

# **DIREITO FUNDAMENTAL AO RECURSO NO PROCESSO PENAL: UMA CRÍTICA À CONCEPÇÃO BILATERAL DA IMPUGNAÇÃO**

## **FUNDAMENTAL RIGHT TO APPEAL IN CRIMINAL PROCEDURE: CRITICAL ANALYSIS ON THE IMPUGNATION BILATERAL CONCEPT**

Ricardo Jacobsen Gloeckner<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo procura explorar o conceito de direito fundamental ao recurso no processo penal brasileiro. O principal objetivo é apresentar uma nova configuração do instituto e compará-lo com os tratados internacionais de direitos humanos.

Palavras-chave: Direito ao Recurso. Processo Penal. Direitos Humanos.

### **ABSTRACT**

The present article intends to explore the concept of the fundamental right to appeal in Brazilian criminal procedure. The main objective is to present some new configuration of the institute and to compare it with the international treatise on human rights.

Keywords: Right to Appeal. Criminal Procedure. Human Rights.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da Especialização em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

## INTRODUÇÃO

Se há uma categoria que tem sido sistematicamente compartilhada pelo processo penal e civil, apesar de toda a crítica necessária à teoria geral do processo, é a teoria da impugnação. Mais especificamente, a doutrina processualística (cível e penal) trabalha com categorias e institutos que em nada lembram a dessemelhança profunda e irreconciliável entre os dois paradigmas de processo.

Para além da insuperável diferença ontológica entre o processo civil e penal, cujo alerta já fora desde há muito tempo disparado pelo setor doutrinário crítico, a teoria da impugnação tem passado indene ao exercício de promoção de uma construção das bases epistêmicas de um processo penal não mais jungido ou modulado pelos contornos civilísticos. O panorama é facilmente vislumbrável, exemplificativamente, nos recursos típicos do juízo de cassação, como os recursos especial e extraordinário, que especialmente com a promulgação da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, sofreram um tratamento simétrico em ambas as matérias jurídicas. Além do tratamento legislativo uniforme aos recursos cíveis e penais – e que não se esgotam unicamente nessas modalidades recursais<sup>2</sup> –, o que se constitui como um marasmo ou sono dogmático no processo penal é a consubstanciação de uma teoria da impugnação, cujos fundamentos praticamente em nada se afastariam daqueles há bastante tempo tratados no processo civil. Além disso, é de se notar que mesmo quando se está diante de recursos similares nos dois campos (v.g. apelação), com hipóteses normativas de incidência distintas, o fundamento que abraça o referido meio impugnativo é o mesmo, consoante adiante iremos apontar.

Dessa maneira, parece que efetivamente há um problema (de natureza epistemológica), na tentativa de arquitetar um modelo de processo penal que se distancie dos construtos civilísticos, quando o que se poderia denominar de teoria da impugnação lida com as mesmas vestes usadas pela irmã mais velha<sup>3</sup>.

Além desse inusitado compartilhamento principiológico e epistêmico, que como mais adiante veremos, traz questões que devem ser analisadas a partir de vetores supranacionais (mormente nos tratados de direitos humanos), o que se está a discutir, enfim, é a estrutura do processo penal pensada e operante como um meio de satisfação de interesses entre duas partes antagônicas, que atuariam em igualdade de armas. E é

---

<sup>2</sup> Alargado o espectro de análise, exemplificativamente, o mandado de segurança, que não se trata propriamente de um recurso, mas de uma ação de natureza constitucional, com nítido cariz impugnativo, é tratado como uma categoria única, a emprestar eficácia aos campos penal e cível.

<sup>3</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Cenenterola*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 1, p. 73-78, 1946.

justamente sobre o princípio da igualdade ou paridade de armas que repousa, segundo algum setor doutrinário, a configuração axiológica do *giusto processo*, *procès équitable*, *due process* e outras expressões teleologicamente equivalentes (o que, em nosso juízo, constitui um erro crasso).

Por fim, é justamente sobre as bases do “direito a um processo em regime de igualdade” que algumas propostas de alteração legislativa se fazem presentes, por exemplo, a da supressão de recursos e algumas prerrogativas do acusado. Em nome de uma paridade de armas, ou melhor, sob a alegação de uma necessária recomposição de forças processuais, especula-se com alterações que mais do que dispositivos topográficos, cênicos ou estéticos, deflagram uma alteração de premissas normativas, que minimizam as garantias processuais (e o processo penal como um todo, evidentemente), como normas do mais fraco<sup>4</sup>. O pensamento que deseja tornar o processo penal atravessado e enfeixado por uma miríade de forças simetrizantes, que ora tratam o Ministério Público como um sujeito de direitos fundamentais (respaldado por um dever de tutela e prestação jurisdicional), ora reconduzem o acusado ao patamar de um sujeito processual em condições de, autonomamente, garantir a si próprio contra uma expectativa de uma sentença condenatória<sup>5</sup>, estabelece um panorama que enfraquece a instrumentalidade constitucional do processo penal. Em outras palavras, ao remodelar o sistema processual com lampejos adversariais em um processo de organização inquisitorial, ou mais propriamente governado pela lógica inquisitória<sup>6</sup>, concebe-se normativamente o acusado como um sujeito liberal e autônomo, que deve agir em defesa de seus interesses. Não raras vezes tais compreensões são derivadas dos níveis de expectabilidade social que repousam sobre os denominados “grandes processos”, produzindo seus deletérios efeitos em cascata sobre o ordenamento jurídico-penal, que, como se sabe, na imensa maior parte dos casos lida com sujeitos absolutamente hipossuficientes.

Portanto, em juízo introdutório, são perceptíveis dois fenômenos jurídicos e normativamente independentes, mas que, todavia, produzem problemas em um mesmo sentido, ou seja, relativizando a função garantidora do processo penal (sua instrumentalidade constitucional<sup>7</sup>). Como referido, o primeiro problema circunda a temática das categorias

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 4. ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2004.

<sup>5</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Europa-América, 1935.

<sup>6</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

<sup>7</sup> Se ainda for possível falar-se da relação entre processo e instrumento, estudo que se encontra ainda em fase de desenvolvimento.

tradicionalmente arroladas como constitutivas do modo de ser processual; o segundo atravessa as margens políticas e estéticas do processo penal.

## 1 O PARADIGMA DA BILATERALIDADE NA TEORIA DA IMPUGNAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Neste tópico, a intenção é apresentar os fundamentos sob os quais repousa a legitimação dos meios impugnativos nas categorias gerais do processo e à evidência, mais especificamente, no processo penal. Nesse plano, a tarefa é demonstrar a existência de um paradigma (clássico) da bilateralidade no tratamento teórico da impugnação penal, especialmente em sede doutrinária, já que a jurisprudência, no Brasil, tem contribuído negativamente para, inclusive, investigar e apresentar em linhas, mesmo que gerais, os atributos mínimos concernentes aos meios impugnativos. Além disso, tampouco tem servido as decisões emanadas dos tribunais superiores, que padecem de um extremo decisionismo, sendo visivelmente permeáveis pelos humores políticos do momento. Eis, portanto, por que a investigação se balizará, nesse momento, pela doutrina clássica da bilateralidade da impugnação.

Segundo Manzini, um bom e ordenado regime jurídico admite meios impugnativos, isto é, atos destinados à modificação das decisões jurídicas<sup>8</sup>. Sustenta Manzini que a admissão dos meios impugnativos se daria, inclusive, em decorrência especialmente do interesse público, que coincide com o dos sujeitos privados, de que a justiça deve ser administrada o mais perfeitamente possível. Ainda no plano dos fundamentos das impugnações, Fenech afirma que o processo é conduzido por seres humanos, sujeitos à falibilidade e ao erro. Além disso, as normas jurídicas também podem ser deliberadamente violadas<sup>9</sup>. Eis as razões pelas quais um ordenamento jurídico deve conhecer da figura dos meios impugnativos.

Etimologicamente, o recurso, como diria Couture, nada mais é do que o regresso ao ponto de partida, um novo curso (re-curso)<sup>10</sup>. Para Del Pozzo, “as impugnações são os remédios jurídicos dos provimentos decisórios dos juízes”<sup>11</sup>. Esse pensamento se coaduna

---

<sup>8</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: El Foro, 1996. v. 5.

<sup>9</sup> FENECH, Miguel. **El proceso penal**. 3. ed. Madrid: Ageda, 1978. p. 319.

<sup>10</sup> COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Buenos Aires: Montevideo: B de F, 2005. p. 277.

<sup>11</sup> DEL POZZO, Carlo. **Le impugnazioni penali**: parte generale. Padova: CEDAM, 1951. p. 54.

com o de Leone para quem “o meio de impugnação é um remédio jurídico atribuído às partes para remover uma desvantagem que nasceu de uma decisão do juiz”<sup>12</sup>. Para Pisapia, as impugnações consistem em declarações de vontade mediante as quais as partes interessadas requerem ou um reexame dos fatos ou um controle sobre a legitimidade da primeira decisão<sup>13</sup>.

O plano dos meios de impugnação é, como acentua Carnelutti, o da crítica aos provimentos jurisdicionais. O recurso nada mais seria do que uma espécie de um “juízo sobre o juízo, um juízo elevado à segunda potência”<sup>14</sup>. Compreende-se aqui, partindo-se do léxico goldschmidtiano, que as impugnações corresponderão sempre a cargas, (imperativos da própria parte), ligadas às chances processuais. O recurso é uma forma de se tentar evitar a expectativa de uma sentença desfavorável<sup>15</sup>. Para além destes elementos pertinentes ao conceito e fundamento das impugnações, existem duas categorias fundamentais para se analisar o paradigma da bilateralidade do processo.

O primeiro desses elementos repousa sobre o conceito de interesse processual. O interesse na impugnação, ao lado da legitimidade, é apresentado pela doutrina como um requisito de admissibilidade recursal. Assim, o pressuposto do recurso é o prejuízo que deriva da decisão judicial. A finalidade é a remoção desse prejuízo, com a substituição da decisão por outra, na esteira do pensamento de Carnelutti<sup>16</sup>. Para Leone, a impugnação é um direito das partes ou de outros sujeitos legitimados a requerer a remoção de um prejuízo ao próprio juiz ou a outro<sup>17</sup>. Haveria aqui um direito de impugnação, correspondente ao poder que nasce com o provimento judicial que contra ele se dirige. O meio de impugnação seria o direito de impugnação visto em sua dinâmica e é um direito de natureza processual, será um direito subjetivo em relação ao juiz e potestativo em relação à outra parte. Para Ranieri<sup>18</sup>, a impugnação requer a demonstração do interesse. E o interesse nasce da situação objetiva de inobservância do direito, que surge da decisão judicial. Dois são os pressupostos: 1) um estado

---

<sup>12</sup> LEONE, Giuseppe. **Manuale di procedura penale**. 2. ed. Napoli: E. Jovene, 1962. p. 379.

<sup>13</sup> PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di procedura penale**. Padova: CEDAM, 1975. p. 384.

<sup>14</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Campinas: Bookseller, 2004. v. 4, p. 109.

<sup>15</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Princípios generales del proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Europa-América, 1935.

<sup>16</sup> “Assim como a legitimação ativa para a demanda de impugnação corresponde à parte vencida, assim por lógica correlação incumbe a legitimação passiva à parte vitoriosa. Esta dedução é tão natural que nem sequer vem anunciada expressamente na lei; mas é indubitável que quando esta fala em ‘parte que tem interesse em opor-se à demanda’ de impugnação, refere-se à parte vitoriosa”. CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 3, p. 780.

<sup>17</sup> Ibid. p. 380.

<sup>18</sup> RANIERI, Silvio. **Istituzioni di diritto processuale penale**. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1951. p. 277.

objetivo de inobservância do direito criado pela decisão judicial; 2) a possibilidade de remoção desse prejuízo no segundo grau. Nesse sentido, Ranieri conclui que o interesse em impugnar é a medida da impugnação, o critério-limite para o exercício do direito de impugnação. No mesmo sentido (acerca da necessidade de demonstração do interesse) é possível encontrar o pensamento de Chiavario<sup>19</sup>. Não paramos por aí. Para Pisapia, para se propor um meio de impugnação, como já descrito, é necessário demonstrar um interesse. Esse interesse de impugnar não pode ser meramente teórico, mas deve consistir em um concreto e direito interesse em eliminar ou modificar uma decisão desfavorável<sup>20</sup>. Segundo Roxin, quem não for afetado por uma decisão que lhe prejudique não possui um interesse juridicamente protegido para a interposição de um recurso<sup>21</sup>. Por seu turno, para Florian, o prejuízo poderá ser comum (como na pluralidade de réus) ou particular (conforme se dirija unicamente ao imputado)<sup>22</sup>. Como visto pelo passeio por alguns doutrinadores clássicos, para se recorrer é necessário demonstrar o prejuízo (concreto, comum ou particular, visto como subjetivo frente ao órgão jurisdicional ou potestativo no que concerne ao adversário).

O segundo elemento pertencente ao paradigma da bilateralidade dos meios impugnativos subjaz na natureza do direito ao recurso. Para Dinacci, “nel processo penale, come in quello civile, il diritto d’impugnazione compete alle parti”<sup>23</sup>. Para Manzini, há diferença entre o direito a impugnar, reconhecido abstratamente como pertencente a um determinado sujeito, e o direito concreto de impugnar, que depende do interesse. Assim, “el interés de impugnar es, por tanto, una condición de adquisición del derecho subjetivo de impugnación”<sup>24</sup>. O que se pode verificar é que a doutrina de certa forma compartilha o entendimento de que: a) existe um direito à impugnação; b) que o direito à impugnação pertence às partes processuais; c) que o direito à impugnação é o prisma estático do direito ao recurso, que em sua faceta dinâmica seria caracterizado pela demonstração do prejuízo. Assim, torna-se fácil compreender por que a questão da possibilidade do recurso pelo Ministério Público é para a doutrina clássica simultânea e paradoxalmente tormentosa ou espinhosa, mas explicada por critérios e argumentos frágeis, ingênuos e superficiais.

---

<sup>19</sup> CHIAVARIO, Mario. **Diritto processuale penale**. Torino: UTET, 2005. p. 413.

<sup>20</sup> PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di procedura penale**. Padova: CEDAM, 1975. p. 390.

<sup>21</sup> ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 448.

<sup>22</sup> FLORIAN, Eugenio. **Principi di diritto processuale penale**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1932. p. 421.

<sup>23</sup> DINACCI, Ugo. **Prospettive sistematiche del processo penale**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1978. p. 265.

<sup>24</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: El Foro, 1996. v. 5, p. 27.

Sendo um direito das partes e ultrapassada a questão de saber se o Ministério Público é efetivamente um sujeito processual<sup>25</sup>, o processo penal é conformado por linhas organizativas que lhe estatuem uma organização paritária ou ainda, agonística de processo. Deve-se deixar bem claro que esse agonismo processual está muito longe daquele político, pertencente à cultura processualística adversarial, que pode ser bem compreendida a partir da leitura de Damaska<sup>26</sup> e Kagan<sup>27</sup>. Essa estética agonista diz respeito ao tratamento bilateral (como verdadeiros sujeitos privados) entre acusação e acusado, que resulta, invariavelmente em incompreensões epistêmicas da própria natureza do processo penal: essa posição idealmente agonista (embora a estrutura seja inquisitória), faz, por exemplo, que se coloque em discussão postulados como a presunção de inocência, recursos em favor unicamente do acusado e outras garantias do polo mais fraco, como se se tratassem de verdadeiros benefícios (injustamente não concedidos à parte acusadora). Entretanto, tais críticas sofrem de uma espécie de bulimia semântica, por desconsiderarem justamente as premissas mais elementares do processo penal democrático. O processo penal requer uma desigualdade que justamente lhe diferencia das demais modalidades processuais.

Superado esse problema – de que o direito ao recurso compete às partes processuais –, a doutrina clássica encontra inúmeras dificuldades para sustentar, novamente do ponto de vista epistemológico – substrato que nutriria o interesse do Ministério Público na revisão de decisões. O argumento mais comum (e também o mais vazio e superficial) é de que o Ministério Público teria um “interesse impessoal na correta aplicação do direito”. Esse argumento frágil ao extremo faz com que se deva retornar, uma vez mais, à natureza jurídica do Ministério Público no processo penal, ou melhor, nas palavras de Carnelutti, na “quadratura do círculo” – à parte imparcial. Mas vejamos mais de perto esses fundamentos. Segundo Pisapia, “in termini diversi il problema dell’interesse ad impugnare si pone per il pubblico ministero, in quanto quest’ultimo, nelle sua funzione di giutizia, ha sempre interesse ala retta applicazione della legge”<sup>28</sup>. Para Roxin, “también la fiscalía está facultada para la interposición de recursos con la misma amplitud que el imputado (§ 296, I) y, por certo, también a favor del imputado (§ 296, II), lo que resulta de su posición imparcial”<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> CARNELUTTI, Francesco. Mettere il pubblico ministero al suo posto. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. 4, n. 8, pt.1, p. 257-264, 1953.

<sup>26</sup> DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. London, New Haven: Yale University, 1986.

<sup>27</sup> KAGAN, Robert. **Adversarial legalism**: the American way of law. Cambridge: Harvard University, 2001.

<sup>28</sup> PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di procedura penale**. Padova: CEDAM, 1975. p. 390.

<sup>29</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 448.

Ainda segundo o pensamento de Roxin, o Ministério Público sofreria prejuízo sempre que uma decisão equivocada fosse proferida<sup>30</sup>. No mesmo sentido Manzini<sup>31</sup>.

Segundo Maier, a possibilidade de recurso pelo Ministério Público decorre de uma concepção bilateral dos meios de impugnação, como já alerta o título deste tópico. Se os recursos são concebidos como uma mera ferramenta para se corrigir erros judiciais, legitimando todas aquelas partes processuais que em tese sofreram um prejuízo, não se torna artificial – ao contrário, se naturaliza – a possibilidade de o Ministério Público, munido de uma cláusula genérica, tenha por legítima a faculdade de recorrer de qualquer decisão (inclusive em prol do acusado!), em especial da sentença absolutória.

Entretanto, a admissão do recurso do Ministério Público, em todo e qualquer caso, apenas torna indene a garantia da proibição da persecução penal múltipla, garantia esta que, de acordo com Maier, é “la prohibición de someter al imputado a un riesgo múltiple de sufrir una consecuencia jurídico-penal (*double jeopardy*)”<sup>32</sup>. Para Gabriela Jugo, a possibilidade de se recorrer da sentença absolutória colocaria o acusado novamente diante da possibilidade de sofrer uma condenação ou de sofrer um aumento em sua pena. “En este punto se pone de manifiesto la disparidad de los fines del ‘recurso’ estudiado tradicionalmente por la doctrina nacional y el concepto de ‘recurso’ concebido como una garantía de la persona sometida a proceso”<sup>33</sup>.

A chave para o entendimento da questão reside na discussão sobre a natureza do recurso. Caso estejam verdadeiramente diante de um direito fundamental, é antitética e paralógica a adoção de um modelo bilateral dos meios impugnativos. Somente se rechaçando a natureza de verdadeiro direito fundamental ao recurso será possível sustentar-se, sem afrontas aos sistemas de convencionalidade, esse paradigma clássico da bilateralidade, moldado para o processo civil e transportado, sem maiores consequências, para o plano do processo penal.

Em ritmo de síntese, o paradigma da bilateralidade consiste em pensar o recurso como uma categoria infraconstitucional, cujos ditames implicam na conformação das normas processuais penais que regem os planos de impugnação das decisões jurisdicionais. Além disso, a estética da bilateralidade, por certo já superada neste século, consolida uma anacrônica lógica que permite que as categorias processuais sejam esvaziadas de

---

<sup>30</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 448.

<sup>31</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: El Foro, 1996. v. 5, p. 27.

<sup>32</sup> MAIER, Julio B. J. Recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio y múltiple persecución penal: ¿un caso de ne bis in idem? **Revista Uruguaya de Derecho Procesal**, Montevideo, n. 2, p. 217, 1999.

<sup>33</sup> JUGO, Gabriela et al. **Los derechos humanos en el proceso penal**. Buenos Aires: Depalma, 2002. p. 285.

quaisquer conteúdos políticos, produzida que foi no período dito cientificista do processo. A autonomia das categorias processuais não pode ser lida simplesmente à parte dos jogos de força e poder no processo penal. Tampouco podem as normas que organizam os sistemas recursais e impugnativos serem buriladas mediante artifícios formalísticos, que explicam o fundamento dos meios de impugnação a partir de fórmulas vazias e genéricas: falibilidade humana, fiscalização e controle das decisões exaradas pelos juízes e tribunais de hierarquia inferior etc. Todavia, tais “fórmulas mágicas” da ciência jurídica, nos dizeres de Wietholter<sup>34</sup>, mais não fazem do que esconder a arbitrariedade de sua configuração, assim como escamotear as preferências políticas que lhe dotaram destas ou daquelas feições. A doutrina brasileira, quando investiga os recursos e ações impugnativas – quando o faz – se contenta e se (auto)limita com alguns princípios aplicáveis aos meios impugnativos (como ampla defesa, contraditório etc.) e tenta engatinhar na questão do chamado duplo grau de jurisdição. O que a nosso juízo, é pouco, muito pouco.

## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO RECURSO: ÂMBITO NORMATIVO DOS MEIOS IMPUGNATIVOS E LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELA CONVENCIONALIDADE

Considerando o que foi dito no último tópico, o ponto nuclear do presente ensaio passa, necessariamente, pela natureza jurídica do direito fundamental ao recurso. Haveria, então, um direito fundamental ao recurso, capaz de sustentar as premissas básicas alinhavadas anteriormente e que serviram como ponto de estofa contra o paradigma da bilateralidade no seio dos meios impugnativos?

Antes mesmo de se cotejar uma resposta em sintonia com os ditames normativos que regulam a matéria no Brasil, é imprescindível mencionar que a discussão não pode ser levada a cabo sob nenhuma orientação que ofereça uma resposta simplista a um problema manifestamente complexo. Em primeiro lugar, em uma dimensão exclusivamente sociológica, tomando-se como exemplo o funcionalismo, o direito ao recurso seria compreendido como o conjunto de operações sistêmicas que o direito seria capaz de oferecer para demandas que lhe chegam desde o meio ambiente (*imputs* extrassistêmicos)<sup>35</sup>. O conjunto dessas decisões não é nem mais nem menos do que o quociente de

---

<sup>34</sup> WIETHOLTER, Rudolf. **Le formule magiche della scienza giuridica**. Traduzione de Luitgart Riegert Amirante. Roma, Bari: Laterza, 1975.

<sup>35</sup> TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

contingência acerca dessas respostas (quais delas foram reconhecidas como judiciáveis pelo sistema). Tampouco as funções atribuídas ao sistema de justiça criminal serviriam como linha de resolução do problema, já que as chamadas operações internas do sistema não possibilitariam sustentar as expectativas<sup>36</sup> como sendo definitivamente normativas<sup>36</sup>. Em síntese, uma orientação sociológica restaria inapta para responder a questão levantada, o que parece muito óbvio e claro.

Devem igualmente ser refutadas as perspectivas de direito natural ou neokantianas reatualizadas por meio da ocupação onívora do princípio da dignidade da pessoa humana como resposta para todo e qualquer problema jurídico. Com efeito, evidentemente não é sobre o princípio da dignidade da pessoa humana que repousa a existência de recursos no processo penal. Ou, melhor, ao menos não há uma relação direta, embora não se possa descurar da importância que o princípio possui em qualquer ordenamento jurídico.

Tampouco deve-se levar em consideração uma orientação exclusivamente positivista, se bem entendido o fenômeno. É justamente sobre esse paradigma clássico da filosofia do direito (e da metafísica da consciência) que se estabelece aquela concepção clássica da bilateralidade dos meios impugnativos, estruturados como imperativos de dever-ser. Demais disso, a pretensa filtragem axiológica das normas processuais, como já antedito, mascara as pulsões autoritárias (com muito mais propriedade no caso do Brasil), que se cristalizam na política criminal adotada.

Tomaremos aqui uma orientação teleológica-normativa no âmbito da limitação e dos contornos assumidos pelo direito fundamental ao recurso, através da demonstração de seus vínculos de convencionalidade. Assume-se aqui uma orientação neopositivista, em específico na distinção entre os planos de vigência (ou validade formal) e validade (ou validade substancial), tal como proposto por Ferrajoli<sup>37</sup>, no escopo de apresentar as garantias como modais ou regras de segundo grau sobre direitos fundamentais. Finalmente, não poderemos deixar de lado uma postura pragmática, no sentido de que o processo penal não esgota a sua realidade no mundo normativo, mas atinge um sem-número de pessoas, subordinadas ao sistema de justiça criminal. Assim as coisas assumidas aqui por uma função pragmática do processo penal como redutor de danos.

Desde o plano normativo e de convencionalidade não parece haver dúvida alguma de que o direito ao recurso se constitui como um direito fundamental. Em primeiro lugar, o Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP), aprovado pelo Brasil por meio

---

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2004.

do decreto 592, de 1992, em seu art. 14.5 afirma que “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”.

Além desse supedâneo normativo, o art. 13 do Convênio Europeu Para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH) estabelece o direito a um recurso efetivo: “Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuaram no exercício das suas funções oficiais”.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) encontra-se o disposto no item n. 2 do art. 8º: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

Por fim, cumpre lembrar o disposto nas denominadas Regras de Mallorca (Proyecto de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal), que em seu Título F (Recursos), regra 35 estabelece: “Todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia ante un tribunal superior”.

Como se vê – e para além da discussão sobre a hierarquia de tais normas no direito brasileiro por força da aplicação do art. 5º, § 3º da Constituição da República –, o problema não reside na inexistência de vínculos jurídicos que acresçam esse direito ao ordenamento brasileiro. Ao que nos parece, a grande questão reside na conformação e limitação do instituto.

Em primeiro lugar, evidentemente afirmar a existência do recurso como um direito fundamental não modifica, de per si, ou ainda, não desautoriza, de pleno direito, a denominada concepção clássica da bilateralidade. Parece-nos que se deve exigir um grau de depuração muito maior do direito fundamental ao recurso no processo penal. Substancialmente, o direito fundamental ao recurso está conectado e consorciado ao princípio da proibição do *ne bis in idem*, como demonstra claramente Maier. Há aqui a necessidade de se desdobrar este direito em uma norma fundamental de proteção contra perseguições múltiplas. E, nesse sentido, como consequência indefectível, há a assunção de que se está a falar em um direito do imputado, pois é ele o titular da garantia. Se há, portanto, uma garantia, somente ao imputado é lícito provocar essa multiplicidade persecutória. Em outras palavras, o direito ao recurso, como norma fundamental, tutela unicamente o imputado.

Torna-se claro que uma superação do paradigma da bilateralidade necessita e requer um abandono da justificativa da revisão da decisão baseada nos frágeis argumentos

da falibilidade humana e da necessidade de se evitarem erros. O fundamento para uma ampla revisão da teoria das impugnações recai sobre o direito à dupla conformidade penal, consoante expõe Letelier Loyola<sup>38</sup>.

A modificação nas bases conceituais dos meios de impugnação, em matéria processual penal desafia, portanto, algumas questões que emergem desta realocação. Em primeiro lugar, o que se deve entender por recurso e por decisão recorrível<sup>39</sup>. Naturalmente que uma concepção formalista de recurso e decisão, como demonstrado no início deste artigo, ao apresentar as teorias clássicas, torna o recurso um instrumento a serviço das partes processuais e a decisão impugnável dependente do princípio da taxatividade recursal (cabimento do recurso apenas quando previsto normativamente). Entretanto, a essa altura deve estar claro que tal postura é insustentável. O direito fundamental ao recurso se revestirá da indispensabilidade de revisão meritória quando existente uma decisão condenatória. Em síntese, caberá recurso devolutivo, no mais amplo sentido, sempre que proferida uma decisão condenatória.

Se for tomado como ponto de análise a doutrina norte-americana, será verificado algumas constatações que servem para tensionar ainda mais o objeto de pesquisa. No caso *McKane v. Durston*<sup>40</sup> a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou pela inexistência de um direito fundamental ao recurso. Essa decisão veio referendada em *Jones v. Barnes*, quando a Corte afirmou que “there is, of course, no constitutional right to an appeal”<sup>41</sup>. Temos aqui, portanto, um paradigmático elemento que desvincula o direito de recorrer do princípio do devido processo. Porém, ao mesmo passo, a partir do julgado *United States v. Sanges*<sup>42</sup>, a mesma Suprema Corte determina que o Ministério Público somente poderá recorrer quando existir uma autorização jurídica para tanto: “the defendant, having been once put upon his trial and discharged by the court, is not to be again vexed for the same cause, unless the legislature, acting within its constitutional authority, has made express

---

<sup>38</sup> LETELIER LOYOLA, Enrique. **El Derecho fundamental al recurso em el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 159.

<sup>39</sup> “Cuando se habla de fallo se quiere decir que quepa la posibilidad para el acusado de que la sentencia condenatoria sea objeto de recurso no sólo en cuanto la aplicación de la norma jurídica sino también en cuanto la fijación de los hechos que fundamentan el juicio jurídico de la sentencia”. Esto impone que quepa, en cualquier caso, una revisión de la actividad probatoria judicial de instancia y, en consecuencia, que quepa la valoración de una prueba que, por esencia, no es inmediata al juez del recurso y no se ha practicado em su presencia”. GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. **Lecciones de derecho procesal penal**. Madrid: Colex, 2001. p. 420.

<sup>40</sup> 153 U.S 684, 14 S. Ct. 913, 38 L.Ed 867 (1894).

<sup>41</sup> 463 U.S 745, 103 S. Ct. 3308, 77 L.Ed.2d. 987 (1983).

<sup>42</sup> 354 U.S 394, 77 S.Ct. 1332, 1 L.Ed.2d 1442 (1957).

provision for a review of the judgement at the instance of the government". Aqui, em específico, a Suprema Corte define limites aos recursos em matéria penal, vinculados diretamente com o conteúdo do decisório sobre o qual recai a impugnação. Além disso, também aqui encontramos argumentos em prol da limitação recursal que recai sobre a sentença absolutória.

Não é possível concordar com a Suprema Corte americana no que diz respeito à inexistência de um direito fundamental ao recurso (em especial, no Brasil, aquelas normas de convencionalidade afastariam facilmente o argumento). E isso pelas mais variadas razões, que não cabem neste espaço limitado discutir. O importante neste momento é, reivindicando o recurso como um direito fundamental do imputado, extrair as consequências necessárias.

Dessa forma, como decorrência do direito ao recurso como direito fundamental, ocorrem duas importantes situações: 1) o Estado não pode colocar o titular desta garantia novamente em uma posição na qual pode sofrer um risco de condenação ou agravamento da pena (proibição da persecução penal múltipla, derivada, por seu turno, da proibição do *ne bis in idem*); 2) a titularidade do direito fundamental ao recurso é do acusado que sofreu uma restrição em sua liberdade (ao menos em potência). Dessa maneira, o fundamento do recurso passa a ser não mais a evitação de erros ou ainda, de injustiças. Mas a atuação da garantia da dupla conformidade penal a fim de ensejar uma sentença condenatória definitiva.

Segundo Letelier Loyola, uma vez clara a existência de um direito fundamental ao recurso no processo penal, o imputado absolvido não resta protegido pela garantia da dupla conformidade penal. Portanto, há que se ressaltar que a exclusão do órgão acusador como um sujeito amparado pelo direito de recorrer da sentença absolutória é uma consequência inexorável<sup>43</sup>. Ademais, convergem no mesmo posicionamento Maier e Letelier Loyola, que afirmam que, em se admitindo o direito de recorrer do Ministério Público e, em se obtendo uma condenação em segundo grau de jurisdição, temos aqui algo que parece facilmente constatável: o acórdão que revê a decisão de primeira instância para condenar o acusado não é outra coisa que a primeira condenação. Nesse caso, diante da primeira condenação, como fica o direito fundamental do acusado ao recurso? É preciso sublinhar que o direito fundamental ao recurso, garantido pela dupla conformidade penal, engloba a necessidade de um reexame efetivo ligado ao mérito da causa, que não pode ser limitado ao objeto por excelência dos recursos de cassação: as chamadas questões

---

<sup>43</sup> LETELIER LOYOLA, Enrique. **El derecho fundamental al recurso em el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 160.

de direito. Dessa maneira, cabível o recurso do imputado para o órgão imediatamente superior e assim por diante, sempre que houver condenação. E o que é mais importante: o direito ao recurso efetivo somente se perfectibilizará quando estiverem presentes os requisitos mínimos que a competência funcional do órgão revisor prescrever. Em todo caso, limites à cognição, ou melhor, ao efeito devolutivo do recurso contra a primeira condenação são formas injustificadamente restritivas do direito fundamental ao recurso e da dupla conformidade penal.

O conteúdo substancial do direito ao recurso requer uma dessas duas medidas a fim de que possa ser contemplado por determinado Estado, sem infringência das normas supraestatais que conferem o status de direito fundamental ao efetivo recurso. Ou bem o Estado conhece de limitações aos recursos contra decisões absolutórias, ou então a possibilidade de revisão de mérito, em recurso acusatório, ensejará o direito de reexame de mérito, através da adoção de um efeito devolutivo ilimitado (o que se sabe não está contemplado nos recursos classificados pela doutrina como extraordinários).

Outro argumento comumente utilizado pela doutrina, a fim de sustentar organicamente a presença da possibilidade de revisão do julgado, por um tribunal (apesar de essa decisão claramente excepcionar os princípios da oralidade e imediação) situa-se no plano das “decisões mais qualificadas” exaradas pelos tribunais, geralmente compostos por julgadores mais experientes. Contra esse argumento, cabe invocar uma reflexão, bastante simples: então por que não se dirigir imediatamente a este órgão, evitando assim um caminho mais longo e, todavia, impugnável? De fato, se as decisões dos tribunais são qualitativamente melhores do que as proferidas pelo magistrado de primeiro grau, por que se deveria manter esta estrutura? Não seria recomendável, portanto, que o julgamento fosse proferido em primeiro grau por estes colegiados?

Como já mencionado, torna-se absolutamente necessário redefinir o que seja recurso<sup>44</sup>. O recurso será concebido como o direito do imputado a rever uma decisão que

---

<sup>44</sup> Segundo Binder, o recurso “deve ser entendido como o estabelecimento de um dispositivo de controle real sobre o veredicto. Não quero dizer que a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos tenha optado por algum tipo de recurso em particular ou – como alguns têm sustentado – que a “dupla instância”, entendida como um duplo julgamento integral do caso, tenha-se convertido em um direito humano fundamental. A interpretação correta é a que indica – como foi enunciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – que o direito fundamental consiste no privilégio de desencadear um dispositivo real e cuidadoso de controle do veredicto, por meio de um funcionário diferente daquele que o tenha preferido e com poderes para revisar o veredicto anterior, isto é, que sua revisão não seja meramente declaratória, mas que possua efeitos substanciais sobre o veredicto. Este é o sentido, na minha opinião, da exigência de um juiz ou tribunal superior: nem tanto por uma questão de hierarquia do tribunal, mas de poder. É solicitado um tribunal ou juiz com poder real de revisar o veredicto”. BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 223.

lhe tenha de alguma forma restringido, direta ou indiretamente a liberdade (em todas as suas manifestações), como garantia da dupla conformidade em matéria penal.

### 3 O NECESSÁRIO ABANDONO DA CATEGORIA DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL

O princípio do duplo grau de jurisdição, de acordo com Montero Aroca, se configura como uma maneira, um modo ser do processo, responsável pela organização do sistema jurídico-processual<sup>45</sup>. É composto dos seguintes elementos: a) o efeito devolutivo é intrínseco a toda e qualquer sistema processual que admita a impugnação, já que o pressuposto de todo recurso é a revisão por autoridade diversa daquela que prolatou o decisório; b) pressupõe a possibilidade de uma segunda análise do caso, que dependerá da iniciativa das partes; c) a parte estará autorizada a recorrer desde que demonstre o prejuízo sofrido pela decisão; d) o tribunal revisor deve possuir todos os poderes da autoridade que prolatou a decisão, de forma que reste inalterado o objeto de revisão, apesar de se encontrar limitado à atividade da parte em interpor o recurso e decidir de acordo com o pedido da parte<sup>46</sup>.

Entretanto, quais os limites no processo penal para esse princípio? Ou melhor, quais as insuficiências desse conceito para atender ao direito fundamental ao recurso? Neste ponto, o duplo grau de jurisdição (enquanto categoria propriamente veiculada no cerne da teoria geral do processo), nada mais seria do que uma garantia formal de que toda e qualquer decisão judicial seja impugnável, independente do conteúdo do meio impugnativo colocado à disposição dos jurisdicionados em determinado ordenamento jurídico. Não é preciso argumentar profundamente para se perceber que a generalidade e a superficialidade com que o conteúdo desse preceito emerge, acaba, não raras vezes, amoldando-se a todo e qualquer ordenamento jurídico-processual, do mais democrático ao mais autoritário. Além disso, essa conceitualização aberta não tem outra função senão a de legitimar os mecanismos processuais vigentes em determinado ordenamento, de modo a prescindir das necessárias reformas adequadoras do ordenamento às normas previstas nos tratados internacionais. Como se pode intuir, cuida-se de uma fórmula compromissória, que atende a uma concepção espectral de meio impugnativo (o meio impugnativo como uma cláusula aplicável a todo segmento e decisão jurídica), o que uma vez mais se afeiçoa ao paradigma clássico da bilateralidade dos meios de impugnação.

---

<sup>45</sup> MONTERO AROCA, Juan. **Princípios del proceso penal**: Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 175.

<sup>46</sup> Ibid. p. 175-178.

É preciso avançar. Segundo Del Pozzo, o direito de ação e o direito de impugnação consistem em fenômenos similares, já que o processo penal é “dominato dall’impulso dell’azione penale”<sup>47</sup>. Mesmo que a corrente clássica que concebe o recurso como um novo processo tenha perdido força durante o desenvolvimento científico do processo penal, algumas questões merecem atenção<sup>48</sup>.

Se para a deflagração do processo penal torna-se necessária a demonstração da justa causa, o que justificaria o recurso acusatório quando se tem uma sentença absolutória, que, justamente após o contraditório judicial infirma a pretensão acusatória? Se de fato, o recebimento da ação penal exige do juízo o exame da justa causa, que explicação lógica se tem para o recebimento de um recurso de apelação (após a prolação de uma sentença absolutória)? O problema não é meramente aparente. Sendo exigível a demonstração de um mínimo de autoria e materialidade para que a denúncia seja recebida, que fundamentos sustentam a interposição de um recurso quando: a) realizada uma investigação (de regra unilateral e endereçada unicamente à formulação do juízo acusatório); b) ultrapassado todo o procedimento (em contraditório); c) o juiz, analisando todos os meios de prova produzidos, é ainda incapaz de proferir uma decisão condenatória? Em outras palavras, que elementos se têm para manter a continuidade da demanda acusatória quando há a prolação de uma sentença absolutória? É no mínimo curioso que a admissão de um recurso acusatório requeira menor rigor no seu tratamento do que no momento do ajuizamento da ação, apesar dos elementos (acusatórios) serem ainda mais fracos do que naquele momento (existência de um título judicial). Haveria, para dizer o mínimo, que se falar, portanto, de uma justa causa recursal. Notadamente, se ao recurso contra a sentença absolutória fosse exigida (como é no caso da ação penal) a justa causa, sem sombra de dúvida se daria a um passo sensível na direção da implementação da garantia da dupla conformidade em matéria penal. Contudo, o problema de fundo seria meramente contornado por meio da adoção de um paliativo (a justa causa recursal).

Novamente, é preciso destacar: se de fato, após a investigação preliminar (que praticamente atende apenas à pretensão acusatória), após a fase em contraditório judicial, o Ministério Público não se desincumbiu de sua carga processual (no que diz respeito à autoria e materialidade), como se admitir um recurso que, apesar de não se constituir em uma ação penal autônoma, pretende colocar em crise justamente o decisório que repele a atividade acusadora? Eis um problema insolúvel para a teoria clássica da bilateralidade dos mecanismos impugnativos.

---

<sup>47</sup> DEL POZZO, Carlo. **Le Impugnazioni penali**. Padova: CEDAM, 1951. v. 3, p. 29.

<sup>48</sup> De fato, conceber o recurso como um novo processo contribuiria significativamente para alicerçar a garantia da dupla conformidade em matéria penal.

Com efeito, cientificamente, à evidência, o recurso não promove uma nova ação penal. O motivo principal para isso é o princípio da correlação entre acusação e sentença<sup>49</sup>, que limita a atividade acusadora em segundo grau e também estabelece obstáculos à cognição em segundo grau. Todavia, ao mesmo passo, em caso de condenação, há a repristinação de um ato passado e julgado improcedente, produzindo a grave consequência jurídica da condenação. Assim sendo, o recurso não pode ser lido somente como um “mero desdobramento” do processo, mas sim uma fase que se poderia denominar crise da decisão penal, submetida à revisão. Há também que se abrir os olhos para os leguleios e para a maleabilidade semântica incrustada no pensamento autoritário: não sendo o recurso um novo julgamento, esvai-se a cláusula *non bis in idem* e, portanto, franqueada estaria a possibilidade de agravamento da situação jurídico-processual do acusado. Em outras palavras, a vedação do *bis in idem* apenas encontraria campo de atuação na fase de instância preliminar (compreendendo aqui investigação e processo de primeiro grau), ficando novamente “tudo em aberto” na instância imediatamente superior. Entretanto, o que resulta inexplicável para a teoria clássica é a circunstância de que a condenação em segundo grau é justamente a primeira condenação.

Avançando neste ponto, parece importante afirmar que o recurso: a) não é uma nova ação penal; b) não se configura como um mero desdobramento da ação penal, o que, aliás, é um grave equívoco, pois o conceito de ação se extingue tão prontamente a denúncia seja recebida. A natureza jurídica do recurso depende naturalmente do conteúdo da sentença. Uma sentença condenatória recorrida é uma sentença que possui o seu efeito suspenso. Isso pelo fato de que o cumprimento da sentença condenatória somente adquire legitimidade após a revisão (ou confirmação por uma segunda instância). O recurso é uma condição de validade da decisão, permitindo a eficácia da garantia da dupla conformidade penal. Dessa maneira, o recurso defensivo contra decisão condenatória é a condição de validade para a decisão transitar em julgado. Essa a razão fundamental pela qual sempre o efeito suspensivo lhe vem agregado (se a decisão não reúne os elementos mínimos para transitar em julgado, seria paradoxal lhe emprestar força ou eficácia para sua execução).

Por outro lado, não se pode dizer o mesmo de um recurso interposto contra decisão absolutória. Essa decisão já possui todos os efeitos necessários para o seu trânsito

---

<sup>49</sup> Cf. MALAN, Diogo. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

em julgado. Portanto, eventual recurso se revestiria muito mais de uma atividade de rescisão do que propriamente recursal. Ademais, como atividade rescisória, deveria estar sujeito a outros requisitos e pressupostos, dentre os quais a citada justa causa recursal (que serve como um mero paliativo e elemento comparatístico com a ação penal). Mas, o que deve ser bem compreendido é que esta faculdade de recorrer da sentença absolutória deve tão somente se limitar aos aspectos de invalidade ou vícios que tornam aquela decisão inapta para produzir seus efeitos. Como já mencionado, a possibilidade de recorrer-se, no mérito, de uma decisão absolutória, com a prolação de uma decisão condenatória em segundo grau se constitui como primeira decisão, novamente recorrível no mérito, numa escala aplicável a todo o ordenamento. Em síntese, o recurso cabível contra decisão absolutória diz respeito unicamente à desconstituição da decisão, com a anulação do julgado (e não a revisão de mérito). O limite da cognição do tribunal deve ser circunscrito ao juízo de reenvio, isto é, de determinar ao primeiro grau a renovação do julgamento.

Como se vê, a admissão de um direito genérico de recorrer para a correta aplicação da lei penal, no caso do Ministério Público, é um fundamento insuficiente<sup>50</sup>. Então, a fim de traçar os contornos do direito fundamental ao recurso, a fórmula largamente empregada do “duplo grau de jurisdição” é extremamente falha, pois se adequa e não coloca em xeque os velhos problemas da sistemática processual penal no Brasil. O que está em jogo não é simplesmente a necessidade de revisão de um julgado. Trata-se, em primeiro lugar, no que diz respeito ao imputado, da condição de validade de uma decisão em matéria penal. Em segundo lugar, temos em jogo as questões políticas vinculadas à limitação à persecução penal múltipla, que residiria na submissão de um novo julgamento de mérito após uma sentença absolutória. Em terceiro lugar, está em jogo o próprio princípio da presunção de inocência. Com efeito, seria possível se dizer que a condenação obtida em segunda instância seria uma decisão livre de qualquer dúvida sobre a culpabilidade do acusado?<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> DINACCI, Ugo. **Prospettive sistematice del processo penale**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1978. p. 278.

<sup>51</sup> “Todas estas perplejidades desaparecerían, sin embargo, si la segunda instancia se abriera exclusivamente a favor del reo. Este es precisamente el significado del art. 14.5 del PIDCP que tan difícil encaje tiene, aparentemente, em nuestro enjuiciamiento criminal. Si la apelación se concede sólo contra las sentencias condenatorias – por lo menos en cuanto se refiere a la posible revisión del juicio fáctico –, la segunda instancia adquiere pleno significado, no como mecanismo de depuración de las infracciones cometidas durante la primera, sino como manifestación de um derecho del inculpado a ser condenado sobre la base de um doble convencimiento: el del juzgador de primera instancia, por un lado y, además, el del órgano de apelación”. VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid: La Ley, 1993. p. 197-198.

Como modelo, bastaria aqui citar a denominada Lei Pecorella, que modificou o Código de Processo Penal Italiano, que foi declarada parcialmente inconstitucional pela Corte Constitucional Italiana e que limitava as apelações do Ministério Público contra decisões absolutórias (art. 593 do C.P.P.I).

Em síntese, a fórmula do duplo grau de jurisdição não satisfaz as exigências do direito fundamental ao recurso e das garantias que lhe tutelam: a) a proibição da persecução penal múltipla; b) a dupla conformidade em matéria penal.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. Cenenterola. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 1, n. 1, p. 73-78, 1946.
- \_\_\_\_\_. **Lições sobre o processo penal**. Campinas: Bookseller, 2004. v. 4.
- \_\_\_\_\_. Mettere il pubblico ministero al suo posto. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 4, n. 8, pt.1, p.257-264, 1953.
- \_\_\_\_\_. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 3.
- CHIAVARIO, Mario. **Diritto processuale penale**. Torino: UTET, 2005.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Buenos Aires: Montevideo: B de F, 2005.
- DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. London, New Haven: Yale University, 1986.
- DEL POZZO, Carlo. **Le impugnazioni penali**: parte generale. Padova: CEDAM, 1951.
- DINACCI, Ugo. **Prospettive sistematiche del processo penale**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1978.
- FENECH, Miguel. **El proceso penal**. 3. ed. Madrid: Ageda, 1978.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 4. ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2004.
- FLORIAN, Eugenio. **Principi di diritto processuale penale**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1932.
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. **Lecciones de derecho procesal penal**. Madrid: Colex, 2001
- GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Europa-América, 1935.
- JUGO, Gabriela et al. **Los derechos humanos en el proceso penal**. Buenos Aires: Depalma, 2002.
- KAGAN, Robert. **Adversarial legalism**: the American way of law. Cambridge: Harvard University, 2001.
- LEONE, Giuseppe. **Manuale di procedura penale**. 2. ed. Napoli: E. Jovene, 1962.

- LETÉLIER LOYOLA, Enrique. **El derecho fundamental al recurso en el proceso penal**. Barcelona: Atelier, 2013.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MAIER, Julio B. J. Recurso acusatorio contra la sentencia de los Tribunales de Juicio y Múltiple Persecución Penal (¿un caso de ne bis in idem?). **Revista Uruguaya de Derecho Procesal**, Montevideo, n. 2, p. 217-222, 1999.
- MALAN, Diogo. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996. v. 3.
- MONTERO AROCA, Juan. **Principios de proceso penal**: Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di procedura penale**. Padova: CEDAM, 1975.
- RANIERI, Silvio. **Istituzioni di diritto processuale penale**. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1951.
- ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid: La Ley, 1993
- WIETHOLTER, Rudolf. **Le formule magiche della scienza giuridica**. Traduzione de Luitgart Riegert Amirante. Roma, Bari: Laterza, 1975.

