do pedido não seria uma condição da ação, uma vez que o ordenamento jurídico admite o provimento jurisdicional de pedidos não abarcados pela lei, desde que não sejam por ela vedados⁴².

Ironicamente neste mesmo ano entrou em vigor o Código de Processo Civil brasileiro, que, inspirado nas superadas ideias de Liebman, previa em seu art. 267, VI que o processo seria extinto sem julgamento de mérito "quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual".

³⁸ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **Por uma teoria da ação penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória no processo penal brasileiro**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 245.

³⁹ LIEBMAN, Enrico. Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 139.

⁴⁰ *Idem*. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 46.

⁴¹ *Idem*. **O despacho saneador e o julgamento do mérito** in Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945, pp. 223-224.

⁴² *Idem*. **Manual de direito processual civil**. 3º ed. V. I, Trad. Candido R. Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 204.

Atualmente o Código de Processo Civil de 2015 prevê, em seu art. 17, que "para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade", adequando a legislação brasileira ao pensamento desenvolvido pelo autor italiano, retirando a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação.

O interesse de agir, nas palavras de Liebman, é "a relação de utilidade entre a afirmada lesão a um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido"⁴³. Isso significa que a situação de fato conflituosa gera o interesse para o exercício do direito de ação e a formação do processo. Não havendo conflito "o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, antieconômico e dispersivo"⁴⁴.

Grinover⁴⁵, por sua vez, ensina que há um interesse material, que é o interesse primário, e um interesse processual, ou seja, o interesse em ver a lide solucionada por meio dos órgãos de justiça a fim de satisfazer o interesse material.

Além disso, Grinover⁴⁶ indica que o interesse de agir está vinculado ao binômio necessidade-adequação. Assim, além de ser necessário recorrer ao órgão jurisdicional como o único meio de satisfação do direito material, é exigida a adequação entre a tutela jurisdicional pretendida e o direito material. No mais, de acordo com Liebman, não basta o interesse ser necessário e adequado se não houver utilidade no pedido, ou seja, deve haver um benefício prático-jurídico ao interessado.

Em relação a legitimidade para agir, também conhecida pela expressão *legitimatatio ad causam*, diz respeito à "pertinência subjetiva da ação àquele que a propõe e em relação à outra parte"⁴⁷, ou seja, a titularidade ativa ou passiva da ação.

Esta condição da ação está intimamente ligada ao interesse de agir, na medida em que é necessário individualizar as pessoas que integram o conflito, verificar quem tem interesse de agir e exercer o direito de ação, e quem é o legitimado para resistir e exercer seu direito de defesa.

Isso não significa dizer que outras pessoas que não participaram do conflito não tenham legitimidade de agir. É o caso da legitimidade extraordinária, também conhecida como substituição processual⁴⁸.

⁴³ *Ibidem*, p. 207.

⁴⁴ *Idem*. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação Penal**, São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 87.

⁴⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 223.

⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del pecesso civile**. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 46.

⁴⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – volume único**. 10ª Ed., Salvador: Juspodium, 2018, p. 136.

No caso da legitimidade extraordinária, a lei confere a legitimidade de agir para um terceiro que não participa do conflito. Nas palavras de Didier a legitimização extraordinária ocorre "quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito"⁴⁹.

Fato é que, no Brasil, tanto a doutrina majoritária quanto a própria legislação processual civil adotam as condições da ação de Liebman como requisitos para a obtenção da tutela jurisdicional.

1.2 – A importação acrítica das condições da ação do processo civil ao processo penal

A doutrina processual penal brasileira tradicional foi diretamente influenciada pelos pensamentos de Liebman, e adotou as condições da ação por ele formulada para tentar explicar a ação penal. A preocupação era adaptar os conceitos do processo civil ao processo penal.

José Frederico Marques, no início dos anos 1960, defendeu a autonomia do processo penal no campo das dogmáticas jurídicas, uma vez que o processo penal apresenta objeto e princípios que lhe são próprios. No entanto, a autonomia a que ele se referia estava relacionada com o direito penal, e não à teoria geral do processo. De acordo com Marques “por ser autônomo, não pode o Direito Processual Penal ser encarado como *direito penal adjetivo*”⁵⁰.

Essa crítica, no entanto, não acompanhou a incorporação dos institutos de processo civil, visto que Marques, importando os conceitos da teoria geral do processo, enumera três condições da ação do processo penal: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e a legitimidade de agir.

Fernando da Costa Tourinho Filho, como visto linhas atrás, é outro defensor da Teoria Geral do Processo, e, assim como Marques, entende que as condições da ação penal deve ser as mesmas do processo civil.

⁴⁹ DIDIER JR, Freddie. **Fonte Normativa da Legitimação Extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a Legitimação Extraordinária de Origem Negocial**, in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 26, 2015, p. 138. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1282730/Fredie_Didier_Jr.pdf Acessado em 27/02/2024.

⁵⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. São Paulo: Forense. V. I, 1961, p. 21.

Ao tratar da possibilidade jurídica do pedido, o Marques esclarece que “há possibilidade jurídica do pedido a pretensão do autor se refere a providência admissível pelo direito objetivo”⁵¹. O autor complementa seu argumento afirmando que “se a conduta descrita na peça acusatória não é típica, não se pode ser pedida a aplicação de sanção penal”⁵², havendo, pois, impossibilidade jurídica do pedido.

Tourinho Filho, no mesmo sentido, ensina que a possibilidade jurídica do pedido é a “providência que tenha existência no nosso ordenamento jurídico, isto é, o autor deve pedir algo abstratamente admissível segundo as normas vigentes”⁵³.

Quanto ao interesse de agir Marques sustenta que “é necessário que o autor formule uma pretensão acusatória, ou seja, um pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional”⁵⁴. Para tanto, a situação merecedora da tutela jurisdicional deve ser antijurídica.

Haverá interesse de agir, então, quando providência jurisdicional requerida está de acordo com a situação fática a ser decidida. Em complemento Frederico Marques afirma que quando “ausente o interesse de agir, falta *justa causa* para a propositura da ação penal”⁵⁵.

Tourinho Filho, por seu turno, ressalta que o interesse de agir processual não se confunde com o interesse substancial, de direito material, que ele classifica como interesse primário.

De acordo com o Tourinho Filho, o interesse primário é “um interesse de direito substancial consistente no bem jurídico, material ou incorpóreo, pretendido pelo autor”⁵⁶. O interesse processual é a demonstração desse litígio para o exercício do direito de ação, ou, nas palavras do próprio autor, “é o interesse de agir, ou legítimo interesse, de caráter nitidamente processual”⁵⁷.

No tocante a legitimidade para agir Frederico Marques assevera que “a ação somente poderá ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalecer

⁵¹MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. São Paulo: Forense. V. I, 1961. pp. 318 – 320.

⁵² *Ibidem*. p. 319.

⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 4ª ed. Bauru: Editora Jalovi, V. I, 1978, p. 431.

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. São Paulo: Forense. V. I, 1961, p. 319.

⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 4ª ed. Bauru: Editora Jalovi, V. I, 1978, p. 431.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 431.

⁵⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. São Paulo: Forense. V. I, 1961, p. 320.

na pretensão, e contra aquele cujo direito de liberdade possa ser subordinado, (...), ao interesse do Estado”⁵⁸.

Não é outra a posição de Tourinho Filho, que sustenta que “é parte legítima para promover a ação o titular do interesse em lide”. No caso do processo penal os legitimados serão as vítimas nas ações penais de iniciativa privada, e o Ministério Público nas ações penais de iniciativa pública. Excepcionalmente admite-se que o particular inicie uma ação penal de iniciativa pública, desde que o representante do Ministério Público deixe de oferecer denúncia no prazo previsto em lei, conforme previsto no art. 5º LIX da Constituição e art. 29 do Código de Processo Penal.

1.3 – Doutrina contemporânea e crítica ao uso da teoria geral do processo no processo penal

Contemporaneamente, contudo, parte da literatura processual penal brasileira tem se dedicado a criticar a uniformidade de conceitos já estabelecidos pela teoria geral do processo, propondo a autonomia do processo penal ao processo civil.

É Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁵⁹ quem traz a crítica mais tenaz à aplicação da teoria geral do processo no processo penal. Em seu ponto de vista, a adaptação do conceito de lide, que inaugura a teoria geral de processo, ao processo penal foi “o que de pior aconteceu ao direito processual penal em todos os tempos”⁶⁰ uma vez que a noção de lide importa numa visão “sem barreiras, com olhos amalgamados a uma visão epistêmica de natureza patrimonial, mercantil, enfim, civilista”⁶¹ do processo penal. Por isso, Coutinho afirma que a noção de lide é imprestável ao processo penal⁶².

Por essa razão que o conceito de lide penal formulado por Leone, ainda que represente importante avanço na distinção entre as bases ontológicas do direito processual civil e do direito processo penal, não é suficiente para causar a ruptura paradigmática necessária entre essas duas disciplinas.

A afirmação de que existe um imanente conflito de interesses entre o direito de punir e o direito de liberdade no processo penal pressupõe a total indisponibilidade de seu

⁵⁸ *Ibidem*, p. 320.

⁵⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 20.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁶¹ *Ibidem*, p. 23.

⁶² *Ibidem*, p. 23.

conteúdo⁶³. Ou seja, a relação de direito material entre a acusação e o acusado não pode ser transacionada entre as partes, visto que não há possibilidade de renúncia do direito. O próprio Leone destaca que “o princípio da indisponibilidade do objeto do processo é pacificamente entendido como exclusão de qualquer poder das partes em influir com o próprio comportamento sobre a sorte seja da relação processual seja da relação substancial deduzida em juízo”⁶⁴.

Por isso que Marco Aurélio Nunes e Leonardo Costa de Paula⁶⁵ concluem sobre a impossibilidade de se falar em lide penal, uma vez que a expressa previsão da legislação processual brasileira de mitigação do princípio da indisponibilidade, seja por meio de institutos que flexibilizam a obrigatoriedade de ação penal, seja porque o Ministério Público pode deixar de recorrer de sentença absolutória, impedem a importação do conceito de lide penal ao ordenamento jurídico brasileiro.

Diante desse impasse Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que propõe o conceito de caso penal, uma nova noção mais adequada à realidade latino americana. Para o autor, a expressão caso penal “seria uma expressão ainda não comprometida com outros significados relevantes”⁶⁶. Isso porque o processo penal ainda é o campo da incerteza, da dúvida quanto à aplicação da sanção penal àquele que, em tese, infringiu o tipo penal. Considerando que a pena não é auto executável, ou seja, é necessário o processo para que o Poder Judiciário imponha uma sanção penal, a expressão caso penal traz um menor espaço de indeterminação.

A relevância do conceito de caso penal, portanto, está no fato de que ele foi pensado e desenvolvido pelo processo penal e para o processo penal, afastando de vez a lógica de adaptação de noções inerentes ao processo civil e impondo uma ruptura definitiva com a teoria geral do processo.

As diferenças entre o processo civil e o processo penal não param por aí.

Um dos pontos em que essas duas disciplinas mais de distanciam é verificada na instrumentalidade do processo civil, que visa a garantir direitos disponíveis e patrimoniais às partes, e na instrumentalidade do processo penal, que tem como finalidade garantir direitos indisponíveis e fundamentais ao acusado.

⁶³ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; DE PAULA, Leonardo Costa. **Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teria dualista e a cera de abelha**, in Revista de estudos Criminais, nº 64, Ano XV. São Paulo: Sintese, 2016, p. 88.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 88.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 89.

⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 138.

Partindo-se da premissa de que não há pena sem processo, brocardo que enuncia o princípio da indefectibilidade da jurisdição penal⁶⁷, o processo penal se apresenta como instrumento necessário para a aplicação da sanção penal. Ainda que essa pena tenha sido transacionada entre o Ministério Público e o acusado, por meio de transação penal, acordo de não persecução penal, ou colaboração premiada, é necessário que os termos do acordo sejam remetidos ao Poder Judiciário para a averiguação da legalidade e regularidade das cláusulas, bem como para que haja a imposição da punição quando da homologação dos termos acordados.

Nas relações privadas, contudo, a regra é a não intervenção do Judiciário em eventuais desacordos entre as partes ou aplicação de sanções em razão de inadimplemento contratual. Nesse cenário o processo civil se mostra como instrumento excepcional, que só deve ser usado quando a concretização do direito civil entre as partes se tornar impossível naquele momento. Isso porque, mesmo após o ajuizamento da ação as partes podem retomar as negociações, sendo possível, inclusive, que um acordo seja firmado após a publicação da sentença, ou, até mesmo, após o trânsito em julgado.

Em outras palavras: o direito penal, em hipótese alguma, se realizará fora do processo penal; já o direito civil tem no processo civil o instrumento excepcional para sua aplicação.

Por isso que a autonomia dessas distintas disciplinas processuais é a medida que se impõe não apenas no estudo de seus institutos e fundamentos jurídicos, mas também na prática forense. Basta relembrar a inaplicabilidade das condições da ação do processo civil ao processo penal, visto em tópicos anteriores.

Os debates a respeito da quebra de paradigma entre a teoria unitária e a teoria dualista teve um novo capítulo em meados da década passada quando Aury Lopes Jr., entusiasta da teoria dualista, publicou uma coluna em um site especializado em conteúdo jurídico e de grande penetração na comunidade jurídica.

Lopes Jr., retoma a ideia do texto de Carnelutti *Centerola*. Nesse texto, Carnelutti apresenta o direito processual penal como a irmã preterida das demais ciências jurídicas, em especial o direito penal e o processo civil.

⁶⁷ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; DE PAULA, Leonardo Costa. **Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teoria dualista e a cera de abelha**, in Revista de estudos Criminais, nº 64, Ano XV. São Paulo: Síntese, 2016, p. 91.

Inicialmente, Lopes Jr. usa a analogia de Carnelutti para explicar o menosprezo da comunidade jurídica na construção de fundamentos autônomos do processo penal, que seria a Cinderela das ciências jurídicas. Nas palavras do autor:

tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela). A irmã favorita aqui, corporificada pelo Processo Civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável.⁶⁸

São inúmeros os institutos de processo civil que não são aplicáveis ao processo penal. Lopes Jr. traz muitos exemplos de inadequação desses conceitos, destacando ainda que há muitas situações em que os fundamentos do processo penal se mostram (ou deveriam mostrar) sua autonomia.

De início Lopes Jr. retoma a questão sobre a instrumentalidade do processo. No processo penal, as partes não podem abrir mão da formalidade processual, uma vez que “forma é garantia e limite de poder, pois aqui se exerce o poder de punir em detrimento da liberdade”⁶⁹ e não por razões meramente patrimoniais.

Assim como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Lopes Jr.⁷⁰ se mostra refratário ao conceito de lide penal. Ele sustenta que o conceito é imprestável ao direito processual penal uma vez que é um erro se falar em pretensão punitiva. Na verdade, o Ministério Público não atua no processo penal como um credor que pede a adjuração do próprio direito, porque o poder de punir não é seu. Cabe ao acusador o dever de promover a punição por meio de uma pretensão acusatória e, ao juiz, o poder condicionado de punir, visto que não se pode aplicar uma pena sem o necessário processo. Para Lopes Jr. a lide penal não existe porque não existe uma exigência punitiva que possa ser satisfeita fora do processo penal.

No que tange à jurisdição, Lopes Jr.⁷¹ afirma que ela é uma garantia fundamental no processo penal, uma vez que representa a limitação do poder de punir do Estado, não podendo ser deslocada ou definida por convenção entre as partes. A garantia da jurisdição implica também na garantia do juiz natural, não sendo cabível a aplicação de regras do processo civil relativas à competência. O autor é taxativo em afirmar que é “grave

⁶⁸ LOPES JR., Aury. **Teoria geral do processo é danosa à saúde do processo penal**. Conjur, 2014, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal/> Acessado em 05/01/2025.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

problema existe na matriz da TGP e suas noções de competência relativa e absoluta, desconsiderando que no processo penal não há espaço para a (in)competência relativa”⁷².

Isso porque a dimensão do julgamento penal é diferente do julgamento civil, visto que o caso penal (no sentido inaugurado por Coutinho) diz respeito à lesão de um bem jurídico tutelado em certa localidade.

A atuação do juiz no processo penal também deve ser distinta do juiz no processo civil. Num processo penal construído com base na estrutura acusatória, o juiz do caso penal, para se manter imparcial, não deve manter uma postura ativista, ou seja, não deve tomar qualquer tipo de iniciativa probatória para complementar as informações já constantes no processo. O sistema acusatório será melhor aprofundado mais a frente neste trabalho.

No processo penal, portanto, não há a distribuição das cargas probatórias, ou seja, havendo uma dúvida razoável não resta alternativa senão julgar pela improcedência da acusação, isso porque o “juiz ator, que vai atrás da prova, desequilibra a balança, mata o contraditório e fulmina a imparcialidade”⁷³. O princípio do *in dubio pro reo*, mais do que regra de julgamento, é uma garantia, que não pode ser vilipendiada em favor da busca pela ‘verdade’ inequívoca do caso penal.

Também não se pode admitir a noção de revelia no processo penal. Nas palavras de Lopes Jr.:

A categoria ‘revelia’ é absolutamente inadequada e inexistente no processo penal, sendo figura típica do processo civil, carregada de sentido negativo, impondo ainda a ‘presunção de veracidade’ sobre os fatos não contestados e outras consequências inadequadas ao processo penal. A inatividade processual (incluindo a omissão e a ausência) não encontra qualquer tipo de reprovação jurídica. Não conduz a nenhuma presunção, exceto a de inocência, que continua inabalável. O não agir probatório do réu não conduz a nenhum tipo de punição processual ou presunção de culpa. Não existe um dever de agir para o imputado para que se lhe possa punir pela omissão⁷⁴.

A mesma impropriedade se percebe em relação aos recursos excepcionais. A lei 8.038/1990 previa no §2º do art. 27 que os recursos especial e extraordinário teriam efeito devolutivo. Essa norma foi revogada e, atualmente, é o Código de Processo Civil que regulamenta o procedimento dos recursos excepcionais. O novo texto, porém, se mantém

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

silente a respeito do efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial sobre matéria penal.

A ausência de regulamentação específica dos recursos excepcionais que tratam de matéria penal demonstra que, apesar dos esforços de pensadores como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Aury Lopes Jr, e outros tantos, a teoria geral do processo ainda é hegemônica na construção legislativa.

Em razão desse discurso desassociado com a autonomia das disciplinas processuais criam-se interpretações da própria Constituição que ignoram as singularidades do processo penal.

Não faz muito tempo que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o início da execução da pena poderia se dar após o julgamento da apelação. Um dos fundamentos dessa decisão foi de que a ausência de previsibilidade legal de efeito suspensivo dos recursos excepcionais permitiria a execução provisória da pena mesmo antes do trânsito em julgado. Vale destacar o trecho abaixo do voto condutor do Ministro Teori Zavascki, relator do HC 126.262/DF:

Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, “as causas decididas em única ou última instância”. Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP).⁷⁵

A influência da teoria geral do processo é tamanha que o direito indisponível à liberdade é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro sob a ótica das relações patrimoniais.

No processo civil, sendo determinada a execução provisória de uma sentença que posteriormente é reformada, a questão será resolvida em perdas e danos. Em muitos casos a execução da obrigação civil ocorre antes mesmo de formado o contraditório,

⁷⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 126.292/DF. DJ 17/05/2016, Rel. Min. Teori Zavascki.

quando é deferida uma tutela de urgência a fim de que o direito pleiteado não pereça ao longo da tramitação da ação.

No processo penal, contudo, não há nenhum sentido em antecipar a execução da pena sob a justificativa do perecimento do objeto da ação. Por isso que Lopes Jr. faz a seguinte indagação: “qual é o fundamento da prisão? Perigo na demora? O réu vai ‘perecer’? Claro que não.”⁷⁶

Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha mudado de entendimento nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54⁷⁷, reestabelecendo a literalidade do texto constitucional e garantindo a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não se pode negar que a influência da teoria geral do processo traz relevantes (mas não necessariamente benéficos) impactos no processo penal.

Não por outra razão Lopes Jr. elabora sua crítica à importação acrítica da teoria geral do processo ao processo penal sob a afirmação de que “o problema está em que, na tentativa de adequar ao processo penal, é feita uma verdadeira ginástica de conceitos, estendendo-os para além de seus limites semânticos”⁷⁸. Lopes Jr. Acrescenta ainda que “o resultado é uma desnaturação completa, que violenta a matriz conceitual, sem dar uma resposta adequada ao processo penal”⁷⁹. Ou seja, o interesse primário tem como finalidade o bem da vida que está em litígio.

Ao adentrar no estudo das condições da ação, Lopes Jr. sustenta que o interesse de agir “é um conceito que pode ser aproveitado pois se trata de exigir uma vinculação subjetiva, pertinência subjetiva, para o exercício de ação”⁸⁰. Esse entendimento tem como fundamento o artigo 100 do Código Penal, o qual preconiza que, em regra, a ação penal é de iniciativa pública, com exceção da ação penal de iniciativa privada, que é promovida mediante queixa, e da ação penal de iniciativa privada subsidiária da iniciativa pública, que ocorre quando o Ministério Público, titular da ação, não oferece a denúncia no prazo

⁷⁶ LOPES JR., Aury. **Teoria geral do processo é danosa à saúde do processo penal**. Conjur, 2014, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal/>. Acessado em 05/01/2025.

⁷⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação declaratória de Constitucionalidade nº 43. DJ 12/11/2019, Rel. Min. Marco Aurélio Melo.

⁷⁸ LOPES JR., Aury. **Teoria geral do processo é danosa à saúde do processo penal**. Conjur, 2014, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal/>. Acessado em 05/01/2025.

⁷⁹ *Idem*. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen iuris, V. I, 2009. p. 35.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 35.

legal. Neste caso, a legitimidade da propositura da ação penal é da vítima, que deverá apresentar uma queixa subsidiária de denúncia.

Em sentido semelhante, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sustenta que apenas o réu tem interesse material no processo, e não é o interesse em ser punido, uma vez que “vê-se (...) o réu lutando – muitas vezes consciente de sua própria culpa, com todas as forças, para não ser apenado, afinal, é melhor o inferno da consciência (...) que o inferno de nossos cárceres”⁸¹.

No tocante à possibilidade jurídica do pedido, Lopes Jr. acertadamente afirma que “o pedido, no processo penal de conhecimento, será sempre de condenação, exigindo um tratamento completamente diverso daquele dado pelo processo civil, pois não possui a mesma complexidade”⁸².

Quanto ao interesse de agir, Lopes Jr. verifica que no processo civil esta condição está vinculada a utilidade e a necessidade do provimento jurisdicional, tratando-se, portanto, “de interesse processual de obtenção do que se pleiteia para satisfação do interesse material”⁸³, concluindo que “se trata de categoria do processo civil que resulta inaplicável ao processo penal”⁸⁴.

Ainda sobre o interesse de agir, percebe-se que na ação penal de iniciativa privada não se pode afirmar que está presente o interesse quando a vítima oferece queixa contra o autor do fato. Isto porque o único interessado na punição é o Estado, detentor do poder punitivo. Esse, inclusive, é o fundamento para a presença do Ministério Público em todo e qualquer processo penal.

Também não há que se falar em interesse de agir do Ministério Público porque, ao verificar a existência de um fato criminoso (típico, antijurídico e culpável) a possibilidade concreta de punibilidade (o crime pode estar prescrito ou operado a decadência do direito de queixa), e a justa causa⁸⁵ (indícios mínimos de autoria e

⁸¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 87.

⁸² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen iuris, V. I, 2009, p. 35.

⁸³ *Ibidem*, p. 35.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 35.

⁸⁵ Alguns pensadores do processo penal, dentre eles Lopes Jr., entendem que a justa causa é uma quarta espécie de condição da ação penal. Fundamentam seu entendimento no sentido de que a justa causa é autônoma às outras condições da ação. Se não se percebe a justa causa, ou seja, indícios de autoria e materialidade, não há que se falar em interesse de agir ou legitimidade. (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen iuris, V. I, 2009).

Já para Maria Thereza de Assis Moura, a justa causa não “constitui condição da ação, mas a falta de qualquer das uma das apontadas condições implica em *falta de justa causa*”. Desta forma, entende para que haja interesse de agir, a justa causa já deve estar presente, uma vez que um fato atípico carece de justa

materialidade), este órgão estatal é obrigado a oferecer a denúncia a fim de iniciar a ação penal.

A provocação de Aury Lopes Jr. foi sentida pelos defensores da teoria geral do processo. Afrânio Silva Jardim publicou no mesmo sítio eletrônico uma coluna que visava a rebater, uma a uma, as críticas à teoria geral do processo.

Em uma passagem de seu texto, Jardim atesta que em sua biblioteca há cerca 51 obras sobre teoria geral do processo, sendo que dessas 22 são de autores estrangeiros⁸⁶. A afirmativa de Jardim, no entanto, apesar de não conter qualquer caráter científico, confirma o discurso hegemônico da teoria geral do processo, reafirmando o paradigma vigente. Ou seja, onde “há uma hegemonia relativamente estável, as possibilidades de criatividade são provavelmente fortemente mais restritas”⁸⁷.

A teoria dualista representa um novo paradigma na ciência processual. Além disso, os debates sobre a autonomia do processo penal aqui no Brasil são muito recentes, inaugurados por Tucci⁸⁸ e Coutinho no final da segunda metade do século passado. Para fins comparativos, Chiovenda critica o conceito carneluttiano de lide em meados de 1930.

Jardim também questiona a interpretação dada por Lopes Jr. sobre a necessidade do processo penal para a aplicação da pena afirmando que ‘o fato de não se poder aplicar a pena senão através do processo penal não o distingue tanto do processo civil e do trabalho’⁸⁹. O argumento usado pelo autor é de que “só posso recuperar a minha propriedade através do processo, já que é vedado o exercício arbitrário das próprias razões”⁹⁰.

Essa afirmação, no entanto, está equivocada. O Código Civil prevê em seu art. 1.210 que o possuidor tem o direito de ser mantido na posse em caso de turbação e de ser restituído em caso de esbulho quando houver justo receio de ser molestado. O §1º desse mesmo artigo autoriza o possuidor a usar a própria força para manter-se ou restituir-se na posse, desde que o faça logo e não vá além do indispensável para a garantia do seu direito.

causa, o que gera na falta de interesse da acusação. (MOURA, Maria Thereza de Assis, **Justa causa para ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 221-222).

⁸⁶ JARDIM, Afrânio Silva. **Não creem na teoria geral, mas ela exista**. Conjur, 2014, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe/> acessado em 05/01/2025.

⁸⁷ FAIRCLOUGH, Norman. **Análise crítica do discurso e a mercantilização do discurso público: as universidades**. In MAGALHÃES, Célia. M. (org). **Reflexões sobre a análise crítica do discurso**. Belo Horizonte: UFMG, 2001, p. 31 e ss.

⁸⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*.

Além disso, Jardim não faz qualquer menção à própria essência do direito civil, que, em regra, se realiza fora do processo; e a do direito penal, cuja aplicação sempre se dará dentro do processo penal.

Jardim também questiona a crítica de Lopes Jr. sobre as condições da ação. Ao questionar a proposta de Lopes Jr. sobre a adequação das condições da ação no processo penal, Jardim afirma que “existem ações penais que não são condenatórias, onde o chamado ‘princípio da necessidade’ não tem pertinência”⁹¹. Jardim, no entanto, não enfrenta os argumentos expostos por Lopes Jr., e, fugindo da temática, sustenta que as condições da ação são aplicadas em ações de natureza não incriminatórias, tais como o *habeas corpus* e a revisão penal.

Certo é que o raciocínio de Lopes Jr. tem como objeto a ação penal inaugurada por uma acusação formal (denúncia ou queixa). Isso porque no ato de recebimento da acusação que instaura a persecução penal deve analisar os requisitos de admissibilidade da denúncia ou queixa e, neste momento, recusar a acusação infundada.

No entanto, para defender o emprego da possibilidade jurídica no processo penal, Jardim traz um exemplo extremo afirmando que em havendo um “pedido de açoite ou morte (salvo militar em tempo de guerra) seria juridicamente impossível, tornando dispensável a coleta de prova ou a realização de outros atos processuais”⁹².

Não restam dúvidas de que esse esdrúxulo pedido não é possível em razão de sua flagrante ilegalidade. Mas nem sempre as acusações infundadas são de fácil percepção, ou seja, “o juízo da acusação merece condições de admissibilidade construídas a partir das próprias peculiaridades do direito processual penal”⁹³.

Por isso que não é cabível a importação dos conceitos da teoria geral do processo sobre as condições, naturalmente aplicáveis ao processo civil, para o processo penal, mesmo para as ações de natureza não incriminatórias. O *habeas corpus*, a revisão criminal, por exemplo, são ações que “servem imediatamente de reação direta ao exercício do poder de Estado na esfera penal”⁹⁴, isto é, visam a impugnar decisões proferidas em desfavor do acusado.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; DE PAULA, Leonardo Costa. **Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teria dualista e a cera de abelha**, in Revista de estudos Criminais, nº 64, Ano XV. São Paulo: Síntese, 2016, p. 97.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 87.

Não é razoável pensar que os requisitos essenciais para a análise do recebimento de uma acusação sejam acriticamente aplicados nas ações não incriminatórias. Não se exige, por exemplo, demonstração da justa causa (indícios mínimos de autoria e materialidade) para o recebimento do *habeas corpus* e da revisão criminal. Ao contrário, essas ações tem como um de seus principais objetivos a desconstituição da acusação ou da própria condenação.

Além do mais, as ações não condenatórias estão vinculadas necessariamente a uma ação penal, não havendo possibilidade de concessão de ordem de *habeas corpus* sem a constatação de ilegalidade derivada de processo ou investigação em que discuta um caso penal, como também não haverá procedência de uma revisão criminal sem que haja condenação transitada em julgado proferida em processo anterior. Ou seja, a jurisdição é necessária para o manejo das ações não condenatórias, e, por isso, elas estão intimamente ligadas ao princípio da necessidade.

Uma prisão decretada ilegalmente ou uma condenação que se baseie em prova falsa, por exemplo, não pode ser objeto de acordo entre o acusado ou condenado e a acusação. Por isso que as ações incriminatórias não gozam de uma autonomia que se enquadre nas condições da ação da teoria geral do processo, uma vez que o direito objeto dessas ações é indisponível e insuscetível de transação.

O exemplo usado por Jardim para desacreditar os defensores de teoria dualista nada mais é do que retórica, não havendo qualquer base científica para que fundamente sua conclusão.

Não se pode negar que o debate entre a teoria unitária do processo, que dá fundamento à teoria geral do processo, e a teoria dualista representa uma crise paradigmática nas ciências processuais brasileiras. Isso porque as vozes que destoam do discurso hegemônico da teoria geral do processo só começaram a ser ouvidas a partir da década de 90 do século passado.

A retomada mais acentuada desse debate a partir de 2014 terá como inevitável consequência o desenvolvimento do pensamento jurídico, em especial no processo penal, visto que a contraposição de ideias enriquece a produção científica.

Em razão da propositura de um novo paradigma nas ciências processuais, é necessário que o processo penal seja revisto, seja para incorporar as novas ideias a sua estrutura, seja para, ao menos, repensar e readequar seus institutos à realidade sociocultural brasileira. A reestruturação do processo penal, portanto, deve se pautar na contenção do poder punitivo estatal.

A limitação da pretensão acusatória deve ser o foco desse novo debate. A adoção do sistema acusatório pela Constituição de 1988, e sua definitiva incorporação por meio da Lei 13.964/2019, indicam que as discussões travadas em âmbito acadêmico estão influenciando, ainda que de forma tímida, a produção legislativa.

Ainda que o sistema acusatório adotado no Brasil não tenha sido idealmente implantado – na verdade ainda está longe de ser – não se pode perder de vista que certos aspectos relativos ao princípio da obrigatoriedade e os recursos devem ser adequados à nova sistemática processual penal.

CAPÍTULO 2 – AÇÃO PENAL PÚBLICA E SISTEMA ACUSATÓRIO – A OBRIGATORIEDADE COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO E DE GARANTIA DA DEMOCRACIA

A Constituição brasileira promulgada em 1988 representa um importante marco na consolidação de direitos e garantias individuais. Essa guinada democrática, por óbvio, teve reflexo na estrutura do processo penal brasileiro, tendo em vista que o texto constitucional atribui privativamente ao Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública, no art. 129, I. Nesse sentido, a literatura processual penal passou a sustentar que a Constituição de 1988 adotou o sistema acusatório, já que a norma constitucional delimita o órgão estatal responsável pelo oferecimento da ação penal.

O processo penal, como visto no capítulo anterior, goza (ou deveria gozar) de autonomia científica em relação ao processo civil. Isso significa dizer que desde a constatação de um fato criminoso o procedimento de apuração dos indícios mínimos de autoria e materialidade, o oferecimento da denúncia, a instrução processual, e todos os demais atos seguintes são regidos por princípio próprios.

Necessário observar que ao tomar conhecimento do fato criminoso o órgão do Ministério Público, verificados indícios de autoria e materialidade, tem a obrigação de dar início à ação penal, desde que não seja aplicável à hipótese a transação penal ou o acordo de não persecução penal, mecanismos que flexibilizam a obrigação de promover o processo penal.

Iniciada a ação penal, o acusador público não pode dela dispor, ou seja, não pode desistir do processo. Isso significa dizer que o ordenamento jurídico desautoriza qualquer manifestação de vontade do membro da acusação antes da prolação da sentença, reforçando a máxima de que o poder de punir é do Estado-juiz.

2.1 – Ação penal pública, princípio da obrigatoriedade e sua flexibilização

O princípio da obrigatoriedade, também conhecido como princípio da legalidade impõe ao órgão de acusação, no caso brasileiro o Ministério Público, o dever de iniciar a ação penal quando constatado o enquadramento típico da conduta, sua ilicitude, a culpabilidade do agente, como também indícios suficientes de autoria e materialidade.

A obrigação da propositura da ação penal se justifica, de acordo com Tourinho Filho pelo “caráter público das normas penais materiais (...) estabelecidas pelo Estado para assegurar a convivência dos cidadãos”⁹⁵, ou seja, “a autoridade policial, nos crimes de ação pública, é obrigada a proceder às investigações preliminares e o órgão do Ministério Público é obrigado a apresentar a respectiva denúncia (...) desde que se verifique um fato aparentemente delituoso”⁹⁶.

Afrânio Silva Jardim sustenta que “os interesses tutelados pelas normas penais são, sempre, eminentemente públicos, sociais, motivo pelo qual a sua atuação é imposta ao Estado não como uma simples faculdade, mas como obrigação funcional”⁹⁷.

O princípio da obrigatoriedade, portanto, é uma decorrência do próprio princípio da legalidade, uma vez que verificada a hipótese delituosa não cabe ao acusador apreciar a conveniência da propositura da ação penal.

Alguma dúvida pode pairar tanto sobre a envergadura constitucional do princípio da obrigatoriedade, que não é expreso na Constituição de 1988, como também sobre sua prescrição nas normas infraconstitucionais.

O art. 129, I da Constituição da República atribui ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal, na forma da lei. Ou seja, o texto constitucional autoriza que regulação da promoção da ação penal deve se dar por lei infraconstitucional.

O art. 24 do Código de Processo Penal, por sua vez, prevê que nos crimes de ação penal pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, isto é, ao tomar conhecimento do fato criminoso o órgão da acusação deverá oferecer a denúncia.

Sobre o tema, Hélio Tornaghi comenta que “o Código consagra ainda a regra da obrigatoriedade da ação penal traduzida na expressão *será* promovida. Não fica ao arbítrio do Ministério Público mover ou não a ação”⁹⁸.

Outros diplomas legais também regulamentam o princípio da obrigatoriedade da ação penal. O Código de Processo Penal Militar é ainda mais esclarecedor, já que em seu art. 30 determina que a denúncia deve ser apresentada sempre que houver prova do fato que, em tese, constitua crime, e indícios de autoria. No mesmo sentido é o art. 357 do Código Eleitoral, dispondo que verificada a infração penal, o Ministério Público, oferecerá a denúncia em 10 dias.

⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 4ª ed. Bauru: Editora Jalovi, V. I, 1978, p. 37.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 38-39.

⁹⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 48.

⁹⁸ TORNAGHI, Helio. **Curso de processo penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, V. 1, 1980, p. 45.

O Código Eleitoral vai além e tipifica no art. 342 um crime para o órgão do Ministério Público eleitoral que deixa de oferecer a denúncia no prazo legal, cuja pena é de até dois meses ou pagamento de 60 a 90 dias-multa.

Diante desses exemplos, não restam dúvidas de que o princípio da obrigatoriedade está satisfativamente regulado pelas normas infraconstitucionais, todas elas anteriores à Constituição de 1988, mas devidamente recepcionadas por ela.

Pouco tempo após a promulgação da Constituição foi publicada a Lei 9.099/1995. Essa lei instituiu os juizados especiais criminais e classificou como infração de menor potencial ofensivo os delitos cujas penas máximas não superem dois anos (arts. 60 e 61).

A delimitação das infrações de menor potencial ofensivo não é à toa. A lei 9.099/1995 prevê rito mais célere e informal – rito sumaríssimo – para o julgamento dessa nova qualidade de infração penal, como também permite que o Ministério Público transacione uma penalidade antecipada para o acusado, sem que haja a promoção de uma ação penal.

A questão que se põe é se a transação penal representa a flexibilização do princípio da obrigatoriedade ou não. Jardim é taxativo em afirmar que “não há como reduzir a intensidade do dever de agir que recai sobre o ministério público. O princípio da obrigatoriedade é daqueles que não admitem aplicação parcial”⁹⁹.

Ao tratar diretamente o tema da transação penal, Jardim sustenta que a proposta de transação penal não é uma mitigação do princípio da obrigatoriedade. Em suas próprias palavras:

Quando o Ministério Público apresente em juízo a proposta de aplicação da pena não privativa de liberdade, prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, está ele exercendo a ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral – como a denúncia – fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora essa aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu (...) vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena).¹⁰⁰

A lógica de Jardim vai ao encontro do brocardo *nulla poena sine iudicio*, ou seja, não se pode aplicar uma pena sem o necessário processo penal. Na transação penal a pena é aplicada com autorização do juiz, tendo em vista que a proposta de transação penal,

⁹⁹ *Ibidem*, 49.

¹⁰⁰ *Ibidem*, 97

após a manifestação do réu a aceitando, é remetida ao judiciário, que fará o controle de legalidade, podendo, inclusive, determinar o arquivamento do processo se perceber que os fatos não são manifestamente típicos, ilícitos e culpáveis. Ou seja, a pena antecipada na transação penal exige uma resposta do judiciário.

A tese formulada por Jardim visa a demonstrar que, ao abraçar o princípio da obrigatoriedade, o ordenamento jurídico brasileiro não admite o princípio da oportunidade, ou seja, o Ministério Público não dispõe de qualquer discricionariedade na promoção ou não da ação penal.

Certo é que a inclusão de mecanismos negociais no processo penal, tais como a colaboração premiada, instituído pela lei 12.850/2013, e o acordo de não persecução penal, criado pela lei 13.964/2019, incluindo o art. 28-A no Código de Processo Penal, alteraram, sob certo aspecto, a rigidez do princípio da obrigatoriedade.

O uso excessivo e desregulado da justiça negocial, no entanto, implica na discussão sobre a sua real compatibilidade com o sistema acusatório na realidade brasileira e, no fim das contas, no próprio regime democrático de direito.

2.2 – Considerações sobre o sistema acusatório

Antes da necessária análise da compatibilidade do princípio da obrigatoriedade com o sistema acusatório, é preciso entender suas características essenciais, além de demonstrar suas principais distinções com o sistema inquisitorial.

No sistema acusatório o poder de decisão é entregue a um órgão estatal (Poder Judiciário) que deve ser absolutamente distinto daquele que tem a atribuição de acusar. Ao receber o processo, o juiz se libera da vinculação às iniciativas do acusador e a persecução penal e prosseguirá por impulso oficial, respeitando o devido processo legal. O julgador deve se manter numa postura de inatividade e deve ser imparcial, julgando o processo de acordo com as provas produzidas pelas partes¹⁰¹.

Geraldo Prado explica que o sistema acusatório “implica no afastamento do juiz (...) pelo fato de a presunção de inocência comportar, até o trânsito em julgado da condenação, uma postura de preservação de um papel de verdadeira imparcialidade”¹⁰².

¹⁰¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 112-113.

¹⁰² *Ibidem*, p. 127-128.

Uma das características do sistema acusatório é a oralidade. Num processo penal acusatório deve haver a predominância da palavra falada ante a um juiz que terá imediata relação com as partes e com os meios de prova, tudo em um ato concentrado¹⁰³.

Para Geraldo Prado, “a concentração dos atos processuais é imperativo do bom senso e de respeito ao julgamento justo, o que demanda todas as peculiaridades da expressão oral, que o juiz fundamente sua decisão sobre aquilo com o que diretamente teve contato”¹⁰⁴.

Comungando da mesma opinião, André Nicolitt afirma, com muita precisão, que “o juiz de primeiro grau colhe a prova diretamente, ouvindo as testemunhas, interrogando os acusados, promovendo a efetiva imediação e atuando sobre a eficiência da oralidade”¹⁰⁵, portanto, com “melhor condições de valorá-la que o Tribunal que, em regra, julga apenas à vista de papéis”¹⁰⁶.

A identidade física do juiz ganha maior relevância no sistema acusatório. Isso porque uma instrução processual que se alonga no tempo e se subdivide em diversos atos distantes do juízo oral não pode ser classificada como um procedimento acusatório porque o juiz perde o contato direto com a prova.

Do outro lado há o sistema inquisitorial, no qual se verifica tanto a atuação de ofício do órgão julgador, sem a necessidade de provocação das partes, como a atuação direta e livre do julgador na investigação, com plena liberdade na escolha e na produção da prova; e o mesmo juiz que produziu a prova é o responsável pelo julgamento do processo¹⁰⁷.

No sistema inquisitivo não há distinção entre o acusador e o julgador, e o acusado nada mais é do que um objeto da investigação e não um sujeito de direitos. No sistema acusatório o acusado é um sujeito processual que participa da dialeticidade do processo, uma vez que seu interrogatório é entendido como o momento de sua autodefesa.

Não à toa Geraldo Prado sustenta que:

quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou

¹⁰³ *Ibidem*, p. 140.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 141.

¹⁰⁵ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 516.

¹⁰⁶ *Ibidem*. p. 516.

¹⁰⁷ CASARA, Rubens R. R., MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro** – vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 88.

tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador¹⁰⁸.

Por essas razões, caberá à parte responsável pela acusação a iniciativa de produção da prova que sustentará sua imputação. Essa, por sua vez, deverá delimitar os fatos a serem contraditados pela defesa do acusado e, por fim, apreciados pelo magistrado. As partes são os protagonistas do processo cabendo a elas, e somente a elas, a capacidade de produzir e contraditar as provas.

No tocante a produção da prova, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho é pontual ao sustentar que “a diferenciação dos sistemas processuais entre acusatório ou inquisitório far-se-á através, antes de tudo (...) pelo critério referente à gestão da prova”¹⁰⁹.

No sistema acusatório há a predominância do juízo oral, ou seja, as provas são apresentadas e debatidas oralmente em audiência pública.

O fato de o juiz se manter numa posição de inércia em relação à gestão e à produção da prova não significa que a sua análise no momento da sentença seja perfeita, sem qualquer defeito. Neste caso, eventual erro na apreciação do mérito do processo deve ser sanado pela interposição do recurso.

Deste modo, a acusação pública tem a obrigação de iniciar a ação penal buscando a condenação do acusado. A instrução processual é o momento em que se verificará se o fato questão é delituoso ou não.

O caminho para a solução da acusação é o processo penal. Esse instrumento se traduz numa série de procedimentos e garantias do acusado que, no sistema acusatório, devem ser observados para que o juízo profira uma decisão justa, baseada nas provas produzidas pelas partes em contraditório judicial. Trata-se do devido processo legal.

O princípio do devido processo legal (*due process of law*) é, nas palavras de Rubens Casara e Antônio Pedro Melchior, um dos pilares do Estado democrático de Direito e “uma das principais garantias do cidadão previstas na Constituição da República”¹¹⁰.

Esse princípio assegura tanto o acesso ao Poder Judiciário quanto o desenvolvimento adequado do processo, sendo sempre direcionado pelo respeito aos

¹⁰⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 129.

¹⁰⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial**, in: PRADO, Geraldo, MALAN, Diogo (org.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹¹⁰ CASARA, Rubens R. R., MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro** – vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 317.

direitos fundamentais dos jurisdicionados. Trata-se de uma garantia do cidadão a um processo ordenado, evitando-se, assim o arbítrio do julgador¹¹¹.

Na experiência estadunidense o *due process of law* ganhou o significado de permitir ao Poder Judiciário a independência em relação aos outros poderes, e o poder de rever as decisões e as competências daquele Estado. Na segunda metade do século XIX iniciou-se um movimento jurisprudencial na Suprema Corte norte-americana que se consolidou na segunda década do século XX, dando uma nova dimensão ao devido processo legal ao marcá-lo pela feição substantiva, ou seja, o *substantive due process*, fundamentando neste princípio o controle de constitucionalidade da lei¹¹².

Percebe-se que nesta fase o indivíduo não detém apenas o direito a um processo legal, mas, sobretudo, a um processo justo e adequado, pois o processo devido deve ser norteado materialmente pelo princípio de justiça.

Em sua perspectiva substancial, o princípio do devido processo legal (*substantive due process*) representa uma limitação ao exercício do poder estatal, na medida em que é “sempre direcionada à garantia do indivíduo frente ao Estado”¹¹³.

O devido processo legal substancial, portanto, assegura ao indivíduo a correção de eventual inobservância ou inadequação que lhe possa causar prejuízos. Em um processo penal, por exemplo, a acusação, em regra, é formulada pelo Estado-acusador contra um indivíduo, que, frente à magnitude dos órgãos estatais, que compõem o sistema penal, se vê numa posição mais fragilizada na relação processual.

Já o devido processo legal em sentido processual (*procedural due process*) se caracteriza pela “necessidade de um processo justo, paritário e legitimado por uma legislação preestabelecida”¹¹⁴.

Nessa perspectiva, o devido processo legal visa a assegurar ao acusado, “parte mais fragilizada, vulnerável, o acesso à justiça, paridade de armas, a ampla defesa, o contraditório, o juiz imparcial e independente, a acusação pública e racional, a assistência judiciária, a vedação da provas ilícitas, a presunção de inocência”¹¹⁵ e todas as demais garantias fundamentais do acusado em processo penal.

¹¹¹ CASARA, Rubens R. R., MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro** – vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 318.

¹¹² NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 29.

¹¹³ CASARA, Rubens R. R., MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro** – vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 319.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 319.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 319.

O devido processo legal, nesse contexto, traz consigo três importantes mecanismos de controle das decisões judiciais potencialmente prejudiciais ao acusado: o contraditório, a ampla defesa e os recursos. O lado processual do Estado de Direito apresenta um modo de atuação estatal que permita o direito à voz do cidadão¹¹⁶.

Numa percepção jurisdicional, o Estado só poderá reconhecer a responsabilidade de um indivíduo e lhe impor alguma sanção após apresentação dos argumentos e provas de ambas as partes¹¹⁷.

Rogério Lauria Tucci ensina que:

Não há como prover à iniciativa procedimental com exclusiva vantagem a uma das partes, sem a correlata atribuição do poder de reação à outra: o processo legitimamente instituído e regularmente desenvolvido reclama, revés, ponderosa e equitativa direção do agente do Poder Judiciário em plena contraditoriedade entre as partes¹¹⁸.

O contraditório, como parte elementar do princípio do devido processo legal, se caracteriza pela possibilidade plena e efetiva de reação do acusado à hipótese acusatória. Essa reação deve ser plena uma vez que o contraditório deve ser observado ao longo de todo o processo penal, e efetivo por ser imprescindível que seja conferido ao acusado os meios necessários e condições reais para contrariar os atos da parte contrária¹¹⁹.

Desse modo, o contraditório se vincula ao princípio da paridade de armas, desde que as duas partes estejam munidas de forças similares. Como a relação processual penal é naturalmente desequilibrada, o contraditório real e efetivo impõe a necessária e mandatória manifestação do acusado, mesmo que ele não compareça para apresentar sua defesa. Além disso, a contraditoriedade se dará em todos os momentos do processo penal e não apenas em seu momento inicial¹²⁰.

Nesse ponto, o contraditório se aproxima de outro elemento estrutural do princípio do devido processo legal: a ampla defesa.

A ampla defesa pode ser conceituada como a necessária observância do direito constitucional do acusado à defesa técnica durante todo o processo e também ao direito à

¹¹⁶ WALDRON, Jeremy. **The Concept and the Rule of Law**. Georgia Law Review. v. 43. n. 1, 2008, p. 8.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 20.

¹¹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 67.

¹¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 54.

autodefesa. Assim, para que a defesa técnica possa agir com a amplitude exigida pelo texto constitucional, ela deve ser necessária, indeclinável, plena e efetiva¹²¹.

Isso significa dizer que no processo penal o acusado, em nenhuma hipótese, ficará indefeso, mesmo que opte por não comparecer aos atos processuais ou de não exercer seu direito de autodefesa, seja mantendo-se em silêncio no seu interrogatório, seja não estando presente nas demais diligências. Isso porque, no processo penal, as partes não são materialmente isonômicas.

Antônio Scarance Fernandes alerta que

Quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas¹²².

A acusação pública, que no Brasil é promovida pelo Ministério Público, tem todo o aparelho estatal a seu favor, enquanto que o acusado tem apenas as suas próprias forças e o auxílio do seu advogado ou do defensor público que o assiste.

Essa diferenciação se justifica pelo direito que está em jogo no processo penal, qual seja, o direito indisponível à liberdade do acusado. O membro do órgão acusador goza de inúmeras prerrogativas constitucionais que o permitem atuar com independência funcional, o que lhe confere certa imunidade profissional. Alguns deslizes, portanto, deixam de ser responsabilizados em razão da liberdade de acusar conferida pela independência funcional.

Logo, caso o Ministério Público não alcance a condenação, não há previsão de imposição de qualquer penalidade, salvo comprovada conduta manifestamente ilegal de seu representante. Não se pode dizer o mesmo do acusado que, sendo sucumbente no processo penal, terá sua liberdade restringida pela imposição de uma pena.

A fim de evitar condutas incompatíveis com a impessoalidade do representante do Ministério Público, e respaldar a independência funcional, tanto a Constituição quanto a legislação infraconstitucional positivaram o princípio da obrigatoriedade que, como exposto linhas atrás, está intimamente vinculado à noção de legalidade em razão do interesse eminentemente público da persecução penal.

¹²¹ *Ibidem*, p. 252.

¹²² *Ibidem*, p. 51.

Há uma imposição legal de promover a ação penal quando presentes indícios mínimos de autoria e materialidade de uma infração penal, circunstância que afasta a responsabilização do membro do Ministério Público no caso do oferecimento de denúncia em que há discussão sobre os elementos de prova colhidos ao longo da investigação.

2.3 – Princípio dispositivo e sua (in)compatibilidade com o sistema acusatório e com a democracia

A adoção do sistema acusatório tem gerado importantes discussões a respeito da obrigatoriedade do órgão acusador em dar início à ação penal. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho sustenta que “o princípio da obrigatoriedade não é expresso no direito brasileiro (...) mas toda a doutrina presta-lhe um verdadeiro tributo, considerando um dever, do Ministério Público, em promover a ação penal”¹²³.

Geraldo Prado¹²⁴ ensina que a acusação e ação penal são institutos distintos, na medida em que a acusação é a atribuição de uma infração penal considerando a possibilidade de condenação de uma pessoa prospetada como culpável, enquanto que a ação penal consiste no ato da parte autora em formalizar a acusação em juízo. No princípio acusatório, no entanto, acusação e ação penal se fundem, na medida em que não pode se admitir a existência de um processo sem a iniciativa da parte autora.

O direito de ação, portanto, tem como conteúdo o princípio da demanda, que “não se confunde com o princípio dispositivo, corrente no processo civil (...) como também, enquanto princípio de iniciativa do processo, como iniciativa do processo, não está prejudicado pela obrigatoriedade da ação penal, no caso brasileiro, da pública”¹²⁵.

Por princípio dispositivo, Geraldo Prado o define como “o poder de decidir sobre a instauração do processo, respectiva subsistência, delimitação do litígio”, ou seja, “aquele que permita dispor sobre o objeto do processo em tramitação, não sendo caracteristicamente inquisitório ou acusatório”¹²⁶.

O direito material a ser discutido na ação penal condenatória é permeado pelo interesse público, podendo resultar numa sanção penal pública. Logo, as demandas penais

¹²³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5ª Ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 203.

¹²⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999., p.117.

¹²⁵ *Ibidem*, p 119.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 120.

que devem ser levadas à juízo carecem da demonstração do interesse público que justifique a atuação do Estado, seja no seu papel de acusador, seja no exercício da jurisdição.

É por essa razão que Geraldo Prado sustenta que a transferência de titularidade para a promoção da ação penal pública “não modifica substancialmente o estatuto do acusador, a ponto de criar uma incompatibilidade absoluta entre decisões de conveniência e oportunidade e de estrita obrigatoriedade”¹²⁷. O autor complementa sua posição da seguinte maneira:

(...) sempre há um espaço no qual é possível a eleição de alternativas e os critérios de escolha se variam conforme seja o acusador particular ou oficial, para o último não se levar em conta a moralidade, impessoalidade e, via de consequência, a objetiva isonomia, que não o impedirão de contribuir decisivamente para a implementação da política criminal mais justa¹²⁸.

Dito de outro modo: num sistema acusatório, cujo núcleo essencial é o protagonismo das partes, deve-se considerar uma maior flexibilização na atuação do órgão acusador, que não é capaz de perseguir todas as infrações penais.

Maximiliano Rusconi¹²⁹, citado por Geraldo Prado, defende o princípio da oportunidade como elemento para racionalizar o poder de persecução criminal, evitando a seleção irregular e deformante, além de dirigir os recursos do estado ao tipo de criminalidade com o maior custo social.

A aplicação do princípio da oportunidade, desse modo, importará na elevação do Ministério Público como o operador dos critérios de desjudicialização, desde que assegurados o princípio da igualdade em razão de sua especial função de formulação da política criminal do Estado¹³⁰.

Sob essa perspectiva o sistema acusatório permite que determinados conflitos penais sejam solucionados extrajudicialmente, favorecendo o implemento da justiça negocial no âmbito do processo penal.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 125.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 125.

¹²⁹ RUSCONI, Maximiliano. **Luces y sombras em la relación política criminal – Ministério Público**, in Ministério Público, Revista Latinoamericana de Política Criminal, ano 2, n. 2, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, p. 156 *apud* PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.126.

¹³⁰ *Ibidem*. p. 127.

O princípio dispositivo, portanto, representa um novo paradigma ao processo penal brasileiro uma vez que confere ao Ministério Público ampla discricionariedade na inauguração ou não de uma ação penal. Alguns autores, no entanto, entendem que a flexibilização do princípio da obrigatoriedade representa, não apenas um equívoco principiológico, mas também uma ameaça ao regime democrático.

De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho:

parece que seria perigoso conceder-se aos órgãos persecutórios poder discricionário de julgar da conveniência, ou não, da instauração do processo, mesmo em certos casos, tanto mais quando tal princípio é consequência lógica dos princípios da igualdade e generalidade da lei¹³¹.

Ou seja, conferir a análise da conveniência e oportunidade ao membro do Ministério Público significa, de certo modo, negar o princípio da igualdade entre os cidadãos.

Adotando a mesma posição, Afrânio Silva Jardim entende que “não pode o membro do Ministério Público afirmar que a ação delituosa não tem relevância, que o interesse público ficaria atendido diante de sua inércia, deixando de manifestar em juízo a pretensão punitiva estatal”¹³².

Jardim, entretanto, salienta que o membro do Ministério Público sempre terá uma certa discricionariedade para propor a ação penal na medida em que pode se manifestar pelo arquivamento do inquérito quando não verificar que a conduta investigada é típica, ilícita e culpável ou quando não estiverem presentes indícios mínimos de autoria e materialidade. Ou seja, “esta pequena dose de discricionariedade não recai sobre o exercício ou não da ação penal, segundo critérios de oportunidade e conveniência, mas recai apenas sobre a presença ou não do dever legal de propor a ação condenatória”¹³³ porque “não surgindo o dever de agir, não se coloca a questão da obrigatoriedade da ação penal.”¹³⁴

Não há dúvidas de que as alterações na legislação processual penal que introduziram os meios consensuais de solução de conflitos impactaram profundamente

¹³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 4ª ed. Bauru: Editora Jalovi, V. I, 1978, p 38.

¹³² JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p 48.

¹³³ *Ibidem*, p 53

¹³⁴ *Ibidem*, p. 51

na forma de se enxergar e aplicar o princípio da obrigatoriedade, em especial a colaboração premiada.

Tanto a proposta de transação penal quanto o oferecimento de acordo de não persecução penal pressupõem a existência de indícios mínimos de autoria e materialidade para a propositura da ação penal. O art. 76 da lei 9.099/1995, que prevê a transação penal, dispõe que a transação penal será oferecida quando não for o caso de arquivamento. No mesmo sentido é o art. 28-A do Código de Processo Penal, que institui o acordo de não persecução penal, cuja exigência para a proposta é não ser o caso de arquivamento.

A lei 12.850/2013, por seu turno, confere amplos poderes discricionários ao Ministério Público, que definirá o destino do colaborador conforme o desenrolar das tratativas. A depender da capacidade de negociação dos representantes das partes, o colaborador poderá receber o perdão judicial, ter sua pena reduzida em até dois terços, substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, progredir de regime ainda que ausentes os requisitos da progressão ou estar imune ao oferecimento de denúncia. Não há na lei qualquer parâmetro objetivo que oriente a tomada de decisão do Ministério Público, mas tão somente sua análise pessoal sobre os termos do acordo negociado.

Ou seja, a definição da situação jurídica do colaborador depende exclusivamente da discricionariedade do representante do Ministério Público, que, numa análise de conveniência e oportunidade, definirá qual o benefício que seja concedido.

Por outro lado, a lei traz parâmetros objetivos e subjetivos para que a transação penal e o acordo de não persecução penal sejam propostos, havendo inclusive decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça garantindo o oferecimento obrigatório do acordo de não persecução penal quando o acusado preencher os requisitos previstos em lei.

O uso desses institutos discricionários em um país cuja tradição jurídica é de apego à legalidade tem causado descompasso na realidade forense brasileira.

Simone Schreiber aponta o uso de instrumentos de negociação é

apresentada como solução para o problema da ineficiência do sistema de justiça penal, e ainda, do ponto de vista do réu, da eliminação do *strepitus judicii*, possibilitando a definição de sua situação jurídica rapidamente, sem que precise enfrentar o processo e o risco de condenação criminal e imposição de pena mais grave¹³⁵.

¹³⁵ SCHREIBER, Simone. **Indisponibilidade da ação penal pública e avanço do modelo consensual – qual é o papel reservado ao juiz?** in MORAES, Amanda; BRAGA, Bernardo; VALLE, Diego do;

Schreiber também traz uma importante reflexão sobre como o uso de instrumentos consensuais, em especial na operação Lava-Jato, conferiu “excessiva autonomia ao Ministério Público, livre de efetivo controle judicial e de quaisquer controles extraprocessuais”¹³⁶, alertando que o “uso exagerado de acordos de colaboração premiada em seu âmbito foi marcado pela insuficiência do regramento legal instituído e pela formação de uma jurisprudência que inviabilizou qualquer questionamento sobre os acordos”¹³⁷.

A realidade brasileira tem mostrado que a justiça negocial, em verdade, representa o aumento do incremento punitivo, uma vez que os acordos e transações são realizados à margem da lei, impondo a antecipação de sanções penais.

Não por outra razão que Luigi Ferrajoli sustenta que

a discricionariedade da ação e a consequente disponibilidade das imputações e até mesmo das provas, mantidas em alguns dos sistemas acusatórios hodiernos, representam, portanto, um resíduo do caráter originariamente privado - e posteriormente estritamente cívico ou popular da iniciativa penal -, agora injustificado¹³⁸.

Ferrajoli vai além ao manifestar que a discricionariedade e a disponibilidade da ação pena pública, que nos EUA se manifestam entre a transação entre o acusador público e o imputado (*plea bargain*) com a declaração de culpabilidade (*guilty plea*) em troca de uma redução de pena, “representam uma fonte inesgotável de arbítrios¹³⁹”. Nesse sentido, o Ferrajoli teme que o *plea bargaining* “se torne regra e o juízo uma exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeter aos custos e aos riscos do juízo”¹⁴⁰.

Se no sistema inquisitório a acusação era obrigatória para os cidadãos e discricionária para o acusador público, no sistema acusatório a ação penal é um dever para os do Ministério Público e um direito para os cidadãos, na medida em que é sua obrigação promover a acusação pública em juízo de “toda *noticia criminis* que vier a seu

GONÇALVES, Felipe. **Desafios do processo penal brasileiro contemporâneo: homenagem aos professores Diogo Malan e Flavio Mirza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 592.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 593.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 594.

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 455-456.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 456.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 456.

conhecimento – ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade¹⁴¹”. Em outras palavras, o Ministério público não promoverá a ação penal pública apenas se o fato não for materialmente típico, antijurídico e o agente não for culpável.

Complementando esse pensamento, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro traz a seguinte reflexão:

verifica-se que o MP, como parte na ação penal pública, não está obrigado a promovê-la, única e exclusivamente, para obter a condenação do réu, mas antes sua atuação, nesta qualidade, é a de velar, usando de todos os meios possíveis, pela correta aplicação da lei, tanto processual como material, que no processo se resume na obtenção de uma sentença legal e justa¹⁴².

A transferência da titularidade da ação penal para um órgão acusador público, portanto, tem como finalidade evitar o uso do direito penal como instrumento de vingança por parte do particular.

José Frederico Marques, por sua vez, ensina que a vingança privada está abolida, e que a sanção penal é monopólio do Estado “pois o Direito Penal tem uma função pública, achando-se fora de seu âmbito qualquer forma de repressão privada¹⁴³”. De acordo com o autor “só o Estado, portanto, tem o poder de punir¹⁴⁴”. Isso significa dizer que, ainda que nosso ordenamento jurídico traga a possibilidade do ofendido de ofertar uma acusação particular por meio de queixa-crime, a sanção penal sempre será uma prerrogativa do Estado.

Marques sustenta ainda que “só o Estado, portanto, tem o poder de punir¹⁴⁵”, sendo certo que “o particular pode vingar-se de seu ofensor, reagir contra ele, nunca, porém, exercer a *sanctio juris*¹⁴⁶”. Ou seja, o particular, ao se sentir ofendido em seus direitos, pode reagir à ofensa atual ou iminente de forma moderada, de forma que, se a reação se der fora dessa hipótese o ofendido incorrerá no crime de exercício arbitrário das próprias razões. Nesses casos, a depender da ofensa, o ordenamento jurídico garante ao ofendido o direito de queixa.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 457.

¹⁴² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural: atribuição e conflito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 9.

¹⁴³ MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. São Paulo: Forense. V. I, 1961, p. 9.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 9.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 9.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 9.

Mesmo que a iniciativa da ação penal seja de titularidade do ofendido, o poder de punir nunca será a ele transferido. Por isso Frederico Marques ensina que “nem na legítima defesa (onde é legalmente autorizado a defender-se, e não aplicar sanções) nem nos crimes de queixa privada (onde apenas existe um fenômeno da substituição processual) pode encontrar-se exceção ao princípio enunciado¹⁴⁷”. O autor finaliza sua percepção sustentando que “o *jus puniendi* é manifestação do poder de império do Estado, pois este punindo exercita sua soberania, filia-se ao direito de punir à classe dos direitos públicos subjetivos emanados do *status subjectionis*¹⁴⁸”.

Como visto anteriormente, o poder punitivo estatal só poder ser exercido no bojo de um processo penal e o princípio da obrigatoriedade é a garantia conferida ao indivíduo de que o fato que lhe foi imputado será necessariamente apreciado pelo Poder Judiciário. Tanto é assim que, mesmo após as partes transacionarem, seja por meio de transação penal, acordo de não persecução penal ou colaboração premiada, os autos sempre serão enviados ao Poder Judiciário para sua análise sobre a legalidade do acordo, incluindo aí a proporcionalidade da pena ou do benefício estipulado. Assim, ainda que Ministério Público e acusado definam entre si a punição, o Poder Judiciário sempre será o competente para aplicar e executar a pena.

Esses novos meios de resolução de conflitos importados do direito estadunidense tiveram que se adaptar legalmente ao ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, o uso exagerado desses instrumentos negociais indica que os acusados, por estarem em situação de vulnerabilidade processual, preferem receber uma punição antecipada a ter que enfrentar a persecução penal, demonstrando que a paridade de armas é uma falácia.

Além disso, os acordos de colaboração premiada, ao menos no âmbito da operação Lava Jato, foram firmados sob o abuso dos membros do Ministério Público Federal que, se valendo da discricionariedade conferida pelo instituto negocial, escolhiam os alvos que desejavam perseguir.

Esse quadro de ilegalidades e arbitrariedades só foi possível porque o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública foi demasiadamente flexibilizado, ignorando-se sua roupagem de garantia fundamental democrática, tal como defendido por Ferrajoli.

2.4 – Princípio da obrigatoriedade e impessoalidade: sentença como limite da obrigação da ação penal

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 9-10.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 10.

O princípio da obrigatoriedade impõe o dever de acusar ao órgão com atribuição constitucional para a promoção da ação penal, que, no Brasil, é o Ministério Público. Esse princípio se justifica pela natureza eminentemente pública do direito fundamental à liberdade, e tem como principais pilares a oficialidade e a indisponibilidade da ação penal. Por isso que Jardim afirma que “o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal de iniciativa pública é, sob certo aspecto, um consectário lógico do princípio da oficialidade da ação penal condenatória”¹⁴⁹.

Considerando o poder punitivo é exclusivo do Estado, a Constituição escolheu o Ministério Público como o órgão estatal oficial para a promoção da ação penal pública. De acordo com José Antônio Boschi “é oficial a ação penal pública porque o *jus puniendi* é estatal, e o seu exercício é entregue ao Ministério Público”.¹⁵⁰

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina que o Estado tem um poder-dever de perseguir as condutas criminosas e que “para exercitar esse poder e cumprir sua atividade repressiva – necessariamente irrefragável, constante e complexa –, o Estado instituiu diversos órgãos”¹⁵¹. Para o autor o princípio da oficialidade é exercido pelos órgãos incumbidos da *persecutio criminis*, que são órgãos de Estado e, portanto, oficiais. Dentre eles está Ministério Público, que detém a titularidade privativa da promoção da ação penal.

A oficiosidade é uma decorrência lógica da oficialidade. De acordo com Tourinho Filho, a oficiosidade impõe um dever ao Ministério Público de exercer suas atividades de ofício, ou seja, “por iniciativa própria, sem a necessidade de provocação ou assentimento de quem quer que seja”¹⁵².

Iniciada a ação penal o Ministério Público não pode dela dispor, ou seja, não pode manifestar a desistência do processo, que deve seguir seu caminho regular até a prolação da sentença. Essa, inclusive, é a determinação esculpida no art. 42 do Código de Processo Penal.

De acordo com Tourinho Filho “o princípio da indisponibilidade significa e traduz para o Ministério Público não poder dispor do conteúdo material do processo (...).

¹⁴⁹ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 47

¹⁵⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010, p. 135.

¹⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 4ª ed. Bauru: Editora Jalovi, V. I, 1978, p. 41.

¹⁵² *Ibidem*, p. 42.

Em suma: não poderá desistir da ação penal”¹⁵³. Ou seja, o Ministério Público não pode recuar da acusação durante o trâmite do processo.

Boschi, por seu turno, explica que “se a ação penal pública é obrigatória, e o MP é o órgão estatal com o dever de propor a denúncia, não parece lógico que o seu representante possa interromper o curso da *persecutio criminis*”¹⁵⁴ sem violar o dever da obrigatoriedade.

Por outro lado, caso o órgão acusador se convença de que os fatos narrados na denúncia não foram provados na ação penal, não há óbice para que ele se manifeste pela improcedência do pedido, e pugne pela absolvição do réu.

Mas o princípio da indisponibilidade no Brasil é tão rígido que o juiz, apesar da manifestação do Ministério Público favorável ao acusado, pode, ainda assim, condená-lo. Essa é a determinação contida no art. 385 do Código de Processo Penal, e da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores¹⁵⁵.

A ausência de óbice para que o acusador sustente a absolvição do réu mostra que o princípio da obrigatoriedade está vinculado somente à promoção da ação penal pública, e não com a busca pela condenação a qualquer custo. Isso significa dizer que o princípio da obrigatoriedade está vinculado à garantia de que ninguém será punido sem o devido processo legal. Essas garantias representam uma contenção, uma limitação do poder punitivo estatal.

O princípio da obrigatoriedade, por sua vez, deve ser interpretado, não apenas como uma garantia individual de ter o seu caso julgado pelo órgão jurisdicional, mas também como uma limitação do poder de punir do Estado. Se o Ministério Público tem o dever de promover a ação penal, seja porque é o órgão estatal com essa atribuição constitucional, seja porque ele tem o dever de agir de ofício, ou porque ele não pode dispor do processo, esse mesmo dever não existe na esfera recursal. Ou seja, após a prolação da sentença de primeira instância o órgão acusador não é obrigado a interpor recurso contra a decisão definitiva.

Uma das características do sistema recursal brasileiro é a manifestação da vontade de recorrer, prevista no art. 574 do Código de Processo Penal. Ou seja, a

¹⁵³ *Ibidem*, p. 43.

¹⁵⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010, p 136

¹⁵⁵ Muito embora esse tema seja espinhoso, ainda mais após a adoção do sistema acusatório, opta-se por não se aprofundar nas críticas formuladas pela literatura especializada, sob pena de se desviar sobremaneira o objeto de estudo deste trabalho.

interposição do recurso que visa a reformar ou anular a sentença é voluntária¹⁵⁶. Nesse sentido, ao apresentar um recurso a parte que recorre manifesta um ato de vontade.

O dicionário Aurélio define o brocardo ‘vontade’ como a “faculdade de representar mentalmente um ato que pode ou não ser praticado em obediência a um impulso ou a motivos ditados” ou então como “sentimento que incita alguém a atingir o fim proposto por essa faculdade; aspiração; anseio; desejo”, mas também pode ser “capacidade de escolha, de decisão”¹⁵⁷.

A toda evidência, o vernáculo ‘vontade’ expressa uma escolha, uma faculdade, um desejo, sentimentos que são inerentes à pessoa humana e não a um órgão do Estado que tem sua atuação pautada pela legalidade e pela impessoalidade.

A partir do momento em que o representante do Ministério Público manifesta sua ‘vontade’ em recorrer ele sequer conduz essa decisão dentro dos limites de discricionariedade que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Vale lembrar que, como visto, o princípio da obrigatoriedade se pauta pelo distanciamento do representante do Ministério Público com os fatos que chegam ao conhecimento, evitando que a análise da acusação se direcione por seus desejos pessoais, garantindo tanto a isonomia de tratamento aos acusados em geral, como também assegurando que eventual sanção penal será imposta por um juiz imparcial.

Não se pode admitir que ao término da ação penal todos os princípios que orientam a atuação do Ministério Público sejam esquecidos, e que se permita que motivos de ordem estritamente pessoal tenham o condão de selar o destino daquele que já teve uma resposta judicial sobre a formação de sua culpa.

Nessa esteira, tanto o princípio da obrigatoriedade, como os princípios da oficialidade, da oficiosidade e da indisponibilidade, que gravitam em torno do primeiro, devem ser observados até a prolação da sentença proferida pelo juízo de primeira instância, momento em que se encerra a participação do Ministério Público em razão da incompatibilidade de sua atuação com a voluntariedade recursal.

Em outras palavras, a acusação encontra seu limite na prolação da sentença, não podendo mais agir uma vez que a obrigatoriedade da ação penal se esgota com o encerramento da própria ação penal.

¹⁵⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22º ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 970.

¹⁵⁷ HOLANDA, Aurélio Buarque. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 1790.

O recurso contra a sentença, portanto, é uma exclusividade do acusado que, na relação processual penal, é a pessoa humana que tem a liberdade de manifestar sua vontade, seus desejos e anseios, podendo, inclusive, optar por não recorrer.

O recurso, nesse cenário, é uma garantia individual que limita o poder punitivo do Estado. Esse tópico será melhor desenvolvido no capítulo 4 deste trabalho.

CAPÍTULO 3 – PRINCÍPIOS RECURSAIS NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DA VISÃO TRADICIONAL E DA VISÃO CRÍTICA

A prolação da sentença de primeira instância não apenas esgota a atuação do Ministério Público ao por um fim à obrigatoriedade da ação penal, mas também faz surgir o direito do acusado de impugnação da decisão que lhe tenha sido desfavorável.

Ainda que parte da doutrina tenha se firmado no sentido de que o acesso ao duplo grau de jurisdição é um direito das partes, posicionamento que reflete o pensamento hegemônico da teoria geral do processo, a ruptura paradigmática que ora se propõe vai em sentido oposto, percebendo o duplo grau de jurisdição como um direito do indivíduo.

O recurso, por sua vez, é o meio necessário para o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição.

Neste capítulo serão analisados alguns princípios recursais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, tanto sob a ótica da doutrina tradicional, tendo em vista que a lei processual penal brasileira foi (e ainda é) fortemente influenciada pela teoria geral do processo, quanto pela crítica.

A demonstração de que a lógica recursal brasileira está umbilicalmente vinculada à teoria geral do processo implica não só na necessidade de se pensar uma teoria do processo penal, mas também de se reinterpretar as regras que atualmente estão em vigor a fim de se garantir uma adequada aplicação do direito do duplo grau de jurisdição sob a perspectiva de uma garantia individual.

3.1 – Princípios recursais

Considerando que a literatura processual penal bebe na fonte da doutrina do processo civil, os princípios recursais de ambas as disciplinas são, de uma forma geral, compartilháveis entre si.

Nelson Nery Júnior¹⁵⁸ estabelece que os princípios recursais são o duplo grau de jurisdição, a taxatividade, a singularidade ou unirrecorribilidade, a fungibilidade, a dialeticidade, a voluntariedade, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, a

¹⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 13-14.

complementaridade, a proibição de *reformatio in pejus* e a consumação. Essa estrutura, com poucas alterações, também é seguida por outros autores do processo civil brasileiro.

Os pensadores do processo penal brasileiro defendem, de uma forma geral, que os mesmos princípios recursais se aplicam ao processo penal. Grinover, Gomes Filho e Fernandes¹⁵⁹, adicionam o princípio da personalidade dos recursos, segundo o qual o recurso só pode beneficiar aquele que o interpôs, não havendo, em regra, extensão da sua situação jurídica a outro participante do processo.

Badaró inclui o princípio da proibição da *reformatio in pejus* como consequência do princípio da personalidade dos recursos, seguindo, no mais, a enumeração dos princípios recursais proposta pela doutrina do processo civil.

Passa-se, então, a analisar os princípios recursais que, de uma forma geral, são comuns ao processo civil e ao processo penal.

3.2 – Princípio do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição é o objeto principal deste trabalho. Por essa razão ele será melhor trabalhado em capítulo próprio. No entanto, algumas ponderações iniciais são necessárias, inclusive para demonstrar como a teoria geral do processo percebe esse princípio basilar justificador de todo um complexo sistema recursal.

A doutrina processual civil entende que o princípio do duplo grau de jurisdição se destina a evitar os abusos do Estado, uma vez que se traduz em uma garantia fundamental da boa justiça¹⁶⁰. Barbosa Moreira¹⁶¹ sustenta que as lides levadas à justiça devem ser submetidas a sucessivos exames, visto que uma segunda reflexão conduz a uma conclusão mais exata.

Ricardo Boring Rocha explica que, no processo civil, o “direito ao recurso, por sua vez, visa identificar no recurso um desdobramento do poder de ação como um direito subjetivo processual, instrumental básico do exercício da jurisdição”¹⁶².

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 45-46.

¹⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35-37.

¹⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 235-238.

¹⁶² ROCHA, Felipe Boring. **Teoria geral dos recursos cíveis**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 57.

O duplo grau de jurisdição no processo civil é um direito das partes, ou seja, a parte que estiver em desacordo com a sentença irá, de forma voluntária, apresentar o recurso cabível para a reforma ou invalidação da decisão, tendo em vista que, para Araken de Assis¹⁶³, o princípio do duplo grau de jurisdição destina-se a correção de vícios do juízo – *error in judicando* – ou de vícios de atividade – *error in procedendo*.

No processo penal o direito ao duplo grau de jurisdição merece um olhar mais especializado para ser interpretado como uma garantia da pessoa humana. A Constituição prevê no inciso LV do art. 5º que aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes. Os recursos, são, portanto, uma consequência lógica do exercício da ampla defesa e não da acusação, até porque não existe ampla acusação.

Não sendo a norma constitucional suficiente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8º, nº 2, *h*, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no art. 14, nº 5, indicam, de forma expressa, que o duplo grau de jurisdição é uma garantia da pessoa acusada de um delito e da pessoa condenada.

A perspectiva da garantia do duplo grau de jurisdição no processo penal será objeto de maior aprofundamento no capítulo seguinte, momento em que se demonstrará que o duplo grau de jurisdição é um direito exclusivo do acusado, não cabendo à acusação pública ou privada.

3.3 – Princípio da voluntariedade

O princípio da voluntariedade pressupõe a manifestação do desejo da parte em recorrer da decisão de primeira instância. A vontade em recorrer, nas palavras de Nery Júnior, “deve ser indubitavelmente manifestada pela parte que teria o interesse na reforma ou invalidação do ato judicial”.¹⁶⁴

Sandro Kozikoski, ensina que o princípio da voluntariedade “decorrência lógica do princípio dispositivo (cujos postulados são basilares e fundantes da ciência processual, eis que se exige a iniciativa da parte para fins de interposição do recurso e, de igual forma, confere-se ao recorrente a liberdade de fixar o âmbito de abrangência”.¹⁶⁵

¹⁶³ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 70.

¹⁶⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 149.

¹⁶⁵ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos em espécie**. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 141

A disponibilidade do recurso está justamente na lógica de que a parte pode escolher se deseja recorrer da decisão ou se está satisfeita com seus termos. A renúncia e a desistência são manifestações de vontade que vinculam o julgador. Nesse ponto é importante destacar que, no processo penal, o Ministério Público, muito embora possa renunciar ao prazo recursal, não pode, após interpor o recurso, dele desistir. Essa é a determinação contida no art. 576 do Código de Processo Penal.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes destacam que “aquele que não recorre, conformando-se com a decisão proferida, perde a oportunidade de obter a reforma ou invalidação, seu esclarecimento ou integração, consolidando-se, para ele, os efeitos da decisão”¹⁶⁶.

Por ser uma manifestação de vontade, no processo penal o próprio réu pode manifestar seu desejo em recorrer, ainda que seu defensor não esteja de acordo. Da mesma forma, quando o acusado manifesta sua vontade de não correr, esta não vincula a atuação do defensor que pode, ainda assim, interpor o recurso. Nas palavras de Grinover, Gomes Filho e Fernandes:

havendo conflito de vontades entre o réu e o advogado, a opinião mais coerente com as garantias da defesa é a de que deve prevalecer a vontade do defensor, que recorreu, não só em razão de seus conhecimentos técnicos, mas sobretudo para a melhor garantia do direito de defesa¹⁶⁷.

Uma das questões que se põem em relação ao processo penal é a previsão, no art. 574, dos chamados recurso de ofício. Para Gustavo Badaró “a voluntariedade dos recursos não se compatibiliza com os denominados recursos *ex officio*”¹⁶⁸, uma vez que essas remessas ao tribunal, em verdade, não contêm nenhum dos requisitos recursais mínimos.

Badaró é preciso na seguinte passagem:

Além da questão da ausência de voluntariedade, há outras características dos recursos que fazem com que seja difícil considerar o chamado recurso *ex officio* um verdadeiro recurso. Tais situações não pressupõem sucumbência ou interesse em decisão melhor. Ao

¹⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 31.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 43.

¹⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique, **Manual dos recursos penais**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 79.

contrário, pensando no juiz, que submete sua decisão, *ope legis*, ao tribunal, seguramente não deseja que seu ato seja reformado. O recurso tem prazo de interposição e não sendo possível admiti-lo *ad aeternum*. O denominado recurso de ofício não tem prazo de interposição. A Súmula 423 do ST estabelece: ‘Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*’¹⁶⁹.

Essa circunstância leva a questionar a própria compatibilização do recurso de ofício com o sistema acusatório, na medida em que as hipóteses de recurso *ex officio* são, em todos os casos, contra decisões que beneficiam o acusado, indicando a opção político-penal do Código de Processo Penal de 1941, na repressão ao indivíduo.

Seguindo esse raciocínio Badaró sustenta que “num processo penal de natureza acusatória, em que se deve buscar uma persecução penal que, embora efetiva, seja intransigentemente respeitadora das garantias individuais”¹⁷⁰. Além disso, no sistema acusatório cabe ao juiz “julgar, e somente julgar, sendo vedadas iniciativas de ofício, seja quanto a medidas cautelares, seja quanto a meios recursais”¹⁷¹, não havendo dúvidas de que o recurso de ofício impõe ao julgador a qualidade de acusador e compromete sua imparcialidade.

Partindo-se da premissa de que o recurso, além de ser um ato voluntário, é também uma garantia fundamental da pessoa humana, o recurso de ofício não está em consonância com o atual ordenamento constitucional brasileiro, que garante ao acusado o estado de inocência ao longo da tramitação de todo o processo penal.

O recurso interposto pela acusação, por seu turno, será objeto de estudo mais aprofundado em capítulo próprio.

3.4 – Princípio da taxatividade

O princípio da taxatividade anda de mãos dadas com o princípio da unirrecorribilidade, na medida em que, para cada espécie de decisão existe um recurso específico previsto em lei.

Nery Júnior¹⁷² explica que o princípio da taxatividade impossibilita que as partes criem recursos para exercitarem o direito de recorrer, uma vez que todos os recursos

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 81.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 81.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 81.

¹⁷² NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 45-46.

cabíveis estão previstos na lei processual, ou seja, “existe único e típico recurso para cada decisão judicial impugnável”¹⁷³.

Daniel Assumpção Neves é ainda mais claro quando afirma que “somente pode ser considerado recurso o instrumento de impugnação que estiver expressamente previsto em lei federal como tal”¹⁷⁴, alertando que “o princípio da taxatividade impede que as partes, ainda que de comum acordo, criem recursos não previstos pelo ordenamento jurídico processual”¹⁷⁵.

No mesmo sentido é a lição de Araken de Assis, que ensina que “nenhum ordenamento jurídico pode deixar à autonomia dos litigantes a instituição dos meios hábeis para impugnar as resoluções jurídicas”¹⁷⁶.

Na esfera do processo penal, Grinover, Gomes Filho e Fernandes destacam que “os recursos dependem de previsão legal, de modo que o rol dos recursos e as hipóteses de cabimento configuram um elenco taxativo”¹⁷⁷ e que “a regra geral é cada decisão corresponda a um único recurso”¹⁷⁸.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes também alertam que, no processo penal, “se a decisão da decisão primeiro grau não couber recurso, ficará sempre aberta ao interessado a via das ações autônomas de impugnação”¹⁷⁹.

Isso significa dizer que o direito ao duplo grau de jurisdição, ao menos no processo penal, não está condicionado à taxatividade e à unirrecorribilidade, uma vez que quando que houver ilegalidade, ainda que que ela seja manifestada em decisão irrecurável, o acusado sempre poderá impugná-la por meio de *habeas corpus*, espécie de ação autônoma de impugnação prevista no nosso ordenamento jurídico.

A força do *habeas corpus* é tamanha que a decisão nele proferida pode desconstituir a coisa julgada material desfavorável ao acusado condenado.

Gustavo Badaró ensina “mesmo nos casos em que há recurso específico, prefere-se o *habeas corpus*, por ser medida mais eficaz”¹⁸⁰, visto que “a magnitude do *habeas*

¹⁷³ *Ibidem*, p. 46

¹⁷⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – volume único**. 10ª Ed., Salvador: Juspodium, 2018, p 1583.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 1584.

¹⁷⁶ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 77.

¹⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 36.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 37.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 36.

¹⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique, **Manual dos recursos penais**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 514

corpus é definida pela Constituição, que não prevê qualquer restrição além da situação de alguém que esteja”¹⁸¹ com sua liberdade de locomoção ameaçada. Ou seja, “o *habeas corpus* pode ser utilizado, até mesmo, como sucedâneo de recurso especial, recurso extraordinário, ou de revisão criminal”¹⁸².

A possibilidade autorizada pela Constituição de manejo de *habeas corpus* no processo penal quando houver qualquer ameaça à liberdade do indivíduo importa na necessária reinterpretação do exercício do duplo grau de jurisdição pelo acusado.

Isso porque a taxatividade e a unirrecorribilidade não apenas limitam, mas também impõem sanções ao exercício da garantia do duplo grau de jurisdição pelo acusado. Ainda que a ilegalidade possa ser combatida por *habeas corpus*, não raras vezes os tribunais deixam de conhecê-lo, negando a efetividade de um direito fundamental, sob a justificativa de que há recurso específico para a impugnação de determinada decisão.

3.5 – Princípio da fungibilidade

O princípio da fungibilidade pressupõe a aceitação de um recurso pelo outro desde que a erro na interposição do recurso equivocado não seja grosseiro, ou que paira uma dúvida objetiva sobre qual o recurso específico para a impugnação de determinada decisão. Esse princípio está esculpido no art. 579 do Código de Processo Penal.

Para Daniel Assumpção, “fungibilidade significa troca, substituição, e, no âmbito recursal significa receber um recurso pelo outro, mais precisamente receber o recurso que não se entende como cabível para o caso concreto”.¹⁸³ O autor aponta ainda que a aplicação do princípio da fungibilidade é exceção, e um recurso só será conhecido como outro quando houver dúvida fundada a respeito do recurso cabível, inexistência de erro grosseiro e inexistência da má fé”¹⁸⁴.

Para Frederico Marques o objetivo do princípio da fungibilidade é “de evitar o formalismo excessivo no conhecimento dos recursos e também as consequências iníquas e injustas muitas vezes daí advindas”¹⁸⁵.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 517.

¹⁸² *Ibidem*, p. 517

¹⁸³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – volume único**. 10ª Ed., Salvador: Juspodium, 2018, p. 1591.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 1594-1596.

¹⁸⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. São Paulo: Forense, V. IV, 1961, p. 201

Analisando o art. 579 do Código de Processo Penal, Gustavo Badaró adverte que “somente não se aplica a fungibilidade, com o consequente não conhecimento do recurso interposto, nos casos de má-fé”¹⁸⁶. Na visão do autor “o art. 579 é um dispositivo *pro recurso*, que não pode ser lido em sentido contrário”¹⁸⁷ uma vez que ele “prevê um único impedimento para a aplicação da fungibilidade recursal: a má fé do recorrente”¹⁸⁸.

Badaró explica que a ausência de má-fé “costuma ser identificada com a ausência de erro grosseiro e com a interposição do recurso impróprio no prazo do recurso cabível, quando a menor”¹⁸⁹.

O melhor exemplo da aplicação do princípio da fungibilidade no processo penal brasileiro está na dúvida sobre o meio impugnativo para questionar decisão que rejeita a exceção de incompetência e mantém a competência do juízo.

De acordo com o art. 581, III do Código de Processo Penal, cabe recurso em sentido contra as decisões que concluírem pela incompetência do juízo. Ou seja, caso a exceção de incompetência seja acolhida, a parte interessada poderá manejar o recurso em sentido estrito, instrumento próprio para tal.

No entanto, o Código de Processo Penal é silente em relação ao recurso cabível contra a decisão que conclui pela competência do juízo e rejeita a exceção de incompetência.

O art. 593, II do Código de Processo Penal estabelece que a apelação é o recurso específico para impugnar as decisões definitivas, ou com força de definitivas, quando não for o caso de recurso em sentido estrito.

A utilização da apelação no caso de decisão que rejeita a exceção de incompetência faz sentido uma vez que a exceção de incompetência tramita em apartado à ação penal. Ou seja, a interposição de apelação nos autos da exceção de incompetência não conduz à paralização da ação.

É por essa razão que Badaró adverte que “o princípio da fungibilidade recursal deve ser aplicado, também, em relação às ações autônomas de impugnação”¹⁹⁰. Isto é, o princípio da fungibilidade tem aplicação tanto na conversão de recurso em ação autônoma de impugnação quanto a conversão de uma ação autônoma de impugnação por outra que

¹⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique, **Manual dos recursos penais**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 94.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 94.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 94.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 95

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 98.

se adeque à hipótese. Mas quando for o caso do uso de ação de impugnação em substituição de recurso o princípio da fungibilidade não será aplicado, uma vez que a ação autônoma de impugnação não é recurso.

No entanto, Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que a decisão que, ao rejeitar a exceção de incompetência, fixa a competência do juízo é irrecorrível, e deve ser impugnada por *habeas corpus*. Logo, as apelações que lá foram interpostas devem ser recebidas pelo Tribunal como *habeas corpus* em razão do princípio da fungibilidade.

3.6 – Princípio da dialeticidade

De acordo com Daniel Assumpção Neves¹⁹¹, o recurso é composto de dois elementos: o volitivo, que é a vontade da parte em recorrer; e o descritivo, no qual estão pormenorizados os fundamentos e o pedido do recurso. O princípio da dialeticidade segundo o autor, “diz respeito ao segundo elemento, exigindo do recorrente a exposição da fundamentação recursal (causa de pedir: *error in judicando* e *error in procedendo*) e do pedido (que poderá ser de anulação, reforma, esclarecimento ou integração)”¹⁹².

O princípio da dialeticidade, portanto, não só permite a realização do contraditório, como também delimita a matéria e as razões de reforma da decisão de 1ª instância ao novo julgador.

Os fundamentos de reforma da decisão devem, em regra, vir por “petição, acompanhada as razões do inconformismo e do pedido de nova decisão”¹⁹³. Por isso que Nery Júnior sustenta que “sem as razões seria impossível formar-se o contraditório, pois o recorrido não saberia o que rebater”¹⁹⁴. Além disso o recurso tem o efeito de devolver “ao conhecimento do tribunal somente a matéria impugnada”¹⁹⁵. Ou seja, o princípio da dialeticidade é uma “decorrência expressa do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório”¹⁹⁶.

¹⁹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – volume único**. 10ª Ed., Salvador: Juspodium, 2018, p. 1589.

¹⁹² Assumpção, p. 1590-1591.

¹⁹³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 146.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 148.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 148.

¹⁹⁶ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos em espécie**. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 193.

Em relação ao processo penal, Grinover, Gomes Filho e Fernandes manifestam opinião similar aos pensadores do processo civil afirmando que “o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contrarrazões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal”¹⁹⁷. Essas manifestações “são, assim, indispensáveis para que o tribunal possa examinar seu mérito”.¹⁹⁸

Em relação à essencialidade da apresentação das razões recursais, Badaró defende que:

Sem razões e contrarrazões restará impedido o efetivo exercício do contraditório na fase recursal. O tribunal não terá como saber os fundamentos da impugnação (no caso das razões) ou os contra-argumentos que corroboram a sentença. Sem poder cotejar as razões do recurso, com os fundamentos da decisão impugnada, será inviável para o órgão *ad quem* avaliar o acerto do ato, ou seu erro, seja ele *in procedendo*, seja *in judicando*¹⁹⁹.

Certo é que no processo penal o tribunal não está adstrito à matéria devolvida em recurso interposto pela defesa, tendo em vista que a constatação de ilegalidade que ameace a liberdade de locomoção do recorrente pode ser apreciada de ofício pelo julgador que, concluindo pela ocorrência da ilegalidade, poderá conceder *habeas corpus* na forma do art. 647-A do Código de Processo Penal.

3.7 – Princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias

De acordo com Grinover, Gomes Filho e Fernandes, “no processo penal a regra para as decisões proferidas no curso do processo é sua irrecorribilidade, com exceções previstas no art. 581 do CPP e outras previstas em leis especiais”²⁰⁰.

O art. 581 do Código de Processo Penal traz um rol taxativo de decisões que podem ser impugnadas por recurso em sentido estrito. A título de exemplo, o inciso V do

¹⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 41.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 41.

¹⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique, **Manual dos recursos penais**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 101-102.

²⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 44

desse dispositivo prevê que a decisão interlocutória que indefere pedido de prisão preventiva, determina sua revogação ou relaxamento, ou concede liberdade provisória, é recorrível por recurso em sentido estrito. O procedimento prevê que o recurso será autuado em apartado, para que não haja o comprometimento da tramitação da ação penal, e, após o contraditório, o juízo de primeira instância decidirá se mantém a decisão e, caso a mantenha, enviará o recurso para o tribunal.

Gustavo Badaró²⁰¹ ensina que em procedimentos concentrados em uma única audiência é razoável que não se admitam recursos contra decisões interlocutórias, enquanto que em procedimentos de um sistema em que há várias audiências, é razoável supor que o gravame gerado por uma decisão interlocutória pode trazer grande prejuízo à parte. Segundo o autor, o Brasil adotou uma solução intermediária de:

estabelecer um rol, dentre as numerosas decisões interlocutórias normalmente proferidas em primeiro grau, daquelas que, por seu objeto e possibilidade de gravame, merecessem um exame mais urgente²⁰².

Por óbvio, ainda que a decisão interlocutória seja impugnável por recurso em sentido estrito, quando o prejuízo à liberdade do acusado é atual ou iminente, não há qualquer óbice para a utilização do *habeas corpus* como substituto do recurso, que, aliás, é o que ocorre na prática forense. Por isso que Badaró faz a ressalva de que decisões interlocutórias que “causassem gravame ao acusado e gerassem uma ameaça à sua liberdade de locomoção poderiam ser impugnadas por meio da ação autônoma de *habeas corpus*.”²⁰³

Essa ação constitucional, inclusive, é o meio impugnativo utilizado contra decisões interlocutórias que causam prejuízos ao acusado e que não estão expressamente previstas no rol taxativo do art. 581 do Código de Processo Penal.

3.8 – Princípio da complementaridade

Daniel Assumpção ensina que:

²⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique, **Manual dos recursos penais**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 103.

²⁰² *Ibidem*, p. 104.

²⁰³ *Ibidem*, p. 104.

no processo civil as razões recursais devem ser apresentadas no ato de interposição do recurso, não se admitindo que o recurso seja interposto num momento procedimental e as razões recursais apresentadas posteriormente, como ocorre no processo penal”²⁰⁴.

Com a apresentação das razões recursais a parte que recorreu não poderá mais complementar sua fundamentação, ainda que o prazo recursal não tenha se esgotado.

Por outro lado, tanto a lei processual civil quanto a lei processual penal autorizam que o recurso seja complementado quando, no julgamento de embargos de declaração, a decisão recorrida for modificada.

Nas palavras de Grinover, Gomes Filho e Fernandes:

Pelo princípio da complementaridade, o recorrente poderá complementar a fundamentação de seu recurso se houver integração ou complementação da decisão em virtude do acolhimento de embargos de declaração. Nesse caso é evidente que a preclusão consumativa não se opera, porque os fundamentos da decisão só surgirão, em sua inteireza, com a integração ou complementação a que os embargos de declaração deram margem²⁰⁵.

No processo penal, tanto o recurso de apelação quanto o recurso em sentido estrito, são interpostos sem a necessidade de apresentação das razões recursais. Essas, por sua vez, serão apresentadas após o regular recebimento do recurso pelo juízo de primeira instância. As razões de apelação, inclusive, podem ser apresentadas, a requerimento do acusado, apenas quando os autos forem recebidos no tribunal, conforme previsto no art. 600, §4º do Código de Processo Penal. Dessa forma, não raras vezes as razões recursais desses recursos são apresentadas após a análise dos embargos de declaração oposto pela parte adversa.

Esse princípio, no entanto, deve ser interpretado de acordo com a real natureza do recurso: uma garantia do acusado. Nesse caso, sempre que houver o questionamento da sentença por parte da acusação, caberá à defesa a complementação de futura decisão, ainda que não tenha modificado a decisão originária.

3.9 – Princípio da proibição da *reformatio in pejus*

²⁰⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – volume único**. 10ª Ed., Salvador: Juspodium, 2018, p. 1600.

²⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 39.

O art. 617 do Código de Processo Penal estabelece que a pena do acusado que não poderá ser agravada quando somente o réu tiver apelado da sentença. Essa disposição da lei processual penal incorpora o princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Para Grinover, Gomer Filho e Fernandes “não se admite a *reformatio in pejus*, entendida como diferença para pior, entre a decisão recorrida e a decisão no recurso, não podendo a piora ocorrer nem do ponto de vista quantitativo nem sob o ângulo qualitativo”²⁰⁶. Nesse sentido, os autores alertam que:

Até mesmo com relação à matéria cognoscível de ofício – como, por exemplo, no caso das nulidades absolutas – o recurso do réu não pode servir como veículo para o reconhecimento de nulidade que prejudique a defesa.²⁰⁷

A proibição da *reformatio in pejus* decorre da limitação da matéria devolvida ao tribunal em sede recursal. Ou seja, o recurso devolve ao grau superior apenas o conhecimento daquilo que ali foi abordado, não podendo o tribunal julgar matérias além do que foi devolvido, compreendendo o brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*.

Se apenas o réu devolve a matéria ao tribunal pugnando por uma decisão mais favorável, não pode haver uma decisão que agrave a sua situação jurídica. Tourinho Filho explica que o “poder de reexame do juízo *ad quem* fica restringido à parte da sentença que se impugna (...) que impede a *reformatio in pejus* quando apenas o réu tenha apelado”²⁰⁸.

Frederico Marques ressalva que o art. 617 prevê tão somente a proibição da *reformatio in pejus*, sendo “forçoso concluir-se não ter havido proibição da *reformatio in melius*, pelo que, apelando o Ministério Público (ou o querelante, ou o ofendido), cabível será a redução da pena, ou mesmo a absolvição do réu”²⁰⁹.

²⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 45

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 45.

²⁰⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 12ª ed. V.2. São Paulo: Saraiva 2009, 2009, p 407.

²⁰⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. São Paulo: Forense, V. IV, 1961, p. 277.

Para Badaró, a possibilidade da *reformatio in mellius* “seria cabível por questões de simplicidade e de economia processual”²¹⁰ uma vez que é admitido no sistema jurídico brasileiro a concessão de *habeas corpus* de ofício em qualquer grau de jurisdição. Assim, “seria um excesso de formalismo exigir que o tribunal negasse provimento ao recurso, e concedesse *habeas corpus* de ofício, ou sugerir ao acusado a interposição de revisão criminal”²¹¹.

A proibição da *reformatio in pejus* vai além da própria matéria devolvida ao tribunal quando este decide por reconhecer uma nulidade e anular a sentença condenatória. Nesse caso, a nova sentença de primeira instância não poderá condenar o acusado a uma pena maior àquela imposta na decisão anulada, sob pena de se violar, indiretamente, o art. 617 do Código de Processo Penal.

Frederico Marques lembra a posição de Garraud quando afirma que “pelo princípio da proibição da *reformatio in pejus*, o juízo *ad quem* não pode, direta ou indiretamente agravar a situação do réu apelante”²¹². Logo, se ao anular a sentença por força de recurso exclusivo do réu, o juízo de primeira instância profere decisão que agrava a situação do acusado, haverá um evidente e inadmissível prejuízo indireto ao réu por causa do provimento de seu próprio recurso.

Por isso que Badaró²¹³, seguindo a lição de Frederico Marques, sustenta que, nesses casos, o prejuízo será indireto. Por isso ele lembra que:

Anulando a decisão condenatória, melhora-se a vida do acusado. Entretanto, o acórdão, ao possibilitar que seja proferida uma nova sentença, acabou por permitir que o recorrente sofresse uma pena mais grave que a imposta no primeiro julgamento²¹⁴.

Não se pode deixar de mencionar que, partindo-se da premissa de que o recurso é uma garantia exclusiva do acusado, o princípio da proibição de *reformatio in pejus* é basilar para limitar o poder o punitivo e garantir ao acusado a possibilidade de, nesse novo julgamento, o direito fundamental da pessoa humana ao duplo grau de jurisdição.

²¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique, **Manual dos recursos penais**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 107.

²¹¹ *Ibidem*, p. 107.

²¹² MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. São Paulo: Forense, V. IV, 1961, p. 276.

²¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique, **Manual dos recursos penais**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 109.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 109.

CAPÍTULO 4 – DUPLO CONFORME E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL – UM DIREITO EXCLUSIVO DO ACUSADO

O recurso no processo penal não representa um prolongamento do processo, mas sim como um elemento essencial do princípio do devido processo legal, sendo necessário adequar suas hipóteses às limitações do poder punitivo, elementares à democracia.

Dentre essas limitações, como visto, está a compreensão de que o princípio da obrigatoriedade se esgota no momento em que o Estado-juiz satisfaz a prestação jurisdicional requerida pela acusação. Nesse sentido, Rubens Casara explica 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 (...). Porém, se existe esse dever de dar início à persecução penal, não existe o equivalente dever de provocar a manifestação dos julgadores de segundo grau (em resumo: não existe dever jurídico do Ministério Público de recorrer das decisões de primeiro grau)²¹⁵.

Casara destaca ainda que “o direito ao recurso não pode ser o prolongamento de algo que originalmente não existe. Se não existe o direito de ação do acusador, não há que se falar em direito ao recurso”²¹⁶. Apesar disso, há vozes, partidárias da teoria unitária, que sustentam que o recurso é “um mero prosseguimento da relação processual já existente”²¹⁷.

Apesar dos conceitos de duplo grau de jurisdição e recurso estejam intuitivamente interligados, fato é que são ideias que não se confundem, uma vez que a premissa de que o direito ao duplo grau de jurisdição só pode ser exercido pela interposição do recurso específico desconsidera a existência das ações autônomas de impugnação previstas no ordenamento jurídico.

Tanto os recursos quanto as ações autônomas de impugnação apresentam como finalidade a revisão de uma determinada decisão. O meio para se questionar o ato

215 CASARA, Rubens R. R. **O direito ao duplo grau de jurisdição e a constituição: em busca de uma compreensão adequada.** in MALAN, Diogo e PRADO, Geraldo (org.). **Processo penal e democracia.** RJ: Lumen Juris, 2009. pp 405-510.

216 *Ibidem*.

217 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 30.

decisório é apresentar uma impugnação que, nas palavras de Carnelutti “é, essencialmente, uma instância; alguém pede a um juiz, que poderá ser ou não ser o mesmo que decide, que se volte criticamente sobre a decisão para saber se é justa ou injusta e portanto se deve subsistir”²¹⁸.

As ações autônomas de impugnação, de acordo com Grinover, Gomes Filho, e Fernandes²¹⁹, se distinguem dos recursos uma vez que se dirigem a decisões passadas em julgado, enquanto que os recursos são manejados antes do trânsito em julgado.

Badaró, no entanto, entende que as ações autônomas de impugnação “podem ser utilizadas antes do trânsito em julgado da decisão, como no caso do *habeas corpus* ou o mandado de segurança, ou mesmo após o trânsito em julgado, como a revisão criminal e, em determinados casos, o *habeas corpus*”²²⁰.

Além disso, as ações autônomas de impugnação “dão causa a um novo processo, com procedimento e relação jurídica processual próprios”²²¹, enquanto que os recursos são, para Badaró, “o meio voluntário de impugnação das decisões judiciais, utilizado antes do trânsito em julgado e no próprio processo em que foi proferida a decisão”²²².

Sobre esse ponto, Aury Lopes Jr. sustenta que, ao contrário das ações autônomas de impugnação, os recursos “não são ‘ações processuais penais’, não se instaurando uma nova situação jurídica processual”²²³, complementando seu pensamento assentando que “os recursos são uma continuidade da pretensão acusatória ou da resistência defensiva, conforme a titularidade de quem o exerça”²²⁴.

Isso não significa dizer que determinadas ações autônomas de impugnação não sirvam como meios de substituição recursal. Muito embora sua distribuição implique numa nova relação jurídica processual penal, seu conteúdo, não raras vezes, visa a impugnar a integralidade de decisão que ameaça a liberdade de locomoção do impetrante, seja pela imposição ilegal de uma sanção penal ou pela aplicação exagerada da pena.

²¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal**. Trad. Francisco José Galvão Bruno. ed.1 v. 4. Campinas: Bookseller, 2004. p. 132.

²¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 29.

²²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique, **Manual dos recursos penais**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 33.

²²¹ *Ibidem*, p. 33.

²²² *Ibidem*, p. 32

²²³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1057.

²²⁴ *Ibidem*, p. 1057.

A ação autônoma de impugnação mais usada na realidade processual penal brasileira é o *habeas corpus*, que, segundo Tourinho Filho, “é *remedium juris* destinado a tutelar, de maneira eficaz e imediata a liberdade de locomoção”²²⁵.

Muito embora o *habeas corpus* seja uma ação autônoma, Tourinho Filho não descarta a possibilidade dessa ação constitucional ser usada como meio substitutivo de recurso, na medida em que “se o processo for manifestamente nulo, embora haja sentença condenatória irrecorrível, possível será a impetração de ordem de *habeas corpus*”²²⁶.

Ainda que o exemplo acima diga respeito ao questionamento de sentença transitada em julgado, Tourinho Filho não limita o manejo do *habeas corpus* a impugnação de processos findos. De acordo com ele “através do *habeas corpus* pode ser impugnada uma sentença, simples ato administrativo (como a prisão) e, até mesmo (...) atos restritivos da liberdade ambulatoria, cometidos por particulares”²²⁷.

Ou seja, por se tratar de uma ação autônoma de impugnação o *habeas corpus* pode ser impetrado, em qualquer grau de jurisdição, a fim fazer cessar coação ilegal que limite a liberdade ambulatorial de qualquer pessoa, seja contra uma decisão judicial, seja contra uma decisão administrativa de ente público ou privado.

Apesar da lição de Tourinho Filho ser antiga, apenas recentemente que a Lei Federal nº 14.837/2024 incluiu no Código de Processo Penal brasileiro o art. 647-A, norma específica que garante a concessão de ofício de ordem de *habeas corpus* por qualquer juiz ou tribunal quando constatada ameaça ou coação ilegal da pessoa humana.

Isso impõe a conclusão de que nem todas as ações autônomas de impugnação se submetem ao duplo grau de jurisdição, uma vez que a presença de uma coação ilegal (no caso do *habeas corpus*) ou até mesmo a negativa do exercício de direito líquido e certo (no caso do mandado de segurança) praticados por órgãos distintos do Poder Judiciário legitimam o uso dessas ações perante o Judiciário, que atuará, não de forma a reformar, invalidar, esclarecer ou consolidar o ato impugnado, mas sim como primeiro julgador da demanda apresentada.

Outra característica inerente às ações autônomas de impugnação do processo penal é que elas não têm como objeto a pretensão acusatória em si. De acordo com Tiago Bunning Mendes:

²²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 4ª ed. Bauru: Editora Jalovi, V. IV, 1978, p. 350.

²²⁶ *Ibidem*, p. 351.

²²⁷ *Ibidem*, p. 352.

enquanto o recurso é garantia que integra o processo penal que tem como objeto uma pretensão acusatória, as ações autônomas de impugnação, por sua vez, são garantias que dão causa a um novo processo, com procedimento e relação jurídica próprias, (...) em que o objeto não será a pretensão acusatória e a decisão final jamais levará à punibilidade²²⁸.

Isso porque, de acordo com Julio Maier²²⁹, o recurso no processo penal deve ser visto como uma garantia processual do condenado, que tem o direito de ter sua sentença revisada por um tribunal superior.

A perspectiva de Maier sobre a lógica recursal no processo penal é o norte deste trabalho, que tem como objetivo demonstrar que o recurso é um direito exclusivo do imputado. No entanto, inicialmente é necessário estabelecer o liame entre o sistema recursal brasileiro e a autonomia do processo penal ante a teoria geral do processo, desenvolvendo a ideia de uma teoria recursal para o direito processual penal, como também esclarecer a qual espécie de recurso Maier está se referindo.

4.1 – Necessária teoria dos recursos para o processo penal brasileiro

Tradicionalmente entende-se que o recurso visa a “atender à natural inconformidade do vencido em relação à decisão contrária”²³⁰, sendo certo que o fundamento para o duplo grau de jurisdição seria o de que esse princípio se traduziria no “controle interno, exercido por órgãos da jurisdição diversos do que julgou em primeiro grau, a fim de aferirem a legalidade e a justiça da decisão proferida”²³¹.

O art. 574 do Código de Processo Penal estabelece como regra a voluntariedade dos recursos, apontando como hipóteses excepcionais a sentença de primeiro grau que concede *habeas corpus* e a sentença que absolve o acusado por circunstancia que exclua o crime ou o isente de pena em crimes dolosos contra a vida; há também o art. 746 que prevê recurso de ofício da sentença que concede a reabilitação criminal e o art. 7º da Lei

²²⁸ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. 2018. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, p. 23-24.

²²⁹ MAIER, Julio. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2ª ed. 4ª reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012, pp. 708-709.

²³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 21.

²³¹ *Ibidem*, p. 22.

1.521/1951 que determina a remessa obrigatória ao Tribunal das absolvições ou arquivamentos de inquérito quando se tratar de crimes contra a economia popular.

De acordo com Badaró “as quatro situações em que se prevê o recurso *ex officio* visam submeter ao duplo grau obrigatório decisões que beneficiam o acusado”²³², em evidente opção político criminal que privilegia a coletividade em desfavor de direitos individuais, em especial da garantia à presunção de inocência.

Apesar da guinada constitucional a partir de 1988, essas tristes figuras de revisão de ofício do conteúdo da decisão de primeira instância ainda existem no ordenamento jurídico brasileiro, e, não raras vezes, são usadas por magistrados que, na visão de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ainda não se descolaram da mentalidade inquisitorial difundida há séculos na cultura jurídica luso-brasileira.

Fato é que o recurso é um ato voluntário, e, nas palavras de Grinover, Gomes Filho e Fernandes, “aquele que não recorre, conformando-se com a decisão proferida perde a oportunidade de obter sua reforma ou invalidação, seu esclarecimento ou integração, consolidando-se, para ele, os efeitos da decisão”²³³.

Leonardo Costa de Paula manifesta-se de forma diversa àqueles que estabeleceram uma correlação entre as características dos recursos do processo civil com os recursos do processo penal. Inicialmente o autor aponta que “‘possibilidade’, ‘voluntariedade’, ‘interesse’, termos próprios aos particulares não se aplicam ao acusador público, já que sua atuação é pautada pela estrita legalidade”²³⁴. Nessa perspectiva, o autor sustenta que a vontade de recorrer só poderia ser manifestada pela pessoa sobre quem recai uma acusação ou uma condenação.

Por esse motivo, Leonardo Costa de Paula conclui seu pensamento afirmando que “a voluntariedade dos recursos só é admissível para o indivíduo, já que se pensar que ente público poderia agir por vontade afronta a estrutura da legalidade, o que torna impossível o controle”²³⁵. O autor, então, conclui que o “interesse em recorrer, nesse caso,

²³² BADARÓ, Gustavo Henrique, **Manual dos recursos penais**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 81

²³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 31.

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. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017, p. 175.

²³⁵ *Ibidem*, p. 231.

seria o mesmo que interesse de agir. Por serem importadas do direito processual civil, estas categorias são inaplicáveis ao direito processual penal²³⁶”.

4.2 – Duplo grau de jurisdição na Constituição e nos tratados internacionais

A Constituição de 1988 garante no inciso LV do art. 5º o direito ao contraditório e à ampla defesa aos litigantes em processo judicial. Esse mesmo dispositivo também correlaciona os recursos ao exercício da ampla defesa.

Gustavo Badaró sustenta que, apesar do texto constitucional associar o recurso ao exercício da ampla defesa, a Constituição de 1988 não previu expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição. Em suas palavras:

A constituição de 1988 assegurou explicitamente várias garantias processuais, como o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), devido processo legal (art. 5º LIV), juiz natural (art. 5º LIII), publicidade e motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), entre outros. Não há, porém, uma previsão explícita do duplo grau de jurisdição²³⁷.

Apesar da interpretação de Badaró, há outros trechos do texto constitucional que asseguram o direito ao recurso. Grinover, Gomes Filho e Fernandes afirmam que “a garantia do duplo grau de jurisdição, embora só assegurada implicitamente pela Constituição Brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada jurisdição superior”²³⁸.

Noutras palavras, a Constituição traz uma estrutura de órgãos jurisdicionais distintos e com funções especificamente delimitadas, inclusive prevendo a competência recursal dos tribunais ordinários e superiores. A título de exemplo, o art. 108, II da Constituição confere aos Tribunais Regionais Federais a competência para julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

²³⁶ *Ibidem*. p. 185

²³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique, **Manual dos recursos penais**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 41.

²³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 23.

Em sentido semelhante o art. 102, III, traz a previsão do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, e o art. 105, III, estabelece o direito ao recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, o art. 5º, §2º da Constituição brasileira estabelece que os direitos e garantias expressos na 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. Tal previsão permite a complementação das normas constitucionais pelas normas internacionais.

Muito se discutiu sobre a natureza das normas internacionais, em especial após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2005 que incluiu o §3º do art. 5º, com a seguinte redação: “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”.

Flavia Piovesan defende que

ao prescrever que 'os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais' a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (...)esta conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais²³⁹.

Os direitos previstos em tratados internacionais, dessa forma, são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com força de norma constitucional, preenchendo e completando o catálogo dos direitos fundamentais, mesmo aqueles ratificados antes da inclusão do §3º do artigo 5º, pela emenda constitucional nº 45/2004.

No tocante à espécie dos tratados internacionais, Piovesan enfatiza que:

enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infra-constitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam natureza de norma constitucional²⁴⁰.

²³⁹ PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 150.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 150.

Piovesan destaca ainda que “os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns”²⁴¹ uma vez que “transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes”²⁴².

Logo, a teoria da paridade entre o tratado internacional e lei federal²⁴³ seria aplicável às normas internacionais que versam sobre direitos humanos, visto que a própria Constituição lhes confere natureza de norma constitucional que, por consequência são hierarquicamente superiores às leis ordinárias.

Os direitos advindos dos tratados internacionais de direitos humanos, “como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição”²⁴⁴. Isso porque os direitos previstos nos tratados de direitos humanos completam o rol dos direitos e garantias individuais, que, por força do §2º do artigo 5º da Constituição, não se limitam àqueles já positivados na Lei Maior.

Ressalte-se que o artigo 60, §4º, IV da Constituição de 1988 prescreve que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

O Supremo Tribunal Federal, na contramão da construção doutrinária a respeito do tema, entendeu, no Recurso Ordinário em habeas corpus nº 79.785/RJ²⁴⁵, que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos não se aplica quando entra em confronto com as normas constitucionais, sustentando que, quando a Constituição prevê o julgamento em uma única instância julgadora, esta é hierarquicamente superior ao tratado internacional.

O argumento tem como fundamento o processo legislativo menos exigente para a aprovação e promulgação do tratado internacional, que era idêntico ao de leis

²⁴¹ *Ibidem*, p. 152.

²⁴² *Ibidem*, p. 153.

²⁴³ Segundo esta teoria, os tratados internacionais e lei federais apresentam a mesma hierarquia jurídica, por força da leitura pragmática do artigo 102, III, *b* da Constituição. (art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe; III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida; *b* – declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;)

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 154.

²⁴⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 79.785/RJ. DJ 22/11/2022, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

ordinárias²⁴⁶. Assim, as normas internacionais de direitos humanos teriam força de lei ordinária, muito embora o próprio texto constitucional lhes confira natureza de direito fundamental de hierarquia constitucional.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP²⁴⁷, o Ministro Gilmar Mendes conduziu a Corte Suprema a uma nova interpretação sobre tratados de direitos humanos, classificando-os como normas de natureza “supralegal”, ou seja, hierarquicamente acima das leis infraconstitucionais, mas abaixo da Constituição.

No caso em questão discutia-se a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. O ministro Gilmar Mendes votou pela não incidência da norma constitucional uma vez que:

a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria²⁴⁸.

Ainda que a lógica da aplicabilidade negativa de uma norma infraconstitucional sobre a previsão positiva da Constituição pareça incoerente, pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal, por mais que mantenha uma interpretação pragmática da Constituição, reconheceu o caráter de direito fundamental dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

A verdade é que a internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, por meio dos Decretos nº 678, de 06 de novembro de 1992 e nº 592, de 06 de julho 1992, impõem um novo olhar sobre o direito ao duplo grau de jurisdição.

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, em seu art. 8º, nº 2, *h*, ser direito de toda pessoa acusada de um delito recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. Já o art. 14, nº 5 do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos estabelece que toda pessoa declarada culpada por um crime terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena para uma instância superior.

²⁴⁶ Importante lembrar que o julgamento do HC 79.785 foi anterior à emenda constitucional 45/2004, que incluiu o §3º ao art. 5º da Constituição Federal.

²⁴⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, DJ 05/06/2009, Rel. Min. Cezar Peluso.

²⁴⁸ *Ibidem*.

Esses tratados internacionais de direitos humanos não apenas complementam a norma constitucional implícita que assegura o direito individual ao duplo grau de jurisdição, mas também impõem um regramento infraconstitucional que respeite essa garantia, traçando limites ao poder punitivo do Estado.

Percebe-se que as normas internacionais se destinam especialmente à pessoa humana, considerando que apenas pessoas físicas podem ser responsabilizadas penalmente com a supressão de sua liberdade de locomoção. No Brasil há apenas uma exceção prevista no art. 225, §3º da Constituição que autoriza a responsabilização penal das pessoas jurídicas em caso de ilícito ambiental. Ainda assim, se condenadas não há como se determinar, por absoluta impossibilidade material, a reclusão ao cárcere da pessoa jurídica.

O Ministério Público, por sua vez, é uma instituição de Estado com personalidade jurídica própria, e com atribuição constitucional para promover a ação penal pública em nome da coletividade. Não há dúvidas, portanto, que o Ministério Público é uma pessoa jurídica de direito público, o que implica na conclusão de que a essa entidade não corre qualquer risco de ser acusada pela prática de uma infração penal, ou de ser declarada culpada em razão da prática de um ilícito criminal.

Considerando que o direito ao duplo grau de jurisdição é uma garantia fundamental da pessoa humana, o Ministério Público não teria legitimidade para interpor recurso quando sucumbente no processo penal. Isso porque os mencionados tratados internacionais de direitos humanos referem-se ao indivíduo acusado, mas nunca ao acusador. Não é outra a interpretação literal de seus dispositivos normativos.

Desse modo, não é cabível afirmar que o acusador privado, ainda que seja pessoa física, goza da garantia fundamental ao duplo grau de jurisdição, na medida em que ele não é (e nunca será) pessoa declarada culpada, questão que será objeto de maior aprofundamento ao longo deste capítulo.

Leonardo Costa de Paula²⁴⁹ destaca que a Constituição não prevê o direito do Ministério Público em interpor o recurso em desfavor do acusado, uma vez que o texto constitucional estabelece que os recursos são um meio inerente ao exercício da ampla defesa. Por outro lado, as normas constitucionais que tratam das atribuições do Ministério Público não lhe conferem qualquer legitimidade recursal no processo penal.

²⁴⁹ 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. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017. pp. 182-184.

Leonardo Costa de Paula questiona a interpretação atual da norma constitucional trazendo ao debate as discussões que foram travadas na Assembleia Constituinte, e propõe um novo olhar sobre a legitimidade recursal do Ministério Público:

A que o texto constitucional se refere quando afirma os meios e recursos a ela inerentes? Isso foi discutido pela Comissão de Redação final da Assembleia Nacional Constituinte. No debate, concluiu-se, que estes meios e recursos se destinam à proteção da ampla defesa.

A palavra recursos utilizada pelo enunciado está diretamente relacionada a meios, ou seja, modos de exercício da ampla defesa. É certo que subverter essa interpretação seria o mesmo que tão somente fazer uma busca por signos e supor que isso pode se aplicar ao acusador público. Parece-nos que, pela interpretação do texto constitucional, que caberia ao acusador apenas quando atue em prol da ampla defesa dos acusados, o que não é comum no processo penal²⁵⁰.

Por isso que o princípio da obrigatoriedade merece uma nova interpretação, tal como proposta no capítulo 2, uma vez que, desde antes da promulgação do texto constitucional há posicionamentos no sentido de que o direito ao recurso é uma extensão da ampla defesa. A internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sem qualquer ressalva relativa à norma que versa sobre a garantia do duplo grau de jurisdição dão um indicativo da real intenção dos constituintes.

Inspirado na interpretação restritiva das cláusulas internacionais Julio Maier sugere que o duplo grau de jurisdição seja caracterizado como uma garantia exclusiva do acusado, uma vez que execução de pena só pode ser definitivamente executada quando sua condenação é confirmada em grau superior, havendo uma dupla conformidade entre as duas decisões²⁵¹.

4.3 – O “duplo conforme” de Julio Maier e sua compatibilidade com a Constituição

Segundo Julio Maier “uma pessoa julgada tem no procedimento penal, entre outros direitos, o ‘Direito de recorrer de sentença perante juiz ou tribunal superior’. Em principio a regra se impõe, já que se refere ao culpado por um delito, a uma sentença

²⁵⁰ *Ibidem*, 175-176.

²⁵¹ MAIER, Julio. **Las nuevas tendencias del proceso penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 4, nº 16, outubro/dezembro de 1996. pp. 82.

condenatória²⁵²”fazendo referência à norma prescrita no art. 14, nº 5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

O pensamento de Maier, por sua vez, foi introduzido no Brasil por Geraldo Prado. Em seu ensaio sobre o conceito formulado Maier, Prado indica que “esta pessoa referida é exatamente o acusado e tanto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos como no de São José da Costa Rica, a previsão de recursos para assegurar o princípio do duplo grau de jurisdição é exclusiva da defesa”²⁵³.

O conceito de Maier²⁵⁴ parte das premissas de que o recurso não é um mero prolongamento do processo, mas sim um novo julgamento dos fatos. Nesse caso, o duplo grau de jurisdição seria um direito exclusivo do acusado, uma vez que ele um fato não poderia ser julgado mais de uma vez.

Para Maier a inadmissibilidade da múltipla persecução penal é um princípio cuja importância “reside em seu significado como garantia de segurança individual, próprio de um direito penal liberal”²⁵⁵, devendo-se “evitar uma nova persecução quando a anterior [não] estiver terminado”²⁵⁶.

Como reforço argumentativo, Maier sustenta que a V Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América promulgada em 1791, garante que “nenhuma pessoa (...) estará sujeita à mesma ofensa e por duas vezes com risco de vida ou integridade física”²⁵⁷. Essa disposição constitucional veda o *bis in idem* processual, uma vez que garante que um fato imputado ao acusado será objeto de apenas um julgamento.

De acordo com Maier²⁵⁸, a vedação à múltipla persecução penal está garantida pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, nº 7) e pela Convenção Americana de Direitos humanos (art. 8, nº 2, *h*), e também em diversos dispositivos legais das províncias argentinas, tais como o art. 7º da Constituição da Província de Córdoba, o art. 27 da Constituição da Província de La Rioja, o art. 35 da Constituição da Província de Catamarca, o art. 25 da Constituição da Província de Buenos Aires.

²⁵² *Idem*. **Derecho procesal penal: fundamentos**. Tomo I. 2ª ed. 4ª reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. p. 708.

²⁵³ PRADO, Geraldo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em Homenagem às idéias de Julio B.J. Maier**. In BONATO, Gilson. **Direito penal e processual penal: uma visão garantista**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 114.

²⁵⁴ MAIER, Julio. **Derecho procesal penal: fundamentos**. Tomo I. 2ª ed. 4ª reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012.

²⁵⁵ *Ibidem*. p. 595-596.

²⁵⁶ *Ibidem*. p. 596.

²⁵⁷ Redação da 5ª Emenda Constituição EUA.

²⁵⁸ *Ibidem*. p. 599.

O sentido de regras que proíbem a múltipla persecução penal “consiste em impedir absolutamente toda a possibilidade de estabelecer o recurso de revisão contra o imputado absolvido ou condenado por um delito mais leve”²⁵⁹. Isso porque o que se pretende é proteger qualquer imputado “do risco de uma nova persecução penal, simultânea ou sucessiva, pela mesma realidade histórica atribuída”²⁶⁰. Para Maier²⁶¹ essa é a única interpretação possível em um Estado de Direito.

Ou seja, não se permite que um acusado responda mais de uma vez pelo mesmo fato criminoso. Isso não significa dizer que o fato não possa ser investigado novamente, e a acusação impute a outra pessoa a prática da conduta delitiva. Maier define que o princípio se aplica à “pessoa que é indicada como autora do fato ou partícipe perante qualquer das autoridades estabelecidas pela lei para a persecução penal”²⁶².

Para Maier basta que uma autoridade pública tome conhecimento da atribuição de um fato a alguém para que a regra da inadmissibilidade da múltipla persecução tenha aplicação. O que se veda é uma nova atribuição do envolvimento de uma pessoa em um determinado evento criminoso porque “a garantia não se entende a outra pessoa, que não foi perseguida penalmente, independente da solução do caso”²⁶³.

Impedir a múltipla persecução penal, portanto, se estende a esfera recursal, na medida em que o recurso interposto pela acusação implicará em uma nova persecução. Por isso que Maier é taxativo quando afirma que essa limitação:

não inibe o recurso de revisão, por uma condenação injusta, a favor do réu: as garantias só trabalham em favor, nunca contra, de quem sofre o poder penal do Estado e revisar a condenação para se alcançar a absolvição ou uma sanção mais benigna não se traduz em uma persecução penal, senão, ao contrário, concede outra oportunidade de para estabelecer sua inocência, ou, ao menos, a aplicação errônea do poder penal.²⁶⁴.

Maier, então propõe uma indagação: a possibilidade de o acusador recorrer da sentença significa um *bis in idem*?²⁶⁵

A resposta a essa pergunta parte do questionamento da lógica da bilateralidade recursal, segundo a qual tanto a acusação quanto o acusado dispõem da faculdade de

²⁵⁹ *Ibidem*. p. 599.

²⁶⁰ *Ibidem*. p. 601.

²⁶¹ *Ibidem*. p. 601-602.

²⁶² *Ibidem*. p. 604.

²⁶³ *Ibidem*. p. 605.

²⁶⁴ *Ibidem*. p. 602.

²⁶⁵ *Ibidem*. p. 632.

impugnar uma sentença que, em tese, trouxe um prejuízo ao interesse de quem apresenta o recurso. No entanto, para Maier, não existe bilateralidade recursal no processo penal, em especial porque o direito ao duplo grau de jurisdição é uma garantia do acusado.

A realidade da unilateralidade recursal não está muito distante. De acordo com Maier os sistemas jurídicos de origem anglo-saxã não permitem que a acusação recorra das sentenças proferidas em primeira instância²⁶⁶.

No entanto é preciso diferenciar o direito europeu-continental, que influenciou sobremaneira os ordenamentos jurídicos latino-americanos, do direito anglo-saxão, em especial aquele aplicado nos Estados Unidos da América.

No processo penal estadunidense a decisão sobre a condenação ou a absolvição do acusado é conferida aos jurados. De acordo com Maier, nos Estados Unidos da América o “promotor de justiça tem somente uma oportunidade para conseguir a condenação” sendo certo que “qualquer que seja o grau de acerto ou desacerto da, ou de ‘justiça’ destas decisões, o acusador não possui remédio algum contra elas”²⁶⁷.

A unilateralidade recursal, portanto, representa a correta interpretação e aplicação do princípio do *ne bis in idem* uma vez que a interposição do recurso pelo acusador “provoca uma nova persecução penal em busca da condenação ou de uma condenação mais grave, pela qual submete o imputado a um novo risco de condenação e, eventualmente, a um novo julgamento”²⁶⁸.

Considerando, pois, que o duplo grau de jurisdição é uma garantia do acusado, Julio Maier propõe que se deve sempre oferecer ao imputado um recurso a mais que o acusador quando houver a primeira condenação²⁶⁹.

Caso o acusador alcance a primeira condenação em sede recursal, o acusado, por ser o legítimo destinatário da garantia do duplo grau de jurisdição, tem o direito de ter o mérito seu processo julgado novamente por um terceiro grau de jurisdição, que não estará limitado apenas a discussões sobre a aplicação e interpretação da lei ou do direito em si. Nesse novo julgamento a análise dos fatos deve ser ampla, sendo a incumbência do órgão julgador valorar novamente todas as provas colhidas e produzidas ao longo do processo penal.

²⁶⁶ *Ibidem.* p. 633.

²⁶⁷ *Ibidem.* p. 634.

²⁶⁸ *Ibidem.* p. 635.

²⁶⁹ *Ibidem.* p. 709.

Por isso que Maier defende que o recurso da acusação contra uma sentença de primeira instância que absolve o acusado “significa sem dúvida uma nova instância que, em caso de transformar a absolvição originária em uma condenação, como pretende o acusador, será, sem dúvida, uma condenação de ‘primeira instância’”²⁷⁰.

Ou seja, se a primeira condenação do acusado ocorrer no julgamento do recurso após a análise de todas as provas – não perdendo de vista de que esse julgamento se trata de uma nova persecução penal – seria necessária uma terceira instância com competência legal e constitucional de confirmar essa condenação em recurso interposto exclusivamente pelo acusado. Somente assim a garantia individual do duplo grau de jurisdição estaria assegurada. Nas palavras de Maier:

caso se permita ao Ministério Público buscar novamente a condenação com um recurso, ao menos ela conduz, necessariamente, se a consegue em última instância ou em um novo julgamento, ainda se deve oferecer ao condenado (...) um recurso para a atacar diante de um tribunal superior²⁷¹.

O recurso de revisão, nesse cenário, é um meio de impugnação exclusivo do acusado uma vez que o “único que pode provocar esta persecução penal múltipla é o próprio perseguido penalmente, pois o risco múltiplo resta eliminado se, ademais, a segunda sentença de condenação eventual não pode superar a consequência penal que propõe a primeira sentença (proibição da *reformatio in pejus*)”²⁷².

Considerando que o recurso impõe a submissão do acusado a uma nova persecução e a um novo julgamento (nunca um reexame), o recurso interposto pela acusação representa um *bis in idem* da processual²⁷³, o que é vedado nas normas convencionais e constitucionais, que garantem o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição a toda pessoa acusada ou declarada culpada de por um delito.

O recurso, nesse sentido, “já não pode ser concebido como uma faculdade de todos os intervenientes no processo”²⁷⁴, em especial o acusador público, mas sim “um direito exclusivo do condenado”²⁷⁵. Por isso, para Julio Maier, o recurso deve perder sua característica de bilateralidade.

²⁷⁰ *Ibidem*. p. 709.

²⁷¹ *Ibidem*. p. 635-636

²⁷² *Ibidem*. pp. 635-636.

²⁷³ *Idem*. **Las nuevas tendencias del proceso penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 4, nº 16, outubro/dezembro de 1996, p. 82.

²⁷⁴ *Idem*. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2ª ed. 4ª reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. p. 709.

²⁷⁵ *Ibidem*. p. 709.

Em outras palavras: o direito ao duplo grau de jurisdição, por ser um direito exclusivo do acusado e do condenado garante que a última decisão de um processo criminal se dê em razão de recurso manejado exclusivamente pela sua defesa, sob pena de que haja um regresso infinito²⁷⁶.

É aqui que se encontra o problema da bilateralidade recursal, na medida em que, se acusador pode tentar a primeira condenação em no último grau de jurisdição, que no Brasil é o Supremo Tribunal Federal, é necessário que haja uma corte de Justiça hierarquicamente superior para julgar o recurso exclusivo do condenado. A forma como o Poder Judiciário está organizado na Constituição da República, no entanto, não permite (e nem deve permitir) que haja uma instância superior à corte constitucional.

4.4 – Realidade brasileira e a necessária implementação do duplo conforme

Tratando da realidade brasileira Leonardo Costa de Paula sustenta que a atual sistemática recursal do Brasil, que admite a lógica da bilateralidade recursal, tem como consequência mais evidente a perpetuação do poder punitivo.

Isso tudo indica que o Brasil não extirpou do seu sistema de justiça práticas autoritárias inerentes ao sistema inquisitivo, sendo certo que a possibilidade de interposição de recurso por parte do acusador público remonta ao Estado absoluto²⁷⁷. De acordo com Rubens Casara o recurso era um mecanismo de “controle tanto dos aspectos materiais quanto formais das decisões. Surgia, então, a verticalização da estrutura de julgamento e o chamado efeito devolutivo (pois o poder de decidir era devolvido ao Soberano) dos recursos”²⁷⁸.

A constatação do que foi acima afirmado se traduz em números. De acordo com dados levantados por Thiago Bottino, os Tribunais Superiores brasileiros registram uma porcentagem de concessão de *habeas corpus* que varia entre 62% a 36%²⁷⁹, indicando que os tribunais estaduais e regionais julgam de forma deficiente. Não há dados sobre o conteúdo dessas decisões: se analisaram apenas questões de direito ou se também valoraram provas.

²⁷⁶ *Ibidem*. p. 714.

²⁷⁷ CASARA, Rubens R. R. **O direito ao duplo grau de jurisdição e a constituição: em busca de uma compreensão adequada.** in MALAN, Diogo e PRADO, Geraldo (org.). **Processo penal e democracia.** RJ: Lumen Juris, 2009. p.496.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 496.

²⁷⁹ BOTTINO, Thiago. **Habeas corpus nos tribunais superiores – propostas para reflexão.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 23, n. 112 (jan-fev.), 2015.

Já no julgamento das Medidas Cautelares nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54²⁸⁰, o Ministro Marco Aurélio Mello apresentou dados que apontam a variação de sucesso de recursos especiais em matéria criminal de 29,3% a 49,3%. Essa porcentagem indica que os tribunais inferiores não estão aplicando a jurisprudência dos Tribunais Superiores quando ela é mais favorável ao acusado.

A garantia fundamental do duplo grau de jurisdição, desse modo, assegura que a execução da pena da pessoa condenada por um delito só seja de fato executada após sua eventual confirmação no julgamento do recurso por ele apresentado. Ou seja, é necessário que haja uma dupla conformidade judicial da condenação para que a pena aplicada na sentença – confirmada no julgamento do recurso exclusivo do condenado – tenha eficácia jurídica²⁸¹.

O duplo conforme proposto por Julio Maier, portanto, é uma “condição da execução de uma pena estatal”²⁸², na medida em que apenas o condenado pode, por sua própria vontade, provocar uma nova persecução penal na qual ele não corre risco de ter sua situação jurídica agravada (proibição da *reformatio in pejus*), uma vez que na “suposta ausência de recurso da acusação, a segunda sentença, em via recursiva, não pode infligir ao condenado uma consequência jurídica mais grave que a primeira”²⁸³. Nas palavras de Maier:

o ‘direito ao recurso’ se transformaria, assim, na faculdade do condenado de iniciar, por sua vontade, a revisão (...) que, no caso de coincidir total ou parcialmente com o julgamento, daria fundamento regular à condenação – duas vezes o mesmo resultado = grande probabilidade de acerto na solução²⁸⁴.

Não há dúvidas de que o duplo conforme é uma garantia do condenado, ainda mais se interpretado em conjunto com as convenções internacionais de direitos humanos das quais o Brasil é parte e que foram devidamente internalizadas ao nosso ordenamento jurídico. Isso porque a garantia da proibição da múltipla persecução prevista no texto dos

²⁸⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação declaratória de Constitucionalidade nº 54. DJ 12/11/2019, Rel. Min. Marco Aurélio Mello.

²⁸¹ MAIER, Julio. **Derecho procesal penal: fundamentos**. Tomo I. 2ª ed. 4ª reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. p. 709 e 713.

²⁸² *Ibidem*. p. 709.

²⁸³ *Ibidem*. p. 713-714.

²⁸⁴ *Ibidem*. p. 713.

tratados internacionais “ampara, a princípio, toda pessoa contra a qual o Estado decide aplicar uma consequência jurídico-penal”²⁸⁵.

A princípio, Convenção Americana de Direitos Humanos incorporou a ideia da dupla conformidade, uma vez que seu prevê, em seu art 8º, nº 2, *h* traz a seguinte redação:

Art. 8º, nº 2 – Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Essa norma garante, em sua primeira parte, que toda pessoa acusada de um delito tem direito a presunção de inocência. Na segunda parte a convenção indica que toda pessoa (não necessariamente aquela acusada de um delito) tem direito à garantia mínima do direito de recorrer da sentença para um juiz ou tribunal superior.

Ao analisar a redação do art. 8º, nº 2, *h* da Convenção Americana de Direitos Humanos, Leonardo Costa de Paula esclarece que essa norma “trata das pessoas acusadas e dispõe que toda pessoa tem a garantia mínima de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Este é o sentido mínimo que se pode extrair do Pacto”²⁸⁶.

Por outro lado, o art. 14, nº 5º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos traz a garantia de 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”.

Não é difícil perceber que a redação dessas normas convencionais é, não apenas mais restrita, mas também mais clara sobre o destinatário do direito ao duplo grau de jurisdição, que, neste caso, é a pessoa declarada culpada por um delito.

Muito embora a interpretação conjunta desses dois dispositivos convencionais indique que o acusado e o condenado por um delito seriam únicos legitimados a recorrer da sentença condenatória, a figura da vítima do fato criminoso poderia gerar dúvidas quanto a sua efetiva aplicação.

4.5 – O ofendido tem direito ao duplo grau de jurisdição?

²⁸⁵ *Ibidem*. p. 712.

²⁸⁶ 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. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017, p. 178.

Para que a interpretação da norma faça sentido é necessário estabelecer que a vítima a quem a Convenção Americana de Direitos Humanos está se referindo é a vítima pessoa física, nunca a vítima pessoa jurídica. Não faz sentido que tratados internacionais de direitos humanos garantam direitos àqueles que sequer existem no mundo concreto.

As pessoas jurídicas são entidades incorpóreas, resultado de um agrupamento de serem humanos com uma finalidade específica. Essas pessoas nada mais são do que uma ficção prevista em lei, ou seja, as pessoas jurídicas evidentemente não são objeto dessas espécies de tratados internacionais.

Leonardo Costa de Paula defende que o texto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos não protege apenas o réu, visto que “não se tratando apenas de um recurso do acusado”²⁸⁷ autoriza, também, o direito ao recurso do ofendido.

O ordenamento jurídico processual penal brasileiro garante aos ofendidos alguns direitos no âmbito processual penal.

A Constituição e o Código de Processo Penal permitem, por exemplo, que o ofendido possa apresentar queixa-crime substitutiva em caso de omissão do Ministério Público em promover a ação penal de iniciativa pública. Iniciada a ação penal pública o ofendido pode, também, se habilitar como assistente de acusação, auxiliando o Ministério Público na busca pela condenação do acusado.

Há também as hipóteses em que o próprio ofendido é o titular da ação penal. Ao tratar das ações penais de iniciativa privada, Fernando da Costa Tourinho Filho assevera que “mesmo sendo privada, o direito de punir continua pertencendo ao Estado”²⁸⁸. O autor, então, destaca que as verdadeiras partes no processo penal são o Estado representado pelo Ministério Público, e o acusado.

A legitimidade da vítima para dar início a uma ação penal, portanto, seria o caso de uma substituição processual, na qual o Estado “transfere ao particular o direito de acusar”²⁸⁹. O ofendido, então, teria a legitimidade para ingressar em juízo “em nome alheio, vale dizer, um interesse exclusivo do Estado, qual o de integrar reintegrar a ordem jurídica violentada pela infração penal”²⁹⁰. No entanto, Tourinho Filho entende que “a

²⁸⁷ 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. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017, 60.

²⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 4ª ed. Bauru: Editora Jalovi, V. I, 1978, p. 363.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 364.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 364.

intervenção do ofendido como acusador faz do processo penal reminiscência da vingança privada”²⁹¹, concluindo que “é um sentimento de vingança ou de interesse pecuniário que leva o particular a promover a ação penal”²⁹².

Mais contemporaneamente Rubens Casara e Melchior teceram algumas críticas sobre o papel da vítima no processo penal democrático. De acordo com os autores, “a vítima não atua no processo, salvo se optar por se habilitar”²⁹³ como assistente da acusação, tendo em vista que as partes no processo penal, em regra, são o Ministério Público e o acusado.

Por isso que Casara e Melchior asseveram que “a vítima é *persona* estranha a esse duelo”²⁹⁴ e que “a exclusão da vítima, em regra, do papel de detonador da atividade jurisdicional e protagonista da persecução penal em juízo acaba por revelar-se benéfica, em que pese o natural interesse daquela na punição do delito praticado em seu desfavor”.²⁹⁵

No atual cenário jurídico brasileiro, a vítima pode ingressar no processo criminal como assistente da acusação, à exceção das raras hipóteses em que é a legitimada para propor a queixa-crime. Isto é, a vítima, em regra, não figura como parte na ação penal, mas sim auxiliando a acusação. Essa autorização se dá porque o ofendido tem interesse no esclarecimento dos fatos e na responsabilização dos acusados uma vez que teve seu direito violado.

Apesar disso, Casara e Melchior questionam a própria existência do assistente de acusação, na medida em que essa figura processual “é de duvidosa adequação ao moderno processo penal acusatório”²⁹⁶, visto que a “acusação é pública e não há guarida para os interesses privados que não se identificam com os interesses públicos que justificam a persecução penal”.²⁹⁷ Ou seja, “a vítima e seus familiares tem motivos para, não raro, confundirem vingança com justiça”.²⁹⁸

²⁹¹ *Ibidem*, p. 364.

²⁹² *Ibidem*, p. 364.

²⁹³ CASARA, Rubens R. R., MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro** – vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 402.

²⁹⁴ MAIER, Julio. **Derecho procesal penal: parte general: Sujetos procesuales**. Tomo II .1ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2011. p. 608

²⁹⁵ CASARA, Rubens R. R., MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro** – vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 403.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 401

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 401

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 401

Julio Maier²⁹⁹, por sua vez, traz uma visão distinta. O autor argentino entende que o ofendido é um dos principais atores dos procedimentos penais e que tem o direito de participar da investigação e do processo, na medida em que a grande parte das ações penais em curso na Argentina se originam da notícia da vítima.

Maier não concorda com a ideia de que o ofendido atua no processo penal em busca de uma vingança, mas sim para buscar a reparação do dano sofrido; fiscalizar a atuação do órgão acusador e auxiliar na aplicação mais racional da lei penal. Ele defende que atualmente “não existe a necessidade de criar uma fronteira estreita entre o Direito privado e o Direito penal, entre reparação e pena, de modo que uma ou outra, ou ambas em conjunto, poder ser meios eficientes de controle social”³⁰⁰.

Maier, no entanto, compreende que a admissão do ofendido no processo penal equivale a incorporação de um novo acusador contra o acusado que, naturalmente, se encontra numa posição debilitada. Isso porque “um imputado vê frente a si (...) vários acusadores, que, inclusive, dispõem de assessoramento jurídico adequado, do qual ele, quiçá, não dispõe”³⁰¹. Por isso ele defende que “são necessárias previsões legais especiais para equilibrar, ao menos juridicamente, a balança”³⁰², que, numa relação jurídico-penal, sempre pende em desfavor do acusado.

A omissão quanto aos direitos do ofendido levou o Estado Brasileiro a ser condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4.6 – As condenações do Brasil da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela omissão do Estado em relação às vítimas

Não é de hoje que o Estado brasileiro figura no polo passivo de demandas internacionais que investigam violações de direitos humanos. Chama especial atenção os processos nos quais as vítimas dessas violações não tiveram uma resposta adequada do Estado os crimes por elas sofridos não foram devidamente investigados e punidos. Alguns desses processos foram definitivamente julgados e, infelizmente, o Brasil restou condenado.

²⁹⁹ MAIER, Julio. **Derecho procesal penal: parte general: Sujetos procesuales**. Tomo II . 1ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 606

³⁰¹ *Ibidem*, p. 608.

³⁰² *Ibidem*, p. 608.

A sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Vladimir Herzog³⁰³, a corte fez o seguinte destaque:

A Corte Interamericana apontou que com base no Artigo 8.1 da Convenção Americana, as vítimas de violações de direitos humanos, ou seus familiares, devem contar com amplas possibilidades de ser ouvidos e atuar nos respectivos processos, tanto na busca do esclarecimento dos fatos e da punição dos responsáveis, quanto na busca de uma devida reparação. A Corte também considerou que os Estados têm a obrigação de prover recursos judiciais eficazes às pessoas que aleguem ser vítimas de violações de direitos humanos (Artigo 25), recursos estes que devem ser substanciados em conformidade com as regras do devido processo legal (Artigo 8.1). Isso deve estar contido na obrigação geral, a cargo dos mesmos Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre em sua jurisdição (Artigo 1.1)³⁰⁴.

Ou seja, a corte consignou que a Convenção Americana de Direitos Humanos garante alguns direitos fundamentais às vítimas de um fato criminoso, em especial a ampla possibilidade de serem ouvidos e atuarem nos processos a fim de esclarecer a verdade do fato e a responsabilização dos culpados, e a reparação dos danos sofridos.

A corte interamericana também salientou que os direitos da vítima e a obrigação de investigar não proveem apenas das normas convencionais, mas também da legislação interna dos Estados-parte que “permitem que as vítimas ou seus familiares denunciem ou apresentem demandas, provas, petições ou qualquer outra diligência, com o objetivo de participar processualmente na investigação penal para estabelecer a verdade dos fatos”³⁰⁵.

Nesse mesmo julgamento a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que o crime praticado contra Vladimir Herzog ocorreu durante um período de exceção na qual as liberdades democráticas não eram devidamente respeitadas.

Também foi objeto de destaque que, após o reestabelecimento do regime democrático, Estado brasileiro enveredou esforços em esclarecer as circunstâncias da morte, em especial “a importância fundamental do trabalho desenvolvido pela Comissão Nacional da Verdade, que após um esforço de identificação de vítimas e de construção

³⁰³ Vladimir Herzog era jornalista e foi assassinado no dia 25 de outubro de 1964 dentro das dependências do Destacamento de Operações de Informação do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército (“DOI/CODI”) de São Paulo após ser convocado pela prestar declarações a respeito de inúmeras reportagens críticas ao regime militar.

³⁰⁴ CIDH. **Vladimir Herzog e outros vs Brasil**. 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>

³⁰⁵ *Ibidem*.

da verdade amplo e participativo, abordou casos como o de Vladimir Herzog em seu Relatório Final, publicado em dezembro de 2014”³⁰⁶.

Apesar disso, a corte entendeu que essa postura ainda sim não era suficiente e não substitui o dever do Estado em “estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais ou estatais por meio dos processos pertinentes”³⁰⁷.

Lei 6.683/1979, conhecida como Lei da Anistia, também foi considerado pela corte como um entrave para a solução da morte de Herzog, uma vez que, apesar da jurisprudência da corte ser pacífica quanto inconveniência de leis que anistiam condutas violadoras de direitos humanos praticadas por agentes do Estado, foi declarada recepcionada pelo novo ordenamento constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.³⁰⁸

Ao final, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a violação de direitos humanos sofrida por Vladimir Herzog e responsabilizou o Estado brasileiro, não apenas por sua morte, mas também pela omissão estatal em investigar e punir os violadores, apontando desrespeito aos artigos 8.1³⁰⁹ e 25.1³¹⁰ da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Uma das recomendações da corte internacional foi a de que o Brasil realizasse uma “investigação judicial completa e imparcial dos fatos nos termos do devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis por tais violações e puni-los penalmente”³¹¹.

Em outro processo julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil foi condenado pelas violações de direitos humanos nas operações policiais na favela Nova Brasília, no Rio de Janeiro³¹². Diferentemente do caso anterior, as violações

³⁰⁶ *Ibidem.*.

³⁰⁷ *Ibidem.*

³⁰⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. DJ 06/08/2010, Rel. Min. Eros Grau.

³⁰⁹ Art. 8.1 – Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

³¹⁰ Art. 25.1 – Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

³¹¹ CIDH. **Vladimir Herzog e outros vs Brasil**. 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>.

³¹² Em 1995 as polícias civil e militar realizaram duas operações policiais na favela Nova Brasília para enfrentar o tráfico de armas e drogas e cumprir mandados de prisão. Essas operações resultaram na morte de 26 pessoas (nenhuma policial), invasões de domicílio por parte dos agentes públicos, torturas, violências sexuais e prisões arbitrárias.

de direitos humanos no caso Favela Nova Brasília se deram durante o atual período democrático brasileiro.

Dentre as violações apontadas na denúncia apresentada à corte internacional está a omissão e o desinteresse do Estado em investigar as ações policiais, o que impossibilitou o devido esclarecimento dos fatos e a responsabilização das condutas criminosas dos agentes públicos. Na sentença a corte destacou que o dever de investigar é uma obrigação do Estado e “deve ser empreendida pelo Estado como um dever jurídico próprio, e não como uma mera formalidade condenada a ser ineficaz, ou como uma medida a ser impulsionada por interesses privados ou que depende da iniciativa das vítimas ou de seus familiares ou da prova que possa ser oferecida por particulares”³¹³, concluindo que a investigação deve ser realizada por órgão independente e autônomo.

No tocante às garantias judiciais das vítimas, a sentença indica que “o direito de acesso à justiça deve garantir, dentro de um período razoável de tempo, o direito da suposta vítima ou de seus familiares de que todo o necessário para conhecer a verdade sobre os acontecimentos ou punir os responsáveis seja feito”³¹⁴, concluindo que, no caso, houve violação aos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O processo que melhor tratou dos direitos da vítima, contudo, foi o caso Ximenes Lopes³¹⁵. Nele a Corte Interamericana de Direitos Humanos salientou que “o artigo 25.1 da Convenção dispõe a obrigação dos Estados de garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição um recurso judicial efetivo contra atos que violem seus direitos fundamentais”³¹⁶, não sendo suficiente a mera existência formal do recurso, mas sim que ele seja eficiente.

Analisando o art. 25.1 da Convenção, a corte destacou que:

³¹³ CIDH. **Caso Favela Nova Brasília vs Brasil**. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ Damião Ximenes Lopes sofria de sérios transtornos psíquicos que culminaram em três internações na Casa de Repouso Guararapes, no município de Sobral, Ceará. A primeira ocorreu em 1995. A segunda se deu em 1998. Durante a internação sua família verificou que Damião estava inúmeros ferimentos no corpo. Também observaram que a clínica não apresentava condições ideais de higiene. A terceira e última internação aconteceu em 1999. No segundo terceiro após a internação a mãe de Damião, Albertina, foi até a clínica, mas foi impedida de visitá-lo. Por isso, Albertina passou a gritar por Damião que, algum tempo depois, apareceu cambaleando, com as mãos amarradas, sujo de sangue, urina e fezes. Havia claros sinais de que Damião havia sido espancado. Horas depois de sair da clínica Albertina foi comunicada que Damião havia falecido. PAIXÃO, Cristiano; FRISSE, Gionava; SILVA, Janaína Lima Penalva da; CARVALHO, Leonardo Aquimimo de. **Caso Ximenes Lopes vs Brasil – Corte Interamericana de Direitos Humanos: Relato e reconstrução jurisprudencial**. 2007. Artigo, Projeto Casoteca, São Paulo, 2007, pp. 4-6. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/2022-01/arquivos/narrativa_final_-_ximenes.pdf

³¹⁶ CIDH. **Caso Ximenes Lopes vs Brasil**, 2006, p. 65. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf.

o recurso efetivo do artigo 25 da Convenção deve tramitar-se conforme as normas do devido processo estabelecidas no artigo 8 desse tratado, do qual se depreende que as vítimas das violações dos direitos humanos, ou seus familiares, devem dispor de amplas possibilidades de ser ouvidos e de atuar nos respectivos processos, tanto na tentativa de esclarecer os fatos e punir os responsáveis, quanto na busca de uma devida reparação.

Em outras palavras, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que o recurso previsto no artigo 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos tem como objetivo garantir à vítima, ou a seus familiares, o direito de participarem ativamente da investigação e do processo a fim de buscar o esclarecimento dos fatos e a responsabilização dos envolvidos no fato criminoso.

A questão que se põe é se, após a conclusão das investigações e da conclusão da ação penal caberia a vítima um recurso contra a sentença que condena ou que absolve o acusado, e se esse recurso está respaldado pelo art. 8º, nº 2, *h* da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A resposta a essa indagação está nos próprios julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial no caso *Mohamed x Argentina*.

4.7 – A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a garantia do duplo grau de jurisdição

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui vasta jurisprudência sobre a violação de seus estados membros do conteúdo de art. 8º da Convenção, que trata, basicamente, das garantias judiciais da pessoa humana, assegurando o devido processo legal.

Está consolidado na Corte que “a possibilidade de se apelar da decisão deve ser acessível, sem exigir maiores complexidades que tornem esse direito ilusório”³¹⁷, e que “independente da denominação que se dê ao recurso existente para recorrer da decisão, o importante é que esse recurso garanta um exame integral da decisão recorrida”³¹⁸.

Ou seja, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos não basta que exista a previsão de um recurso para impugnar a sentença condenatória, mas sim que este

³¹⁷ CIDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2006; CIDH. *Caso Liakat Ali Alibus vs. Suriname*, 2011.

³¹⁸ CIDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2006. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

recurso tenha a capacidade de levar ao segundo grau de jurisdição a possibilidade do reexame integral do processo criminal.

Para a Corte³¹⁹, o recurso contra a sentença condenatória deve respeitar minimamente as seguintes garantias: a) o recurso deve ser ordinário, ou seja, ele deve ser interposto ante que a sentença adquira a qualidade de coisa julgada, uma vez que ele busca proteger o direito de defesa; b) o recurso deve ser acessível, isto é, sua apresentação não deve exigir maiores formalidades e os requisitos de sua admissão devem ser mínimos sem constituir obstáculo para sua finalidade; c) o recurso deve ser eficaz, visto que não basta sua existência formal, mas sim que ele permita a obtenção de resultados ou respostas para o fim de corrigir uma sentença penal condenatória; d) o recurso deve permitir um exame ou revisão integral da sentença recorrida, permitindo que se analise as questões fáticas, probatórias e jurídicas que basearam a decisão impugnada; e) o recurso deve estar ao alcance de toda pessoa condenada, na medida em que o direito de recorrer da sentença não poderia ser efetivo se não garantisse o respeito de todo aquele que é condenado, já que a condenação é a manifestação do exercício do poder punitivo do Estado; f) o recurso deve respeitar as garantias processuais mínimas, que são aquelas previstas no art. 8º da Convenção.

Há casos julgados pela Corte em que o ordenamento jurídico local permitia o recurso apenas em casos de violação à norma legal, de cognição limitada. Nesses casos, a Corte entendeu que há violação ao art. 8º, nº 2, *h* porque este recurso não permite a análise integral de todas as questões debatidas e analisadas na instância inferior.

A garantia do duplo grau de jurisdição também foi debatida na Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação a condenações proferidas em instância única. No caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*³²⁰, a Corte consignou que há violação ao art. 8º, nº 2, *h* quando o indivíduo é julgado e condenado em primeira e única instância sem a possibilidade de recurso. Vale destacar o presente trecho da decisão:

A Corte verifica que não existiu nenhum recurso ante o órgão máximo de justiça que julgou o senhor Alibux ao qual pudesse ser interposto a fim de garantir seu direito a recorrer da sentença condenatória, contrariando a norma contida no art. 8.2(h) da Convenção Americana. Nesse sentido, a Corte considera que sendo a Alta Corte de Justiça que julgou e condenou o senhor Alibux, a qualidade do tribunal que julga

³¹⁹ CIDH, **Norin Catriman e outros vs. Chile**, 2014, disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

³²⁰ *Liakat Ali Alibux* era uma importante autoridade no Suriname e foi julgado e condenado pela Corte Suprema de seu país em instância única.

não pode garantir que a decisão em instância única será proferida sem erros ou vícios.

O direito ao recurso do acusado, portanto, é assegurado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos com base no art. 8º, nº 2, *h*, não havendo dúvidas de que essa norma visa a garantir o direito a um recurso ordinário, amplo e eficaz a toda pessoa condenada em qualquer grau de jurisdição.

Dos julgados analisados, em todos a Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretou que a norma contida no art. 8º, nº 2, *h* é um direito da pessoa condenada. No entanto, no caso *Mohamed vs. Argentina*³²¹ a Corte manifestou de forma expressa essa posição.

Em resumo, Oscar Alberto Mohamed foi respondido a um processo criminal sob a acusação de homicídio culposo por ter atropelado uma senhora que veio a óbito em razão de sua conduta. Mohamed foi absolvido em primeiro grau de jurisdição. Dessa sentença foram interpostos recursos do Ministério Público e dos familiares da vítima. e condenado na segunda instância, sem possibilidade de interposição de recurso que pudesse reexaminar, de forma ampla, os fatos e provas do processo, tendo em vista que o único recurso possível era o recurso extraordinário federal. Esse recurso, por sua vez, goza de cognição limitada e que foi rechaçado pela autoridade competente. Contra essa decisão Oscar Mohamed apresentou um recurso de queixa, modalidade de recurso que leva o processo à Suprema Corte daquele país. Esse novo recurso foi indeferido pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina.

Ao julgar o caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos, entendeu que “o artigo 8.2 contempla a proteção de garantias mínimas a favor de ‘[t]oda pessoa culpada de um delito’³²², garantindo que a alínea *h* desse dispositivo se refere “às garantias mínimas de uma pessoa que é submetida a uma investigação e processo penal”³²³. Nesse sentido, a Corte atesta que “interpreta que o direito a recorrer da condenação não poderia ser efetivo se não for garantido o respeito de todo aquele que é condenado, já que a condenação é a manifestação do poder punitivo do Estado”.³²⁴

A dúvida sobre a interpretação da Convenção sobre o direito ao duplo grau de jurisdição é definitivamente esclarecida pela Corte no seguinte trecho:

³²¹ CIDH. **Caso Mohamed vs. Argentina**, 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf

³²² *Ibidem*.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ *Ibidem*.

Para confirmar a interpretação desta Corte de que se trata de um direito que assiste ao condenado, resulta relevante acudir à literalidade do artigo 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que, ao referir-se ao direito de recorrer da condenação, expressamente estabelece que é uma garantia que tem '[t]oda pessoa *declarada culpada* de um delito. Em outra oportunidade a Corte manifestou que dita norma do Pacto é 'muito similar' ao artigo 8.2 da Convenção Americana.³²⁵

Importante ressaltar que a Corte analisou um caso em que houve recurso por parte dos ofendidos (parentes da vítima) que, ao tomarem ciência da sentença absolutória, interpuseram recurso de apelação, que foi provido pela segunda instância com a condenação do acusado.

Ou seja, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de declarar que o duplo grau de jurisdição é um direito exclusivo do condenado, adotou e absorveu a proposta de Julio Maier de que uma condenação, para ser efetivamente executada, deve ser confirmada em duas instâncias distintas.

Não há dúvidas de que os ofendidos também têm seus direitos previstos e garantidos pela Convenção. No entanto, as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que visam a garantir os direitos do ofendido, a partir da decisão proferida no caso Mohamed vs. Argentina, devem ser interpretadas de acordo com a débil posição do acusado que, vale lembrar, enfrenta sozinho o poderio acusatório estatal.

Diante desses vetores, torna-se necessário, então, buscar a harmonização entre o direito exclusivo do acusado previsto no art. 8, nº 2, *h*, com o artigo 25, nº 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista que são as duas normas convenção que, aparentemente, estão em conflito.

O art. 8º da Convenção, ao tratar das garantias judiciais, apresenta natureza de *jus cogens*, que, de acordo com Emerson Garcia, são “o conjunto de normas imperativas de direito internacional público”³²⁶. Assim, tanto os direitos do ofendido previstos no nº 1 do artigo 8º, quanto os direitos do acusado, previstos no nº 2 do mesmo artigo, são normas de hierarquia superior em relação a outras da própria convenção.

Ou seja, a garantia do duplo grau de jurisdição visa a garantir ao acusado e ao condenado o direito de ter sua condenação, ou sua pena, revistas por um tribunal

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ GARCIA, Emerson. Emerson Garcia, **Jus Cogens e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 64, Rio de Janeiro, 2017, p. 95. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Emerson_Garcia.pdf.

hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão de mérito, tal como reconhecido pela Corte Interamericana.

4.8 – Os recursos cabíveis ao acusador

Por outro lado, qualquer decisão que ponha em risco a regularidade da persecução penal pode ser impugnada por um “simples e rápido recurso”, na forma do artigo 25 nº 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Julio Maier sustenta que a proibição da múltipla persecução de uma pessoa sobre os mesmos fatos esbarra em alguns limites. De acordo com o autor quando a primeira persecução, ou uma delas, não chegue a uma decisão de mérito ou não se possa examinar a imputação haverá um obstáculo jurídico que impossibilita a aplicação do duplo conforme. Isso porque “se entende que não se trata do caso no qual o tribunal ou o acusador, por erro, não esgotam o que poderiam esgotar, segundo as regras jurídicas, senão do caso inverso, precisamente: uma regra jurídica impede esgotar o caso porque inibe a sentença de mérito”³²⁷.

Isso significa dizer que quando houver uma decisão de natureza não meritória durante o processo penal que cause prejuízo à acusação, seja ela pública ou privada, o acusado terá o direito de apresentar um recurso “simples e rápido” para assegurar a regular tramitação da própria persecução. Ou seja, a garantia do duplo conforme, conforme desenhado por Maier, se vincula à decisão de mérito do processo (condenação ou absolvição).

O sistema processual brasileiro, ainda fortemente influenciado pela lógica inquisitorial, prevê instrumentos normativos que garantem o direito ao recurso ao acusador, público ou privado, e ao ofendido. A lei 13.964/2019, por exemplo, alterou a redação do art. 28 do Código de Processo Penal, e incluiu o parágrafo 1º que prevê a hipótese de interposição de recurso por parte da vítima às instâncias superiores do Ministério Público quando o promotor de justiça ou procurador da república determinar o arquivamento da investigação.

Em âmbito judicial o art. 581 do Código de Processo Penal traz rol extenso rol de hipóteses de cabimento de recurso por parte do acusador quando há algum incidente

³²⁷ MAIER, Julio. **Derecho procesal penal: fundamentos**. Tomo I. 2ª ed. 4ª reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. p. 624.

processual que impede ou dificulta a persecução penal, como, por exemplo, a impugnação da decisão que rejeita a denúncia ou a queixa.

Os artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal indicam quais são os requisitos formais essenciais da petição inicial da ação penal. Assim, havendo alguma mácula no comprimento dessas formalidades a providência a ser tomada pelo juiz é a rejeição da acusação, por meio de decisão que põe fim ao processo sem, contudo, adentrar no mérito da causa.

Caso a acusação não esteja satisfeita com a decisão deverá interpor o recurso em sentido estrito na forma do inciso I do artigo 581. Essa providência, por seu turno, não importará na submissão do imputado a uma nova persecução penal uma vez que sequer existe persecução contra si.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que tratam dos direitos do ofendido, inclusive lhe assegurando o direito a um recurso “simples e rápido” não conflita com a garantia exclusiva do acusado e do condenado ao duplo grau de jurisdição, na medida em que o direito ao recurso não se confunde com o direito ao duplo grau.

Ao contrário, a jurisprudência consolidada da Corte é de que o direito a um recurso ordinário, acessível, eficaz, que permita um exame ou revisão integral da condenação, que esteja ao alcance de toda pessoa condenada e que respeite as garantias processuais mínimas, torna indubitável que o duplo grau de jurisdição é um direito exclusivo do acusado de um delito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de questionar a compatibilidade da lei processual penal brasileira, que regulamenta o sistema recursal, com a Constituição e com as normativas traçadas pelos tratados internacionais de direitos humanos, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, demonstrou-se neste trabalho que o processo penal brasileiro precisa se adequar à diretiva constitucional e convencional de compreender o duplo grau de jurisdição como uma garantia fundamental exclusiva do acusado.

Partindo-se da premissa de que o processo penal goza de autonomia científica, com princípios e fundamentos próprios distintos do processo civil, a noção de parte para a ciência processual penal é única. O caso penal, conceito desenvolvido por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, deve ser o foco do processo penal brasileiro, que merece ser pensado como uma sucessão de atos e procedimentos que visem a garantir o *status* de inocência do acusado a todo custo.

A elevação da presunção de inocência à princípio basilar do processo penal não autoriza que o Ministério Público, órgão com atribuição constitucional de promover a ação penal, se valha de seu poderio para barganhar com o acusado a antecipação de uma punição, sem o respeito ao devido processo legal, sob a justificativa de que a solução derradeira da ação penal será mais grave do que a pena transacionada.

Essa postura, num processo penal pautada pelo respeito à presunção de inocência, é inadmissível num regime democrático. Além disso, representa uma afronta a ampla defesa e ao contraditório, tendo em vista que os institutos da transação penal, do acordo de não persecução penal e da colaboração premiada, em regra, são apresentados ao investigado antes da propositura da própria ação penal.

O sistema recursal brasileiro, por seu turno, reforça a disparidade de forças entre as partes do processo penal, na medida em que, sob a falácia da paridade de armas, equipara o Ministério Público, órgão do Estado que tem à seu dispor toda uma infraestrutura própria e policial para investigar e perseguir condutas delituosas, ao acusado, indivíduo que tem ao seu lado apenas seu advogado ou o defensor público.

Não se pode ignorar o fato de que a clientela do direito penal é formada, em sua esmagadora maioria, por indivíduos em situação de extrema vulnerabilidade social, seja em razão de sua miserabilidade, ou por falta de acesso à serviços assistenciais básicos,

tais como educação, saúde, segurança alimentar, acesso à moradia, dentre outros que deveriam ser garantidos pelo Estado.

O processo penal tem se apresentado, nesse contexto, como uma máquina de moer pobres, e, um sistema recursal que se permite à acusação pública buscar, por mero desejo pessoal (vontade = desejo), o agravamento da pena do acusado ou sua primeira condenação em sede recursal desconsidera do poder punitivo estatal. A consequência dessa opção de política criminal é o abarrotamento de presídios, o aumento desenfreado da população carcerária e a comprovação da falência do sistema carcerário, que, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, se encontra em estado permanente de inconstitucionalidade pelas reiteradas violações de direitos humanos promovida pelo Estado.

A incorporação do duplo conforme, tal como proposto por Julio Maier, pode ser uma saída para a limitação do poder punitivo. Ao reconhecer que o direito ao duplo grau de jurisdição é uma garantia exclusiva do acusado no caso *Mohamed vs. Argentina*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deu o primeiro passo para que os sistemas jurídicos latino-americanos criem mecanismos capazes de dar maior efetividade à norma internacional.

Ainda que o Brasil tenha sofrido algumas condenações na Corte americana em razão de violações de direitos humanos sofridas por indivíduos e familiares que foram vítimas de condutas violentas protagonizadas pelos próprios agentes de repressão do Estado, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos se consolidou no sentido de que o duplo grau de jurisdição previsto no art. 8º, nº 2, *h* da Convenção é uma garantia exclusiva do condenado, que, por meio de um recurso ordinário, acessível, eficaz, que permita um exame ou revisão integral da condenação, que esteja ao alcance de toda pessoa condenada e que respeite as garantias processuais mínimas, tem o direito de ver seu caso revisto por uma autoridade de hierarquia superior àquela que o condenou.

Não se sabe ao certo quantos indivíduos tem sua primeira condenação fixada em sede recursal, muito menos quantos condenados têm sua reprimenda agravada em segunda instância em razão de recurso interposto pelo Ministério Público ou pelo ofendido. Esses dados serão coletados e trabalhados em outros projetos que se seguirão a este.

O que pode-se afirmar, finalmente, é que o Brasil precisa adequar seu direito processual penal, em especial o sistema recursal estabelecido no Código de Processo Penal e em outras legislações específicas, às normas internacionais de direitos humanos

que conferem a garantia do duplo grau de jurisdição ao indivíduo acusado e condenado, em consonância com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique, **Manual dos recursos penais**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BOTTINO, Thiago. **Habeas corpus nos tribunais superiores – propostas para reflexão**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 23, n. 112 (jan-fev.), 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. DJ 06/08/2010, Rel. Min. Eros Grau.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação declaratória de Constitucionalidade nº 43. DJ 12/11/2019, Rel. Min. Marco Aurélio Melo.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação declaratória de Constitucionalidade nº 44. DJ 12/11/2019, Rel. Min. Marco Aurélio Melo.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação declaratória de Constitucionalidade nº 54. DJ 12/11/2019, Rel. Min. Marco Aurélio Melo.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, DJ 05/06/2009, Rel. Min. Cezar Peluso.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 126.292/DF. DJ 17/05/2016, Rel. Min. Teori Zavascki.

CALAMENDREI, Piero. **Il concetto di liti di Francesco Carnelutti**. in Rivista di diritto processuale civile. Padua: Dedam, 1930

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Pádua: CEDAM, 1926.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni sul precesso penale**. 2º Ed. Roma: Ateneo, 1949.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural: atribuição e conflito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5ª Ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASARA, Rubens R. R. **O direito ao duplo grau de jurisdição e a constituição: em busca de uma compreensão adequada**. in MALAN, Diogo e PRADO, Geraldo (org.). **Processo penal e democracia**. RJ: Lumen Juris, 2009.

CASARA, Rubens R. R., MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro** – vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CIDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**, 2006. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

CIDH. **Caso Liakat Ali Alibus vs. Suriname**, 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.608FondoEsp.pdf>

CIDH. **Caso Mohamed vs. Argentina**, 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf

CIDH, **Norin Catriman e outros vs. Chile**, 2014, disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

CIDH. **Vladmir Herzog e outros vs Brasil**. 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>

CIDH. **Caso Favela Nova Brasilia vs Brasil**. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf

CIDH. **Caso Ximenes Lopes vs Brasil**, 2006. p. 65. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial**, in: PRADO, Geraldo, MALAN, Diogo (org.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

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. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017.

DIDIER JR, Freddie. **Fonte Normativa da Legitimação Extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a Legitimação Extraordinária de Origem Negocial**, in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 26, 2015. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1282730/Fredie_Didier_Jr.pdf

FAIRCLOUGH, Norman. **Análise crítica do discurso e a mercantilização do discurso público: as universidades**. In MAGALHÃES, Célia. M. (org). **Reflexões sobre a análise crítica do discurso**. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERREJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Emerson. Emerson Garcia, **Jus Cogens e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 64, Rio de Janeiro, 2017, p. 95. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Emerson_Garcia.pdf.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação Penal**, São Paulo: Bushatsky, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. **Não creem na teoria geral, mas ela exista**. Conjur, 2014, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe/>

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

KUNH, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritti processuale penale**. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1988

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e o julgamento do mérito** in Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3º ed. V. I, Trad. Candido R. Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del pecesso civile**. Napoli: Morano Editore, 1962.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen iuris, V. I, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JR., Aury. **Teoria geral do processo é danosa à saúde do processo penal**. Conjur, 2014, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal/>

MAIER, Julio. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2ª ed. 4ª reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012.

MAIER, Julio. **Las nuevas tendencias del proceso penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 4, nº 16, outubro/dezembro de 1996.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. São Paulo: Forense. V. I, 1961.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. São Paulo: Forense, V. IV, 1961.

MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. 2018. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

MOURA, Maria Thereza de Assis, **Justa causa para ação penal: doutrina e jurisprudencia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

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

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – volume único**. 10ª Ed., Salvador: Juspodium, 2018.

PAIXÃO, Cristiano; FRISSE, Gionava; SILVA, Janaína Lima Penalva da; CARVALHO, Leonardo Aquimimo de. **Caso Ximenes Lopes vs Brasil – Corte Interamericana de Direitos Humanos: Relato e reconstrução jurisprudencial**. 2007. Artigo, Projeto Casoteca, São Paulo, 2007, pp. 4-6. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/2022-01/arquivos/narrativa_final_-_ximenes.pdf

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PRADO, Geraldo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em Homenagem às idéias de Julio B.J. Maier**. In BONATO, Gilson. **Direito penal e processual penal: uma visão garantista**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROCHA, Felipe Borring. **Teoria geral dos recursos cíveis**. São Paulo: Elsevier, 2008.

SCHEREIBER, Simone. **Indisponibilidade da ação penal pública e avanço do modelo consensual – qual é o papel reservado ao juiz?** in MORAES, Amanda; BRAGA, Bernardo; VALLE, Diego do; GONÇALVES, Felipe. **Desafios do processo penal brasileiro contemporâneo: homenagem aos professores Diogo Malan e Flavio Mirza.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **Por uma teoria da ação penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória no processo penal brasileiro.** Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; DE PAULA, Leonardo Costa. **Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teria dualista e a cera de abelha,** in Revista de estudos Criminais, nº 64, Ano XV. São Paulo: Síntese, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Pressupostos processuais e condições da ação do processo cautelar.** In Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 82, n 292, 1985.

TORNAGHI, Helio. **Curso de processo penal.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, V. 1, 1980.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 4ª ed. Bauru: Editora Jalovi, V. I, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 4ª ed. Bauru: Editora Jalovi, V. IV, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado.** 12ª ed. V.2. São Paulo: Saraiva 2009.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WALDRON, Jeremy. **The Concept and the Rule of Law**. Georgia Law Review. v. 43.
n. 1, 2008.