

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Guilherme Diniz Barbosa

**O efeito devolutivo da apelação criminal e a fundamentação das decisões: estudo sobre a
possibilidade de complementação da fundamentação no julgamento de apelação
exclusiva da defesa**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Guilherme Diniz Barbosa

O efeito devolutivo da apelação criminal e a fundamentação das decisões: estudo sobre a possibilidade de complementação da fundamentação no julgamento de apelação exclusiva da defesa

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira.

São Paulo

2021

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras e ou eletrônicos.

Assinatura_____

Data_____

*e-mail*_____

Guilherme Diniz Barbosa

O efeito devolutivo da apelação criminal e a fundamentação das decisões: estudo sobre a possibilidade de complementação da fundamentação no julgamento de apelação exclusiva da defesa

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira – PUC/SP

Professor Doutor Marco Antônio Marques da Silva – PUC/SP

Professor Doutor Leonardo Costa de Paula – UFF

*Aos meus pais e à Camila, os ombros que
me sustentaram nesta jornada.*

AGRADECIMENTOS

Ao professor doutor Claudio Langroiva Pereira pela orientação, paciência e pelas lições desde o princípio do curso.

Aos professores doutores Marco Antônio Marques e Marcelo Augusto Custódio Erbella pelas imprescindíveis contribuições no exame de qualificação.

Aos professores doutores Luiz Guilherme Arcaro Conci, Pedro Estevam Alves Pinto Serrano e Álvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga pelas aulas ministradas e, sobretudo, pela dedicação demonstrada no difícil período pandêmico.

À Defensoria Pública do Estado de São Paulo pelo fomento ao estudo, com a promessa de que o investimento feito será retribuído com o aprimoramento contínuo do trabalho em prol dos indivíduos submetidos ao sistema penal.

Aos amigos Bernardo Faêda e Silva e Bruno Girade Parise pelo constante incentivo e pela confiança.

À minha irmã Cristina, pois a distância não abala nossa fraternidade.

Ao meu amor, Camila: companheira do primeiro dia de aula à última linha do texto, agradeço por ser meu ponto de apoio em todos os momentos angustiantes e por manter minha cabeça erguida durante nossa caminhada, que seguirá por toda a vida.

Aos meus pais, que exerceram com dedicação e ética ímpares a profissão de professor, por me ensinarem o valor do estudo. A meu pai, eterno estudante de complexo currículo construído na Universidade Federal de Minas Gerais, onde tive a honra de iniciar minha vida acadêmica, pelo exemplo de que o aprendizado é um processo sem fim. À minha mãe, das leituras da “Ciência hoje para as crianças” à espera nas aulas de inglês, pela dedicação à minha formação acadêmica, profissional e pessoal e por me mostrar a importância do conhecimento.

“O grande perigo daquele que se dedica ao estudo do Direito penal ou processual penal é que lhe aconteça o mesmo que ao fabricante de guilhotinas: que se apaixone pelo brilho da madeira, do peso exato e do polimento da lâmina mortal, do ajuste dos mecanismos, do sussurro filósofo que antecede a morte e, finalmente, esqueça que alguém perdeu sua cabeça.”

(Alberto M. Binder – Introdução ao direito processual penal)

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo central investigar a possibilidade de o órgão competente para julgamento da apelação complementar a fundamentação da decisão de primeiro grau, especificamente quanto à fixação da pena e na hipótese em que apenas a defesa recorre. Buscou-se a resposta para esse questionamento tomando como parâmetro o processo penal constitucional, tal como delineado na Constituição de 1988, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o qual tem como fundamento a limitação do poder punitivo estatal. Nesse sentido, fez-se necessário expor a disparidade existente entre a normativa constitucional e convencional e a prática judiciária no Brasil, sustentada por teorias que contribuem para a permanência do modelo autoritário que inspirou o Código de Processo Penal de 1941, causando o enfraquecimento das garantias processuais. Para verificar a compatibilidade da inovação da fundamentação em julgamento de apelação exclusiva da defesa com o processo penal constitucional, realizou-se análise do dever de fundamentação das decisões judiciais e do direito do acusado ao recurso, a fim de apresentar seus contornos atuais. No Estado democrático de direito, há indissolúvel ligação entre o contraditório e a fundamentação das decisões, ante a consagração do processo como espaço de participação do cidadão nas decisões estatais. Fundamentação e recurso apresentam-se como garantias aptas a reduzir os espaços de discricionariedade, viabilizando a contenção do arbítrio, o que se torna essencial no âmbito da fixação da pena, ante a ampla liberdade conferida ao julgador pelo Código Penal. A pesquisa realizada em julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal apontou que prevalece nessas cortes o entendimento de que o efeito devolutivo da apelação permitiria a complementação da fundamentação, sem que houvesse violação à proibição de *reformatio in pejus*. Com isso, empreendeu-se um exame crítico desse posicionamento a partir de uma releitura do efeito devolutivo da apelação à luz do processo penal constitucional, demonstrando a incompatibilidade desse proceder com um processo de bases democráticas.

Palavras-chave: Processo penal constitucional. Dever de fundamentação. Direito ao recurso.

ABSTRACT

The main objective of the present work was to investigate the possibility of the competent court for judgment of the appeal complement the statement of reasons of the first instance decision, specifically regarding the definition of the punishment and in the hypothesis in which only the defense appeals. The answer to this question was sought by taking the constitutional criminal procedure as a parameter, as outlined in the 1988 Brazilian Constitution, the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, which is destined to limit the state's punitive power. It was necessary to expose the existing disparity between constitutional and conventional regulations and judicial practice in Brazil, supported by theories that contribute to the permanence of the authoritarian model that inspired the 1941 Code of Criminal Procedure, causing the weakening of procedural guarantees. To check the compatibility of complementing the reasoning in the judgment of the defense's appeal with the constitutional criminal process, an analysis was carried out of the judicial duty to give reasons and the defendant's right to appeal, in order to present its current contours. In the Democratic State of Law, there is an indissoluble connection between the contradictory principle and the judicial duty to give reasons, given the fact that the process is a space for citizen participation in state decisions. Reasoning and the right to appeal are presented as guarantees capable of reducing the spaces of judicial discretion, enabling the containment of arbitrariness, which becomes essential in the matter of defining the punishment, given the wide freedom granted to the judge by the Penal Code. The research carried out in judgments of the Superior Court of Justice (STJ) and the Federal Supreme Court (STF) indicated that these Courts understands that the devolutive effect of the appeal would allow the complementation of the reasoning, without violating the prohibition of *reformatio in pejus*. Thus, it was developed a critical examination of this position based on a redefinition of the devolutive effect of the appeal according to the constitutional criminal process, demonstrating the incompatibility of this procedure with a democratically based process.

Keywords: Constitutional criminal procedure. Judicial duty to give reasons. Right to Appeal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL	13
1.1 O modelo constitucional de processo	13
1.2 Fundamento do processo penal.....	22
1.3 Permanências autoritárias: crítica à instrumentalidade do processo e à teoria geral do processo	24
2 DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	35
2.1 Desenvolvimento histórico do dever de fundamentação e suas funções extraprocessuais ou políticas	36
2.2 Funções endoprocessuais	46
2.3 Dever de fundamentação e fixação da pena: a fundamentação como limite à discricionariedade do julgador	50
3 DIREITO DO ACUSADO AO RECURSO NO PROCESSO PENAL	64
3.1 Fundamentos do direito do acusado ao recurso	65
3.2 O <i>status</i> do direito ao recurso no ordenamento brasileiro.....	73
3.3 Enquadramento jurídico.....	81
4 A COMPLEMENTAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA	86
4.1 O dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais e sua inobservância quanto à fixação da pena	87
4.2 Panorama do tema nos tribunais superiores.....	97
4.2.1 Superior Tribunal de Justiça	99
4.2.2 Supremo Tribunal Federal	107
5 RELEITURA DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO À LUZ DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL	112
5.1 Efeitos da apelação.....	112
5.2 O contraditório como garantia de influência e proibição de “decisão-surpresa”	115

5.3 O recurso como direito-garantia do acusado e a fundamentação das decisões.....	127
5.4 <i>Reformatio in pejus</i> e fundamentação das decisões	130
CONCLUSÃO	136
REFERÊNCIAS.....	140

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 consagrou uma série de direitos e garantias processuais, os quais, reforçados por aqueles contidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos, delineiam o modelo constitucional de processo. Além disso, ao instituir o Estado democrático de direito após a queda do regime ditatorial, a Constituição da República estabeleceu um Estado fundado na dignidade da pessoa humana e na participação popular.

Os influxos da nova ordem democrática, contudo, alcançaram o processo penal de forma lenta e tímida, insuficiente para romper com a tradição autoritária que tem como símbolo o Código de Processo Penal de 1941, de inspiração fascista e ainda em vigor. Com o sustentáculo de teorias que propõem o fortalecimento dos poderes judiciais e a flexibilização de garantias do acusado, o processo penal da atualidade funciona com a lógica do código gestado no Estado Novo, ou seja, como instrumento de repressão, voltado ao combate ao criminoso, supostamente em prol da segurança pública.

No âmbito da prática judiciária, diversas são as consequências da não adequação do processo penal ao modelo constitucional, notadamente a não consolidação do sistema de direitos e garantias. A presente pesquisa surge, nesse contexto, a partir da observância do costumeiro desrespeito ao dever de fundamentação das decisões judiciais, imposto pelo artigo 93, IX, da Constituição da República¹, constatado no trabalho cotidiano como defensor público do estado de São Paulo. À primeira vista, o direito do acusado ao recurso se prestaria à impugnação das sentenças sem fundamentação ou mal fundamentadas. Entretanto, especificamente quanto à fundamentação da fixação da pena, verifica-se que os tribunais de segunda instância têm adotado a prática de “consertar” a decisão recorrida, substituindo integralmente a fundamentação ou inserindo novos fundamentos para negar provimento ao recurso da defesa.

A proposta do presente trabalho, portanto, é investigar a possibilidade de os órgãos julgadores de recursos complementarem a fundamentação da decisão de primeiro grau quanto à fixação da pena quando apenas a defesa interpõe apelação, a fim de averiguar a

¹ Artigo 93, inciso IX, da Constituição: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

compatibilidade desse proceder com o modelo constitucional de processo. Registre-se que, embora objeto de centenas de decisões dos tribunais superiores, a questão não tem sido abordada em manuais de processo penal ou mesmo em obras específicas sobre o direito ao recurso e é raramente tratada em artigos científicos, revelando-se essencial maior debate doutrinário sobre o tema.

Quanto à estrutura da dissertação, no capítulo inicial são apresentados os elementos básicos que moldam o processo penal na Constituição da República, assim como o fundamento do processo penal a partir da perspectiva constitucional. Em razão da já referida constatação de que há relevante distância entre o conteúdo normativo do processo penal constitucional e seu funcionamento na prática, lançam-se questionamentos acerca de duas teorias que, no âmbito da teoria do processo, contribuem para que práticas autoritárias permaneçam firmes no regime democrático, quais sejam, a “instrumentalidade do processo” e a “teoria geral do processo” de matriz civilista.

Os dois capítulos seguintes são destinados, respectivamente, à análise do dever de fundamentação das decisões judiciais e do direito ao recurso, que compõem o núcleo da pesquisa.

No segundo capítulo é abordado o dever de fundamentação das decisões, estabelecido no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República. Em consonância com os objetivos da pesquisa, três aspectos do dever de fundamentação das decisões judiciais são tratados no segundo capítulo. Primeiramente, a questão relacionada às suas funções extraprocessuais ou políticas, a partir do exame de seu desenvolvimento histórico, objetivando identificar as finalidades cumpridas pela referida imposição constitucional no Estado democrático de direito. Em seguida, são analisadas as funções endoprocessuais, de forma a verificar a relação da fundamentação das decisões com as demais garantias que compõem o modelo constitucional de processo. Por fim, é tratada a questão da fundamentação da fixação da pena na sentença condenatória, com enfoque no problema da discricionariedade conferida ao julgador pelo sistema adotado na legislação brasileira, o que se faz a partir do exame crítico do artigo 59, *caput*, do Código Penal, dada sua relevância para o estabelecimento da sanção.

O direito do acusado ao recurso é o tema do terceiro capítulo, no qual são abordados três aspectos que servem como base para a análise do objeto central da pesquisa, quais sejam: fundamentos, previsão no ordenamento brasileiro e enquadramento jurídico.

Parte-se do estudo dos fundamentos do direito ao recurso, com a proposta de revisar aqueles comumente apresentados pela doutrina nacional e identificar o que justifica a existência de meios de impugnações das decisões. Em seguida, é apresentada a discussão a respeito do *status* do direito ao recurso no ordenamento jurídico brasileiro, ponto em que o entendimento do Supremo Tribunal Federal se revela distante de ampla parcela da doutrina nacional. Ademais, à luz dos assuntos tratados previamente, é exposta a questão atinente à “natureza jurídica” dos recursos no processo penal, tema que ainda sofre larga influência da “teoria geral do processo” de matriz civilista.

Assuntos como a classificação dos recursos, princípios, requisitos de admissibilidade, procedimento de julgamento e pormenores das espécies recursais previstas na legislação não são objeto de estudo, eis que não se relacionam com a proposta do trabalho. Por outro lado, os efeitos da apelação são analisados no quinto capítulo.

No quarto capítulo é apresentada pesquisa de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de identificar os atuais posicionamentos dessas cortes acerca do problema central do trabalho, qual seja, a possibilidade de o órgão competente para o julgamento da apelação complementar a fundamentação deficiente do juízo de primeiro grau, quando interposto recurso apenas pela defesa e especificamente em relação à fixação da pena. Em outras palavras, apelando da sentença condenatória apenas o acusado, é possível ao órgão julgador do recurso inserir novos fundamentos para manter a pena estabelecida na decisão recorrida?

Antes, porém, no tópico introdutório do capítulo, faz-se a necessária contextualização, isto é, demonstra-se como se dá na prática judiciária a “flexibilização do dever de fundamentação”, especificamente no que diz respeito à fixação da pena. Também se expõe em que consiste uma decisão não fundamentada e quais as consequências do descumprimento do dever estabelecido no artigo 93, inciso IX, da Constituição.

O capítulo final se destina à análise dos dois temas tratados pelos tribunais superiores ao decidirem acerca do objeto da pesquisa: o efeito devolutivo da apelação e a proibição da *reformatio in pejus*. A proposta é realizar uma releitura do efeito devolutivo da apelação à luz do processo penal constitucional, tomando por base a concepção de contraditório no Estado democrático de direito, assim como correlacionar a proibição de reforma para pior com o dever de fundamentação das decisões judiciais.

1 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

O ponto de partida e a base teórica do presente trabalho é o processo penal constitucional, entendido como o modelo delineado pelos direitos e garantias processuais penais previstos na Constituição de 1988 e nos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil.

A proposta deste capítulo inicial é apresentar os contornos gerais dos principais elementos que estruturam o processo penal constitucional e, em um segundo momento, indicar o fundamento do processo penal, o qual é extraído das normativas constitucional e convencional e condiciona o conteúdo de cada uma das garantias processuais.

Ademais, são analisados aspectos centrais da “instrumentalidade do processo” e da “teoria geral do processo” de matriz civilista, a fim de se expor como essas teorias contribuem para a manutenção do distanciamento entre a prática judiciária e o processo penal constitucional.

1.1 O modelo constitucional de processo

A relação entre constituição e processo, antes limitada aos mecanismos de controle de constitucionalidade, consolidou-se no século XX, com a previsão de direitos e garantias processuais nos textos constitucionais posteriores à Segunda Guerra Mundial². No âmbito do direito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, também consagrou direitos de caráter processual³. Portanto, o movimento de constitucionalização e

² PIMENTA, Marcos Vinícius. Processo constitucional: consonâncias e dissonâncias entre as proposições de Couture, Fix-Zamudio, Baracho, Andolina e Vignera. **Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas**, Belo Horizonte, v. 23, n. 45, jun. 2020, p. 256-259; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 90, jul. 2004, p. 70-71; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2016, p. 44.

³ “Artigo 8: Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. Artigo 9: Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado. Artigo 10: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. Artigo 11. 1: Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

internacionalização dos direitos humanos como resposta às atrocidades perpetradas pelos regimes totalitários, conferindo centralidade à dignidade da pessoa humana como limitadora do arbítrio estatal⁴, afetou também o processo penal.

No Brasil essa tendência foi acolhida tardiamente, dada a instabilidade política que marcou o século XX⁵. Após a queda do regime autoritário instalado com o golpe de 1964, a Constituição da República de 1988 instituiu o Estado democrático de direito e estabeleceu uma série de direitos e garantias processuais.

O Estado democrático de direito se funda, em especial, na soberania popular, na cidadania e na dignidade da pessoa humana⁶, de modo que a legitimidade do direito, para além da obediência à legalidade, depende da promoção da participação dos cidadãos e do respeito aos direitos humanos⁷. Instaure-se uma concepção mais ampla de cidadania, que não se resume ao exercício do sufrágio, alargando-se os espaços de participação dos cidadãos⁸.

Nesse contexto, o processo é concebido como verdadeira garantia da pessoa⁹, que viabiliza a participação democrática dos cidadãos nas decisões estatais¹⁰. Com isso, a observância dos direitos e garantias processuais constitucionais revela-se essencial ao Estado democrático de direito e à concretização da dignidade da pessoa humana¹¹.

⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183-185.

⁵ SILVA, Fernando Laércio Alves. Processo constitucional: o processo como *locus* devido para o exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, jul./dez. 2015, p. 161-164.

⁶ Artigo 1º da Constituição de 1988: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

⁷ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. Tradução de Gisele Guimarães Cittadino e Maria Celina Bodin de Moraes. **Civillistica.com**, v. 2, n. 1, 30 jan. 2013, p. 4.

⁸ SILVA, Marco Antônio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 232-235.

⁹ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2016, p. 47; CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, set./dez., 2019, p. 41-42; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 90, jul. 2004, p. 123.

¹⁰ SILVA, Fernando Laércio Alves. Processo constitucional: o processo como *locus* devido para o exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, jul./dez. 2015, p. 169; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 168; SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e o Estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 77.

¹¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 415-146.

O modelo de processo traçado na Constituição de 1988 tem no devido processo legal¹² sua “viga-mestra”¹³, a base que engloba todas as demais garantias voltadas à proteção do cidadão¹⁴. Essa “cláusula guarda-chuva”¹⁵, por força do disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição¹⁶, abarca também direitos e garantias previstos em tratados internacionais que o Brasil seja signatário, caracterizando-se como devido processo constitucional e convencional¹⁷.

Nesse ponto, merecem destaque a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de São José da Costa Rica”) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, incorporados ao ordenamento interno, respectivamente, pelos Decretos nº 678/1992 e nº 592/1992.

Ao se tratar do processo penal, portanto, indispensável que se busque sua estrutura na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos, que não apenas condicionam a aplicação da legislação infraconstitucional, mas também impõem que no processo sejam respeitados os fundamentos do Estado democrático de direito. Sobre os reflexos dos princípios constitucionais sobre o processo penal, já se afirmou:

[...] o direito processual penal já era concebido como um direito constitucional aplicado (Henkel); uma expressão do grau de liberdade existente em um país ou o termômetro da Constituição (Goldschmidt); o sintoma do espírito político-constitucional de um ordenamento ou um “sismógrafo da Constituição” (Roxin); uma mostra de civilidade alcançada por um povo, em seu itinerário histórico (Bettiol).¹⁸

Passa-se, pois, a tratar da estrutura básica do processo penal constitucional, apresentando alguns de seus componentes elementares, sem a pretensão de esgotar a análise de todos os direitos e garantias, o que fugiria do escopo do presente estudo.

¹² Artigo 5º, inciso LIV, da Constituição: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

¹³ SILVA, Fernando Laércio Alves. Processo constitucional: o processo como *locus* devido para o exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, jul./dez. 2015, p. 175.

¹⁴ SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e o Estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 17.

¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 88.

¹⁶ Artigo 5º, §2º, da Constituição: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

¹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 88.

¹⁸ *Ibidem*, p. 89.

Identifica-se no modelo constitucional de processo um “eixo estrutural da processualidade democrática”¹⁹, comum a todas as espécies de processo e constituído pelas garantias do contraditório, da ampla defesa²⁰, da fundamentação das decisões²¹ e da imparcialidade do julgador²². Essa base principiológica é fundamental no processo em um regime democrático, viabilizando a efetiva participação do cidadão, da qual depende a legitimidade da atuação estatal. No processo penal, a essa estrutura se somam o princípio acusatório e a presunção de inocência²³, que vão reger todo o sistema de direitos e garantias²⁴.

O contraditório é o princípio que estabelece a estrutura dialética do processo²⁵. Concebido originalmente como direito de informação e possibilidade de reação²⁶, é do contraditório que surge o exercício do direito de defesa²⁷, e é por meio dele que se assegura a igualdade entre as partes²⁸. Entretanto, mais do que a possibilidade de participação isonômica, o contraditório pleno e efetivo deve garantir a possibilidade de influência na decisão, assim

¹⁹ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2016, p. 48; BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 10, n. 21, mai./ago. 2018, p. 7.

²⁰ Artigo 5º, inciso LV, da Constituição: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

²¹ Artigo 93, inciso IX, da Constituição: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

²² Artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “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 [...]” Artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “[...] Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela [...]”

²³ Artigo 5º, inciso, LVII, da Constituição: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Artigo 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. [...]”. Artigo 14.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

²⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 10, n. 21, mai./ago. 2018, p. 10.

²⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163.

²⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

²⁷ SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e o Estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 18.

²⁸ ERBELL, Marcelo Augusto Custódio. A legitimação do direito processual penal no Estado democrático de direito. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 952.

como impedir a prolação de “decisões-surpresa”²⁹, proferidas sem a necessária observância do debate entre as partes.

O tema revela-se essencial no presente trabalho e é aprofundado no capítulo quinto. Mas é preciso, desde logo, destacar a centralidade do contraditório na estrutura do processo democrático. No âmbito da teoria do processo, ou do estudo de sua “natureza jurídica”, a concepção de Elio Fazzalari foi responsável por deslocar o núcleo do processo da jurisdição para o contraditório³⁰. Para o referido autor, o processo é um procedimento realizado em contraditório³¹, marcado por uma estrutura dialética assim definida:

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar conta dos resultados.³²

Trata-se, pois, de uma concepção de processo que, muito embora não desenvolvida à luz de um modelo constitucional, tem o mérito de rejeitar os vínculos de sujeição entre os sujeitos processuais³³ e, com isso, acolhe a importância da participação do cidadão na construção da decisão judicial, em consonância com os fundamentos do Estado democrático de direito³⁴.

A ampla defesa, por sua vez, é composta por uma série de direitos e garantias, tais como os direitos ao intérprete³⁵, à prova³⁶ (incluindo a possibilidade de postular a produção de provas,

²⁹ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2016, p. 51.

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 95.

³¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119.

³² *Ibidem*, p. 119-120.

³³ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas processuais penais: uma contribuição para a adequação constitucional da persecução penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 16-20.

³⁴ BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 34.

³⁵ Artigo 8.2, *a*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal.” Artigo 14.3, *f*, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento.”

³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 72.

produzi-las e participar dos atos probatórios³⁷), a estar presente³⁸, à informação³⁹, ao tempo para preparação da defesa⁴⁰ e à igualdade de oportunidades⁴¹.

Há autores que sustentam que o direito ao recurso também decorre da ampla defesa, tema que é objeto de exposição detalhada no terceiro capítulo⁴².

O exercício do direito de defesa no processo penal se divide em autodefesa e defesa técnica⁴³. Em seu aspecto positivo, a autodefesa engloba o direito a ser ouvido⁴⁴ e à participação voluntária em acareações, reconhecimentos ou exames periciais; no negativo, consiste no direito a não produzir provas contra si mesmo⁴⁵. A defesa técnica, por sua vez, é exigência decorrente da paridade de armas, sendo, pois, irrenunciável⁴⁶, de modo que, caso o acusado não exerça o direito de escolher seu defensor, o Estado deve proporcioná-lo⁴⁷.

³⁷ Artigo 8.2, *f*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.” Artigo 14.3, *e*, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação.”

³⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 127-128.

³⁹ Artigo 8.2, *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada.” Artigo 14.3, *a*, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada.”

⁴⁰ Artigo 8.2, *c*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa.” Artigo 14.3, *b*, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha.”

⁴¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 135-137.

⁴² Item 3.3.

⁴³ Artigo 8.2, *d*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.” Artigo 14.3, *d*, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo.”

⁴⁴ Artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

⁴⁵ Artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.” Artigo 8.2, *g*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.” Artigo 14.3, *g*, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.” Sobre o tema: LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97-101.

⁴⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 255-257.

⁴⁷ Artigo 5º, LXXIV, da Constituição: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” Artigo 8.2, *e*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.”

Nesse ponto, essencial destacar que a Constituição de 1988 incumbiu à Defensoria Pública⁴⁸, instituição permanente e autônoma, a assistência jurídica integral e gratuita dos necessitados, a fim de viabilizar o adequado acesso à justiça penal⁴⁹. Considerando que a seletividade do sistema penal tem como alvo principal indivíduos pobres – majoritariamente jovens e negros –, não apenas desprovidos de recursos, mas tratados como subcidadãos⁵⁰, não há que se falar em respeito aos direitos e garantias processuais destes sem o fortalecimento da Defensoria Pública⁵¹.

A partir do quanto se expôs em relação ao contraditório e a ampla defesa, verifica-se a profunda relação entre tais garantias e o princípio da isonomia⁵², havendo verdadeiro entrelaçamento entre elas, na medida em que somente o tratamento igualitário (“paridade de armas”) proporciona a efetividade das referidas garantias⁵³. Importante ressaltar, também, que no processo penal está em jogo a liberdade do indivíduo em face do aparato punitivo estatal, posição de desvantagem que, para a promoção de efetivo equilíbrio na balança processual, justifica a existência de mecanismos exclusivos da defesa⁵⁴.

Imposta como dever dos julgadores pelo artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, a fundamentação das decisões é, ao lado do direito ao recurso, um dos temas centrais da presente pesquisa, razão pela qual o capítulo seguinte é destinado a analisá-la com maior detalhamento. Registre-se, desde logo, que se trata de elemento essencial do processo no Estado democrático de direito, relacionando-se à legitimidade da decisão judicial e à efetividade de diversos direitos e garantias processuais.

⁴⁸ Artigo 134, *caput*, da Constituição: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

⁴⁹ SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e o Estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 100-102.

⁵⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 10, n. 21, mai./ago. 2018, p. 17-19.

⁵¹ BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais: estudo introdutório sobre elementos democráticos do processo constitucional e o papel da Defensoria Pública. In: RÉ, Aluísio Nunes Monte Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 2, p. 715.

⁵² Artigo 5º, *caput*, da Constituição: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” Artigo 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “[...] Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas [...]”. Artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. [...]”.

⁵³ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas processuais penais: uma contribuição para a adequação constitucional da persecução penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 39-40.

⁵⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 89-93.

Já a imparcialidade é pressuposto da função jurisdicional⁵⁵ e exige do julgador que se comporte como um terceiro alheio aos interesses e às atividades das partes⁵⁶. A fim de assegurá-la, a Constituição consagra a garantia do juiz natural⁵⁷, que veda o estabelecimento de tribunais de exceção⁵⁸, e estabelece regras de definição de competência⁵⁹.

Cabe ressaltar que imparcialidade não se confunde com neutralidade⁶⁰. Com efeito, não é possível um julgamento neutro, pois o ser humano é sempre condicionado por suas experiências prévias, emoções e ideologias, que influenciam o ato de julgar, ainda que em razão do inconsciente⁶¹. O que se exige com a imparcialidade é a abertura do julgador ao diálogo⁶², inerente ao processo democrático, e o julgamento em conformidade com o que consta dos autos (provas e alegações das partes), e não baseado em suas convicções, seus sentimentos ou interesses pessoais⁶³.

A imparcialidade está intimamente relacionada com o princípio acusatório. Segundo Jacinto Coutinho, a distinção entre os sistemas acusatório e inquisitório não se resume à separação inicial das atividades de acusar e julgar, estabelecida na Constituição de 1988⁶⁴, mas deve ser feita a partir da identificação do “princípio unificador”: enquanto o sistema inquisitório é regido pelo princípio inquisitivo, segundo o qual o juiz tem iniciativa probatória, o sistema acusatório funda-se no princípio dispositivo (ou acusatório), pelo qual a gestão da prova

⁵⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 122.

⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 248; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 256.

⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 123-124; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 30, n. 30, 1998, p. 174.

⁵⁸ Artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição: “não haverá juízo ou tribunal de exceção.”

⁵⁹ Artigo 5º, inciso LIII, da Constituição: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.” Sobre o tema: LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 256-258.

⁶⁰ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 144-152; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 1, p. 56-62.

⁶¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 248.

⁶² MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2016, p. 48. O autor utiliza a expressão “não-parcialidade”.

⁶³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 250-251.

⁶⁴ Artigo 129 da Constituição: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

compete às partes⁶⁵. A partir dessa premissa, afasta-se a ideia de um sistema misto, sendo certo, igualmente, que não há na atualidade um “sistema puro”, pois mesmo um sistema acusatório pode incorporar características originariamente próprias do inquisitório e vice-versa⁶⁶.

A gestão da prova nas mãos do julgador compromete sua imparcialidade na medida em que permite que ele decida primeiro, para depois buscar a prova que justifique a decisão tomada de antemão⁶⁷; afinal, como afirma Geraldo Prado, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar”⁶⁸. Portanto, a exigência de imparcialidade impõe, para além da divisão das atividades de acusar e julgar, que o julgador se mantenha alheio à atividade probatória durante todo o processo, sem praticar qualquer ato próprio da parte acusadora⁶⁹.

Destaque-se, ainda, que a postura ativa do juiz inquisidor compromete a eficácia do contraditório, retirando o protagonismo das partes, eis que as substitui, e arruinando as bases de um processo democrático⁷⁰.

A partir da análise de seus caracteres básicos – contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões e imparcialidade – tem-se que o processo penal desenhado na Constituição de 1988 inegavelmente adotou o sistema acusatório⁷¹, único compatível com o Estado democrático de direito.

Por fim, como último componente do modelo constitucional de processo, a presunção (ou estado⁷²) de inocência é princípio reitor do processo penal⁷³, principal elemento que o estrutura e o distingue das demais espécies de processo. Trata-se de princípio que impõe um dever de tratamento do acusado como sujeito de direitos – evitando-se ao máximo a imposição de medidas restritivas destes no curso do processo – e atribui à acusação o ônus probatório⁷⁴. Em suma, “é princípio-guia do processo penal de conhecimento e um princípio-cardinal para a garantia da liberdade do acusado que impacta diretamente o processo penal cautelar”⁷⁵.

⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 1, p. 36.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 36-37.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 48.

⁶⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 218.

⁶⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 198.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 206-207.

⁷¹ *Ibidem*, p. 204-205.

⁷² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 102-103.

⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 92.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 93.

⁷⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 10, n. 21, mai./ago. 2018, p. 11.

1.2 Fundamento do processo penal

A estrutura processual delineada na Constituição de 1988 e nos tratados internacionais sobre direitos humanos, além de reger a aplicação das normas infraconstitucionais e condicionar a atuação dos sujeitos processuais, indica o fundamento do processo penal.

A função do processo penal é resolver a “tensão ou choque entre a pretensão acusatória e a resistência do acusado”⁷⁶, a partir da reconstrução dos fatos propiciada pelas provas produzidas pelas partes⁷⁷. Não se trata de mero instrumento de aplicação do direito penal material, prestando-se, igualmente, à declaração ou ao restabelecimento da liberdade⁷⁸. A correlação entre direito processual e material se dá pelo “princípio da necessidade”, sintetizado no axioma *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*⁷⁹ (“não há pena, nem culpa sem processo”⁸⁰), imposto como freio a punições arbitrárias⁸¹. Nessa linha, se a observância do devido processo legal é condição para a incidência da sanção penal, o processo se caracteriza como limite ao poder punitivo estatal⁸², sendo esse seu fundamento.

Apoiado na base processual democrática estabelecida na Constituição da República, fundada na proteção da dignidade da pessoa humana, o processo penal está voltado à valorização do indivíduo, de modo que a liberdade deve ser tutelada por meio da maximização da eficácia do sistema de garantias processuais⁸³. O processo penal constitucional não se contenta, pois, com uma interpretação rasa e uma aplicação contida desses direitos fundamentais, que demandam uma leitura ampliada, em consonância com o Estado democrático de direito, o que não configura defesa da impunidade, mas sim contenção do autoritarismo⁸⁴.

⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 268.

⁷⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 2, maio/ago. 2018, p. 251.

⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 268.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 57.

⁸⁰ Tradução livre.

⁸¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 539.

⁸² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 2, maio/ago. 2018, p. 249-250.

⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 39 e 61.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 88.

Nessa perspectiva, os direitos e garantias processuais destinam-se à proteção da liberdade e da dignidade da pessoa humana contra o arbítrio estatal⁸⁵. A centralidade da proteção do indivíduo é destacada por Luigi Ferrajoli, que sustenta que “a lei penal se justifica enquanto lei do mais fraco” – a vítima, no momento do crime, e o acusado, no processo⁸⁶ –, na medida em que, no sistema garantista por ele desenvolvido, o direito tem como função a limitação do poder e o aumento da liberdade⁸⁷.

As garantias processuais, portanto, são limites ao poder punitivo estatal.

Cabe ressaltar que não se ignora que o sistema penal é marcado pela seletividade e que a pena não cumpre quaisquer de suas funções declaradas, como expõe a criminologia crítica⁸⁸. Não se trata, portanto, de legitimar esse sistema ou de crer que as normas constitucionais, por si só, sejam capazes de solucionar tais problemas, mas sim de acolher uma postura segundo a qual a estrutura do processo penal constitucional estabeleça uma possível limitação ao poder punitivo estatal, em uma “lógica de redução de danos”⁸⁹.

A partir dessas premissas, tem-se que a Constituição de 1988, muito embora justifique o poder de punir do Estado⁹⁰, não consagra um processo penal meramente repressor. Nesse sentido, conceber o processo como instrumento de segurança pública é incompatível com seu fundamento constitucional.

A segurança pública é comumente invocada na visão maniqueísta que contrapõe interesse individual e interesse público⁹¹, tendo sido alçada a “direito humano” (de toda a sociedade) em face do qual os demais direitos (do réu) devem ceder – o que, no processo penal, equivale à mitigação ou à negação de garantias constitucionais⁹². Portanto, a busca pela

⁸⁵ BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 25.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 311-312.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 858.

⁸⁸ PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 26-27; CASARA, Rubens R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 200.

⁸⁹ DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 43; PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 27; CASARA, Rubens R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 210; LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 88.

⁹⁰ PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 25.

⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 38.

⁹² JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Sistema penal, segurança pública e reserva do possível. In: PEREIRA, Cláudio José Langroiva (Coord.). **Segurança pública, instituições democráticas e seus elementos históricos, políticos e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 165.

segurança plena, a um só tempo, corrompe a legalidade, ao debilitar o devido processo legal, e a liberdade, substituindo-a como objeto de tutela do sistema processual penal, de modo a violar o caráter humanista deste, tal como delineado na Constituição da República⁹³.

Acrescente-se que a própria definição da segurança pública como um direito autônomo é questionável, uma vez que necessariamente está conectada a outro direito⁹⁴. Ademais, tomar o processo como instrumento de segurança pública implica em atribuir ao julgador um papel no “combate ao crime”, aniquilando a imparcialidade⁹⁵. Como ilustra a metáfora de Marcelo Semer⁹⁶, é comum que juízes se posicionem como “centroavantes” da equipe formada por policiais e promotores, prontos para concluir o trabalho destes com a sentença condenatória.

Atribuir ao processo penal a tutela da segurança pública é concebê-lo como mero instrumento estatal destinado exclusivamente à repressão dos violadores da norma penal, enquanto as garantias processuais seriam empecilhos à eficácia do sistema punitivo⁹⁷, o que vai de encontro ao modelo de processo estabelecido na Constituição da República.

1.3 Permanências autoritárias: crítica à instrumentalidade do processo e à teoria geral do processo

Mais de três décadas após a promulgação da Constituição de 1988, o modelo de processo penal nela delineado está longe de ser implementado integralmente na prática. Não raro verifica-se uma verdadeira inversão da hierarquia das normas, privilegiando-se a aplicação do Código de Processo Penal em detrimento da Constituição⁹⁸, de modo a esvaziar o conteúdo das

⁹³ BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. O direito como mito: a razão punitiva e a invenção do direito fundamental à segurança pública. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirze (Org.). **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 358 e 362.

⁹⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Sistema penal, segurança pública e reserva do possível. In: PEREIRA, Cláudio José Langroiva (Coord.). **Segurança pública, instituições democráticas e seus elementos históricos, políticos e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 166; CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 217.

⁹⁵ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 195.

⁹⁶ SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 287.

⁹⁷ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194-195.

⁹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 36.

garantias processuais. Além disso, os tratados e a jurisprudência das cortes internacionais são ilustres desconhecidos, comumente ignorados pelo ensino jurídico⁹⁹ e pela prática judiciária¹⁰⁰.

Indispensável ressaltar o abismo existente entre a concepção democrática estabelecida na Constituição da República e o Código de Processo Penal de 1941, atualmente em vigor. Gestado no período ditatorial do Estado Novo, sua elaboração foi inspirada no Código da Itália fascista, de 1930, que concebia o processo penal como verdadeiro braço do poder, instrumento por meio do qual o Estado combatia seus inimigos¹⁰¹.

O Código de 1941, a exemplo de seu precursor italiano, acolheu a ideologia da defesa social¹⁰², segundo a qual o Estado está legitimado a exercer o controle social a fim de reprimir a criminalidade (o “mal”), como reação da sociedade (o “bem”) e pela reafirmação de seus valores, por meio das finalidades repressivas e preventivas da pena¹⁰³. Nesse sentido, o processo penal se destinaria ao combate ao crime e, para a consecução dessa tarefa, o juiz atuaria como protagonista na persecução penal, com a função de resguardar a sociedade contra as ameaças à sua segurança, sendo dotado, para tanto, de poderes instrutórios e de livre apreciação da prova¹⁰⁴.

Trata-se de um modelo autoritário de processo, orientado pela prevalência do Estado sobre o indivíduo¹⁰⁵ e regido pelo sistema inquisitório, marcado pela ampliação dos poderes do juiz e pelo enfraquecimento dos direitos e garantias do acusado, que deveriam ceder em prol da eficácia do sistema repressivo¹⁰⁶.

⁹⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências inquisitivas no processo penal brasileiro – aspectos determinantes nos 30 anos de vigência da CR/1988. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirze (Org.) **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 136.

¹⁰⁰ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Meneses (Coord.). **Jurisdição constitucional em perspectiva**: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 108-109; GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12.

¹⁰¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 78-79.

¹⁰² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 131.

¹⁰³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 42.

¹⁰⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 132 e 135.

¹⁰⁵ CASARA, Rubens R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 257.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 283-286.

As palavras do ministro Francisco Campos na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal ilustram o quanto se expôs:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pelas evidências das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrente daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismos e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

Destaque-se que as diversas reformas legislativas, que transformaram o Código de Processo Penal em uma “colcha de retalhos”¹⁰⁷, proporcionaram, em geral, apenas uma tímida e lenta melhoria¹⁰⁸, acompanhada de alguns retrocessos¹⁰⁹, e se revelaram incapazes de atingir seu núcleo autoritário e inquisitorial¹¹⁰. Dessa forma, a legislação ordinária permanece distante do processo penal constitucional e convencional.

Ocorre que a dissonância entre a Constituição da República e o Código de Processo Penal é insuficiente para explicar por que, mesmo após 1988, a prática judiciária tem se mantido atrelada a um autoritarismo processual penal incompatível com o Estado democrático de direito. Por certo que a complexidade da questão admite abordagens diversas, como a análise da

¹⁰⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, set./dez., 2019, p. 45.

¹⁰⁸ Para uma análise mais ampla da “modernização legislativa” do Código de Processo Penal, que foge ao escopo do presente trabalho: CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, set./dez. 2019, p. 45-53.

¹⁰⁹ Com destaque para o processo de “americanização do processo penal”, com a expansão desmedida do modelo de “justiça negociada”. Sobre o tema: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; AZEVEDO, Gabriella Saad. A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (Lei nº 12.850/13). In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirze (Org.). **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 227-230; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 311-323.

¹¹⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 10, n. 21, mai./ago. 2018, p. 12-14.

formação histórica da sociedade brasileira e dos operadores jurídicos¹¹¹ ou da ausência de efetiva ruptura com o modelo político autoritário¹¹². Em conformidade com o objeto do estudo, a crítica aqui desenvolvida se volta a temas relacionados à teoria do processo: a proposta é apontar como a adoção da instrumentalidade do processo e da teoria geral do processo de matriz civilista¹¹³ contribui para a manutenção de práticas autoritárias no processo penal.

Instrumentalidade e teoria geral do processo são dois dos “pressupostos metodológicos fundamentais” da Escola Processual de São Paulo, que tem como marco inaugural a chegada de Enrico Tullio Liebman na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1940¹¹⁴, e que se desenvolveu e se expandiu nacionalmente graças a seus discípulos, de notório prestígio acadêmico e influência política¹¹⁵.

Entre estes está Cândido Rangel Dinamarco, que em sua obra “A instrumentalidade do processo”, publicada originalmente em 1987, estruturou tal teoria, que se passa a expor de forma sintética, apresentando alguns de seus principais pontos, a fim de investigar seus reflexos no processo penal.

Na perspectiva instrumentalista, o processo é um instrumento destinado à realização de objetivos do Estado¹¹⁶. A jurisdição, como expressão do poder estatal¹¹⁷, é colocada no centro da teoria processual, acolhendo-se uma concepção publicística de processo, marcada pela proeminência do Estado (“realidade de poder exercido sobre a população”¹¹⁸) e do interesse público¹¹⁹. Nesse sentido, o sistema processual fornece meios para a realização dos fins estatais, a serem perseguidos pelo exercício da função jurisdicional¹²⁰.

Os escopos da jurisdição (ou seja, os objetivos do Estado) são divididos em três categorias. Os fins sociais são a busca da “paz social” (pacificar com justiça ou “eliminar

¹¹¹ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 218-252.

¹¹² PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 74-81.

¹¹³ BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **O conteúdo lógico do princípio da inocência**: uma proposição crítica elementar aos procedimentos penais na democracia. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 152.

¹¹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 158-160.

¹¹⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 541-546.

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 63.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 136.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 113.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 90-96.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 95-96.

conflitos mediante critérios justos”¹²¹) e a educação da população quanto a seus direitos e obrigações¹²². São definidos como objetivos políticos a afirmação do poder estatal e da autoridade de seus agentes, bem como a viabilização da participação democrática¹²³. Ademais, o escopo jurídico consiste na “atuação da vontade concreta da lei”¹²⁴.

Duas questões relacionadas aos escopos da jurisdição devem ser destacadas.

Em primeiro lugar, Cândido Dinamarco afirma que o juiz, para a consecução dos mencionados objetivos, não deve ser mero espectador das atividades das partes, devendo atuar ativamente¹²⁵. Portanto, defende os poderes instrutórios tanto do juiz penal como do civil e a existência dos recursos de ofício¹²⁶. Além disso, o juiz deve ter ampla liberdade interpretativa, sendo-lhe permitido decidir contra o texto da lei quando este destoar dos “sentimentos da nação”¹²⁷; afinal, na perspectiva instrumentalista, o julgador é “autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico” e tem a “missão de decidir segundo as escolhas da sociedade”¹²⁸. Sustenta, também, que o julgador não está “preso ao rigor das palavras” quando estas não satisfaçam “ao seu sentimento de justiça”¹²⁹.

O outro ponto a ser ressaltado é a questão da legitimidade do exercício do poder jurisdicional, que na perspectiva instrumentalista dependeria de sua aceitação pela sociedade, assim como da observância dos princípios do devido processo legal, da isonomia e do contraditório¹³⁰. Já o “grau de legitimidade da jurisdição” depende do “grau de fidelidade aos seus escopos”¹³¹.

Por fim, a instrumentalidade do sistema processual é dividida em dois aspectos que se complementam. No lado “negativo”, tem-se que o processo, instrumento que é, deve ser considerado sempre à luz das suas funções, de modo que as regras processuais não têm valor absoluto, em uma leitura ampliada do “princípio da instrumentalidade das formas”¹³². O aspecto “positivo” corresponde à efetividade do processo, vale dizer, a aptidão do processo em cumprir

¹²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 188-191.

¹²² *Ibidem*, p. 191-193.

¹²³ *Ibidem*, p. 198-202.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 246-250.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 184.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 63-64.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 234.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 232-234.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 348.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 167.

¹³¹ *Ibidem*, p. 173.

¹³² *Ibidem*, p. 314-319.

seus escopos sociais, políticos e jurídicos¹³³. Na busca por essa efetividade, são consideradas essenciais a “participação inquisitiva do juiz”, que deve ter postura atuante na condução do processo e na instrução probatória, e a celeridade dos procedimentos¹³⁴.

A aplicação da instrumentalidade do processo ao processo penal revela-se absolutamente incompatível com o modelo delineado na Constituição da República.

Primeiramente, verifica-se que o destaque dado à jurisdição implica no reforço ao poder estatal, marca do processo autoritário¹³⁵. A ideia de sujeição dos cidadãos ao Estado¹³⁶ reduz estes a meros objetos sobre o qual o poder (jurisdição) é exercido, afastando-se de uma das tarefas jurisdicionais características do Estado democrático de direito, que é assegurar aos indivíduos direitos, inclusive contra o próprio Estado¹³⁷.

Essa perspectiva confere ao juiz protagonismo indevido, na linha da ideologia da defesa social que inspirou o Código de Processo Penal.

De um lado, como visto, tem-se a atribuição de poderes instrutórios, em flagrante violação ao sistema acusatório estabelecido na Constituição. Já no campo da hermenêutica, a instrumentalidade atribui ao julgador ampla discricionariedade, reduzindo a interpretação do direito à “boa escolha dos juízes”, que decidem conforme a própria consciência ou “sentimento de justiça”¹³⁸. Tal aposta na subjetividade ignora a construção intersubjetiva do direito na democracia, que não se coaduna com decisões judiciais fundadas em meros critérios pessoais¹³⁹, e traz consequências danosas ao processo penal, tanto no plano da valoração das provas como no da aplicação da pena, como expõe Lenio Streck¹⁴⁰:

¹³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 320.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 346.

¹³⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 507.

¹³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 113-114.

¹³⁷ ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 166, dez. 2008, p. 10-12.

¹³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 47-50; ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, abr. 2015, p. 7-12.

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 127-128.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 26.

[...] em plena vigência da Constituição de 1988, o próprio resultado do processo dependerá do que consciência do juiz indicar, pois a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo legal, e, sim, pelo critério inquisitivo do julgador.

Consciência, subjetividade, sistema inquisitório e poder discricionário passam a ser variações de um mesmo tema. Observe-se a importância dessa questão nos casos de delimitação da pena no seguinte julgamento, em que o Tribunal justifica o *solipsismo judicial*, ao sustentar que compete ao juiz, “examinadas as circunstâncias judiciais, estabelecer, conforme necessário e suficiente, ‘a quantidade da pena aplicável, dentro dos limites previstos’. A avaliação é subjetiva e o juiz lança o quanto entenda necessário sua consciência”.

Em relação aos escopos da jurisdição, há diversos problemas. Se o fundamento do processo penal é a imposição de limites ao poder punitivo estatal, o processo é garantia do indivíduo e, como tal, não pode ser instrumentalizada para a busca de objetivos estatais¹⁴¹.

Não bastasse isso, as finalidades sociais apontadas por Cândido Dinamarco revelam-se especialmente nocivas ao processo penal.

A busca da paz social é finalidade inalcançável pelo processo penal¹⁴². Além de inexistir comprovação empírica acerca da efetividade da função de prevenção geral da pena¹⁴³, supostamente dotada de efeitos inibidores do cometimento de crimes, o que conduziria à almejada pacificação, o sistema penal não soluciona os conflitos, mas, quando muito, os suspende¹⁴⁴, por meio do encarceramento. Não bastasse isso, os objetivos declarados do direito penal, supostamente voltados à promoção do bem comum, tão somente encobrem suas funções reais, verificando-se, na prática, que a pena, em razão da seletividade e dos efeitos estigmatizantes que lhes são inerentes, amplifica as desigualdades sociais¹⁴⁵, assim como a prisão, que, ao invés de reduzir a prática de crimes, a fomenta¹⁴⁶. Logo, além de não pacificar, o sistema penal, nos moldes em que funciona atualmente, agrava a conflituosidade.

Já a função educativa traduz-se, no sistema penal, no acolhimento das teorias preventivas da pena, dando azo à imposição de punições exemplares, supostamente capazes de

¹⁴¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 165-167.

¹⁴² CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 202.

¹⁴³ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**: uma análise crítica da prevenção geral positiva. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 48-49.

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 19.

¹⁴⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 10-14.

¹⁴⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 250-254.

inibir a prática de crimes pelo condenado e pelos demais membros sociedade¹⁴⁷. O sentenciado é, pois, instrumentalizado, em nítida violação à dignidade da pessoa humana¹⁴⁸.

Questão igualmente grave para o processo penal é atrelar a legitimidade da jurisdição ao atendimento de seus fins. Para Cândido Dinamarco, a impunidade é um dos fatores de “degradação da legitimação do poder perante a sociedade brasileira contemporânea”¹⁴⁹, para a qual contribui o “afrouxamento de decisões nos juízos criminais”¹⁵⁰.

Nesse sentido, referido autor atribui à atuação do Supremo Tribunal Federal no caso conhecido como “Mensalão”¹⁵¹ papel positivo no resgate da credibilidade do Poder Judiciário e de sua legitimação político-social¹⁵². Registre-se que o citado caso é símbolo do emprego do processo penal como instrumento de “combate à corrupção”¹⁵³ e de seu uso midiático, o qual contribui para a fragilização do sistema de garantias¹⁵⁴. Não bastasse isso, Cândido Dinamarco elogia juízes que “tiveram coragem de adotar medidas enérgicas capazes de romper com uma tradição de inatividade do Poder Judiciário perante os poderosos do governo e do crime organizado”¹⁵⁵.

De tal passagem se extrai, pois, que, na teoria da instrumentalidade, o processo penal é concebido como instrumento de combate ao crime e, nessa linha, o papel do juiz é de verdadeiro “justiceiro” na empreitada contra a impunidade, entendimento que contribui para a ampliação da punitividade¹⁵⁶ e que se distancia do modelo constitucional, como já exposto. Além disso, a ideia de legitimidade pela aceitação social viola o fundamento do processo penal,

¹⁴⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 579.

¹⁴⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 124.

¹⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 168.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 171.

¹⁵¹ Ação Penal nº 470, julgada pelo Plenário da Corte entre 2012 e 2014.

¹⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 174.

¹⁵³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 164.

¹⁵⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 10, n. 21, mai./ago. 2018, p. 23-27.

¹⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 174.

¹⁵⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 559.

essencialmente contramajoritário¹⁵⁷; afinal, cabe ao Poder Judiciário a proteção das garantias constitucionais, e não a minimização destas em favor de eventuais anseios de sociedade¹⁵⁸.

Ademais, merecem críticas os aspectos “negativo” e “positivo” da instrumentalidade.

A primeira perspectiva abre caminho para a violação de direitos e garantias processuais, retirando valor das regras (“formas”) processuais ao atrelá-las às funções atribuídas ao processo (“mero instrumento”). Chega-se a afirmar que “à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado”¹⁵⁹.

Olvida-se que, “no processo penal, forma é garantia”¹⁶⁰, transplantando para esse âmbito a categoria civilista do prejuízo para o reconhecimento das nulidades¹⁶¹. Amplamente aceita nos tribunais, especialmente no Supremo Tribunal Federal, a ideia de que “não há nulidade sem prejuízo” promove a primazia das nulidades relativas, impondo aos réus a prova do prejuízo, muitas vezes indemonstrável, e consolida na prática judiciária uma verdadeira aversão às formas processuais¹⁶². Essa flexibilização das garantias processuais é própria de um modelo autoritário e do sistema inquisitorial¹⁶³ e tem enorme contribuição para a não consolidação do modelo de processo estabelecido na Constituição de 1988.

Por sua vez, o aspecto “positivo” remete à efetividade do processo para o cumprimento de seus objetivos, que, como visto, no processo penal estão atrelados ao “combate à criminalidade”. Sobre isso, imprescindível atentar-se para o alerta de Jacinto Coutinho¹⁶⁴, que identifica nesse discurso em prol da eficiência a tentativa de “dar efetividade antecipada a uma possível/provável condenação”. No mesmo sentido:

¹⁵⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 560.

¹⁵⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 10, n. 21, mai./ago. 2018, p. 28.

¹⁵⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 65.

¹⁶⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 936.

¹⁶¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 558.

¹⁶² *Idem*. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 441-493.

¹⁶³ *Idem*. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 134.

¹⁶⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 146.

Aliada ao *tempo*, *eficiência* pode ser sinônimo de *exclusão*, aqui, nas reformas processuais, carimbada pela supressão de *direitos* e/ou *garantias*, mormente constitucionais ou, pelo menos, pela redução dos seus raios de alcance, manipuláveis pela força da hermenêutica, desde sempre sem a mínima possibilidade de ser eliminada, sem qualquer dúvida, salvo do leguleio, a lei diz aquilo que o intérprete diz que ela diz (Ruiz/Cárcova).

Sendo o direito um estorvo (ou algo que estorva), natural é o avanço da ideia de *flexibilização*, a que, em *ultima ratio*, responde pela precitada supressão.¹⁶⁵

Pelo exposto, verifica-se que a instrumentalidade do processo é incompatível com o processo penal constitucional, promovendo a ampliação dos poderes judiciais e a redução das garantias dos acusados, além de atribuir ao processo penal finalidades repressivas próprias de um Estado autoritário, contribuindo, assim, com o predomínio do pensamento antidemocrático que inspirou o Código de Processo Penal de 1941, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988¹⁶⁶.

A teoria geral do processo desempenha papel semelhante na imposição de obstáculos à consolidação do modelo constitucional de processo penal.

Arelada à instrumentalidade do processo, que é uma de suas premissas metodológicas, a teoria geral do processo desenvolvida na Escola Processual de São Paulo propõe, em síntese, a universalização de conceitos, princípios e estruturas aplicáveis a todos os ramos do direito processual¹⁶⁷. A principal crítica dirigida a essa teoria é o fato de que sua construção se deu a partir do processo civil, expandindo-se os entendimentos próprios dessa seara para os demais campos do direito processual, em especial o processo penal, que historicamente teve o desenvolvimento de suas categorias relegado a segundo plano¹⁶⁸.

O movimento de “civilização do processo penal”¹⁶⁹, com a incorporação neste dos conceitos e princípios do processo civil, ignora as abissais diferenças entre os dois sistemas, sobretudo do que diz respeito ao contraste entre a liberdade do indivíduo e o poder punitivo

¹⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 145.

¹⁶⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 623-627.

¹⁶⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 29-32.

¹⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 63-65.

¹⁶⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 357-358.

estatal, que se coloca em jogo no processo penal¹⁷⁰. Para além da incompatibilidade das categorias civis e penais no âmbito da teoria do processo (tais como ação, lide e jurisdição¹⁷¹), urge destacar os efeitos negativos dessa indevida aproximação no que diz respeito às garantias processuais.

Como já referido acima, há o grave problema da inserção da exigência de prejuízo no reconhecimento das nulidades, que acaba por atingir todo o sistema de garantias. Há outros pontos que podem ser mencionados a título exemplificativo.

No tocante às provas, além da questão dos poderes instrutórios do juiz, também já apontada, costuma-se transplantar para o processo penal o conceito civilista de distribuição da carga probatória. Ocorre que, em razão da presunção de inocência, o ônus probatório recai exclusivamente sobre a acusação, enquanto a defesa assume os riscos por eventual não produção de provas¹⁷².

Igualmente problemática é a incorporação do “poder geral de cautela” característico do processo civil, que permite ao juiz penal a imposição de medidas restritivas da liberdade do acusado sem previsão legal, em oposição ao próprio fundamento do processo penal, destinado à limitação do poder estatal¹⁷³.

Em relação a um dos direitos centrais para o presente estudo, tem-se a errônea invocação da falta de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, prevista no Código de Processo Civil¹⁷⁴, para justificar a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado, novamente em violação à presunção de inocência¹⁷⁵.

Como se nota, a inadequada aplicação de entendimentos do processo civil ao processo penal, proporcionada pela teoria geral do processo, é fator de fragilização das garantias processuais e constitui óbice à implementação, na prática, do processo penal constitucional.

¹⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 66; CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19-21.

¹⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 68-69.

¹⁷² *Idem*. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 364-365.

¹⁷³ PARISE, Bruno Girade. **O poder geral de cautela no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 127-134.

¹⁷⁴ Artigo 995 do Código de Processo Civil: “Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.”

¹⁷⁵ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 92-99.

2 DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O estudo das decisões judiciais comporta análises sob diversos pontos de vista, inclusive para além do direito, dialogando com temas relacionados à filosofia, antropologia, psicanálise e neurociência¹⁷⁶. Mesmo no campo jurídico, é possível sua abordagem com enfoque nos elementos estruturais da motivação¹⁷⁷ ou com ênfase no problema da busca da verdade e da valoração das provas¹⁷⁸, para citar alguns exemplos. É preciso, pois, delimitar o campo de análise.

No presente trabalho, revela-se essencial o estudo das funções do dever de fundamentação: as funções extrajudiciais ou políticas, que são abordadas a partir da exposição do desenvolvimento histórico da garantia em questão, e as funções extrajudiciais, promovendo-se a correlação entre a fundamentação e outras garantias componentes do processo penal constitucional. No terceiro tópico, é objeto de exame a fundamentação da fixação da pena, a partir do modelo estabelecido no Código Penal.

Necessário, ademais, esclarecer que se adota a nomenclatura empregada pelo constituinte, não obstante o legislador ordinário utilize os termos decisão “motivada” e “fundamentada”, como no artigo 315, *caput*, do Código de Processo Penal¹⁷⁹, e estabeleça que a sentença indique “os motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”, conforme o artigo 381, inciso III, do mesmo diploma¹⁸⁰.

De igual modo, na doutrina encontram-se diversos conceitos para os termos “motivação” e “fundamentação”. Enquanto há quem afirme que as expressões são sinônimas¹⁸¹, outros empregam preferencialmente o termo “motivação”¹⁸², que não se resumiria à mera indicação de motivos que expliquem a decisão, tratando-se de um discurso justificativo. Em

¹⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 863.

¹⁷⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 89-107.

¹⁷⁸ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016, p. 484-500.

¹⁷⁹ Artigo 315 do Código de Processo Penal: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.”

¹⁸⁰ Artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal: “A sentença conterá: [...] III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;”

¹⁸¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 317.

¹⁸² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 90-95; LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 34.

outro sentido, afirma-se que a explicação ou justificação da decisão é a fundamentação; enquanto a motivação é a indicação das bases fáticas e jurídicas¹⁸³.

Segue-se aqui a posição que se reputa mais adequada, como exposto adiante, ao modelo constitucional de processo, segundo a qual a motivação se resume à indicação dos elementos considerados pelo juiz, de modo individualizado, para a tomada de decisão; enquanto a fundamentação, por outro lado, não é a mera explicação da decisão ou a apresentação de um motivo qualquer que justifique a posição do julgador, demandando também que este leve em consideração os argumentos apresentados pelas partes, seja para acolhê-los ou rejeitá-los¹⁸⁴.

2.1 Desenvolvimento histórico do dever de fundamentação e suas funções extraprocessuais ou políticas

Em que pesem as peculiaridades de cada ordenamento jurídico e o fato de não ter ocorrido uma evolução uniforme da exigência de fundamentação das decisões judiciais¹⁸⁵, é possível identificar características gerais presentes em cada um dos paradigmas de Estado da modernidade (Estado liberal, Estado social ou de bem-estar social e Estado democrático de direito), a fim de se averiguar a função desempenhada pelo instituto em questão nos diferentes contextos históricos.

É preciso pontuar, contudo, que, anteriormente à concepção moderna de Estado, a fundamentação das decisões judiciais já se fazia presente em alguns sistemas jurídicos, ainda que de modo incipiente e de abrangência restrita. No direito romano, por exemplo, a despeito de certa controvérsia doutrinária a respeito da existência de regras que determinassem a fundamentação das decisões¹⁸⁶, há quem vincule a origem desta à previsão dos recursos, eis

¹⁸³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 227-228.

¹⁸⁴ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 432-437; STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, jan./jun. 2017, p. 163-166.

¹⁸⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

¹⁸⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 91-95.

que, concebidos estes, naquele período, como instrumentos de controle hierárquico, a fundamentação seria necessária para que o órgão superior pudesse julgar a impugnação¹⁸⁷.

Conforme expõe Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁸⁸, a exigência de fundamentação da decisão foi inicialmente normatizada no direito canônico, no século XIII, relativamente à sentença de excomunhão, uma vez que o condenado deveria saber as razões da punição “para se emendar”. Tratava-se, porém, de questão pontual, prevalecendo o entendimento de que, além de não obrigatória, a fundamentação nem sequer era recomendável, a fim de se evitar questionamentos sobre a decisão¹⁸⁹.

No período medieval, passou-se a registrar por escrito as decisões judiciais, não como exigência ou espécie de garantia das partes, mas sim para conferir certeza aos sistemas jurídicos e possibilitar o controle disciplinar e burocrático dos juízes¹⁹⁰.

Com o desenvolvimento das monarquias absolutistas, restou dispensável a fundamentação das decisões, afinal, “se o rei exercia os seus poderes terrenos ‘por graça de Deus’, nada mais natural que no exercício desses mesmos poderes ele e seus agentes estivessem isentos de dar qualquer justificação de seus atos”¹⁹¹. Nesse contexto, a tradição e a autoridade eram fontes de legitimidade da decisão, dispensando qualquer justificação¹⁹².

Entretanto, ainda no absolutismo, há brusca mudança de direção, reveladora da disformidade do desenvolvimento histórico da obrigatoriedade de fundamentação¹⁹³. A partir do século XVI, algumas legislações europeias, como as Ordenações Manuelinas em Portugal (1521), passaram a impor o dever de fundamentação como instrumento para viabilizar, por meio do sistema recursal, o controle hierárquico do monarca sobre a atuação dos juízes, concretizando a concentração de poderes nas mãos do soberano¹⁹⁴. Sobre a legislação portuguesa daquele período:

¹⁸⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 2013, p. 44-45.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 45-46.

¹⁸⁹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 100.

¹⁹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 47.

¹⁹² LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português**: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2019, p. 55.

¹⁹³ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 90.

¹⁹⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

Dando um tratamento à sentença bastante extenso, as Ordenações impunham aos juízes que julgassem *secundum allegata et probata*, não obstante o rei, “que não reconhece Superior”, pudesse julgar “segundo sua consciência” (Ord. Man. 3.50.par.). Um pouco adiante (Ord. Man. 3.50.6), as Ordenações reconhecem que “no mais das vezes os Julgadores não declaram nas sentenças definitivas, que nos seus feitos são postas, a causa ou causas em que se fundam a absolver ou condenar [...]”, fato do qual seguir-se-iam “muitos inconvenientes”. De modo que as partes pudessem saber o que foi provado ou não provado, do que e como embargar, apelar ou agravar, além de permitir ao órgão *ad quem* que “sinta melhor os fundamentos” da decisão recorrida, “mandou-se”, “por bem de Justiça”, que todos os magistrados declarassem “a causa ou causas em que se fundam a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou a revogar, dizendo especificamente o que é que se prova, e por quais causas do feito se fundam a dar suas sentenças”. O descumprimento do mandamento gerava uma multa no valor de 20 cruzados, além de uma multa de 10 cruzados em benefício da parte lesada em caso de apelação ou agravo.¹⁹⁵

O Iluminismo promoveu alteração nesse cenário, muito embora o tema da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais não tivesse sido uma preocupação geral do pensamento iluminista, não constando, por exemplo, da obra de Montesquieu, a despeito da preocupação deste com a limitação dos poderes dos juízes¹⁹⁶. Essa omissão sobre o assunto se deu pela aceitação das ideias de que a decisão judicial era mero exercício de poder e de que as leis eram claras o suficiente para que os juízes se limitassem à tarefa de aplicá-las aos casos concretos. De todo modo, especificamente quanto às decisões penais, Voltaire, em 1766, e o Marquês de Condorcet, em 1787, se manifestaram a favor do dever de fundamentação¹⁹⁷.

A partir da influência iluminista, a *Prammatica*, sancionada pelo rei de Nápoles Ferdinando IV em 1774, dispôs sobre a obrigação de motivar as decisões judiciais com o manifesto objetivo de conter o arbítrio dos juízes na interpretação das leis, indo além da mera função endoprocessual que predominava até então¹⁹⁸. No âmbito criminal, a *Ordonnance criminelle* de Luís XVI, de 1788 (logo, antes mesmo da Revolução Francesa), estabelecia a exigência de motivação quanto à qualificação dos crimes, embora a dispensasse quanto às sentenças de absolvição e de apelação¹⁹⁹.

Já no período revolucionário, as leis de 24 de agosto e 27 de novembro de 1790²⁰⁰, assim como a Constituição de 1795 (Constituição do Ano III da República Francesa), impuseram

¹⁹⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 103.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 109.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 108.

¹⁹⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 50.

¹⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 639.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 573.

expressamente a obrigação de motivação das decisões judiciais, consagrando a natureza política desse dever²⁰¹. Porém, não se tratava de garantia processual do acusado, mas sim de reflexo da separação dos poderes²⁰², na medida em que o que se exigia era que o julgador demonstrasse que estava julgando de acordo com a lei, possibilitando averiguar “se ao aplicar a lei o juiz não invadiu a esfera de atribuições do legislador e, ainda, se obedeceu aos limites processuais que distinguem a atividade judiciária da legislativa”²⁰³.

Nesse sentido, afirma Amilton Bueno de Carvalho²⁰⁴:

Assim como o legislador – aquele que tem a incumbência de “dizer o que é certo” – não poderia aplicar a lei no caso concreto, o juiz deveria motivar as suas decisões para provar estar julgando estritamente de acordo com a lei. A motivação – anota Perelman – “deveria garantir ao poder legislativo a obediência incondicional dos juízes à lei”.

Dentro desta concepção, obviamente, não cabia ao juiz perquirir sobre a justiça, equidade ou aceitação social da solução encontrada: somente ao legislador era dado o direito de dispor o que é justo ou injusto.

Bem motivada, assim, era a decisão que demonstrava, modo claro e preciso, a adequação do caso concreto a um ou outro dispositivo legal.

Nesse ponto, cabe registrar que no período revolucionário foi instituído o *Tribunal de Cassation*, que compunha a estrutura do Poder Legislativo e, como instância recursal, verificava a adequação das decisões à legislação e garantia o respeito à separação dos poderes²⁰⁵.

Nota-se, portanto, que no paradigma do Estado liberal a atividade do juiz era mecânica, limitada à aplicação direta do texto da lei, evitando-se atividade interpretativa que não fosse meramente gramatical, havendo, inclusive, a possibilidade de consulta ao legislador em caso de eventual obscuridade do texto legal²⁰⁶. Trata-se da concepção do “juiz boca da lei”, símbolo do positivismo exegético.

²⁰¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54.

²⁰² CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 59.

²⁰³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 77.

²⁰⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 59.

²⁰⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

²⁰⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 34.

A despeito de constituições de algumas repúblicas italianas terem seguido o texto francês, estabelecendo a obrigação de fundamentação das decisões, a partir do século XIX, sobretudo nos Estados criados por Napoleão, referido dever ficou limitado aos textos infraconstitucionais, exercendo unicamente funções endoprocessuais²⁰⁷.

No plano legislativo, esse panorama se manteve na transição do Estado liberal para o Estado social, a partir do final do século XIX e, sobretudo, após a Primeira Guerra Mundial.

Por outro lado, no âmbito processual, a perspectiva de fortalecimento do papel do Estado – voltado, então, à promoção do “bem-estar social” – se refletiu na ampliação dos poderes do juiz, que assume o protagonismo do processo, tomado como instrumento destinado a finalidades metajurídicas²⁰⁸. Referido entendimento tem como base teórica o conceito de processo como relação jurídica de Oskar von Bülow (1868), que concebe o juiz como “um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, o protagonista do processo que criaria o direito mesmo *contra legem*”²⁰⁹, posicionamento seguido pela teoria da instrumentalidade do processo²¹⁰.

No campo da hermenêutica, verifica-se a prevalência do positivismo normativista, que aposta na discricionariedade do julgador, concebendo a interpretação como ato de vontade. Sobre o tema, afirma Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira²¹¹:

A essa compreensão do liberal se contrapõe, em princípio, as visões típicas do paradigma do Estado Social. Ao negarem o que seria um caráter meramente cognitivo da aplicação jurisdicional, liberta-se o magistrado para a discricionariedade decisória. E, aqui, a linguagem das cláusulas gerais ou dos conceitos jurídicos indeterminados pode apenas reforçar essa perspectiva. As teorias da interpretação de Kelsen (1987, p. 363-371) e de Hart (1996, p. 137-161) são representativas de tal assertiva, pois, para eles, seja em razão da relativa indeterminação normativa, seja em razão da chamada textura aberta do Direito, não haveria, para além da própria discricionariedade judicial, critério jurídico capaz de avaliar a aplicação ou produção válidas das normas jurídicas. Toda decisão se fundamenta no caráter discricionário de todo processo de produção/aplicação jurídica. Nesses termos, interpretar é decidir sobre o sentido dos textos normativos partindo-se do pressuposto segundo o qual o legislativo não é capaz de prever todas as hipóteses de aplicação, reconhece-se um poder discricionário aos aplicadores para decidir em face de situação de relativa indeterminação [...].

²⁰⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 55-56.

²⁰⁸ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 86.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 99.

²¹⁰ Item 1.3.

²¹¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 113.

Portanto, da suposta completude do ordenamento própria do Estado liberal, passa-se para o decisionismo característico do paradigma do Estado social. Nesse contexto, admitindo-se a livre escolha do juiz ao decidir, a motivação representaria uma mera formalidade²¹², sendo insuficiente para o exercício de qualquer forma de controle sobre a decisão. Lenio Streck e Igor Raatz²¹³ denominam de “versão fraca” do dever de fundamentação a concepção de que basta uma justificativa qualquer para que a decisão seja fundamentada, confundindo-se decisão com escolha, visão essa ainda dominante nos tribunais pátrios²¹⁴.

O término da Segunda Guerra Mundial indicou o início do declínio do Estado social, que entrou em crise especialmente a partir da década de 1970²¹⁵. É nesse período que se molda o Estado democrático de direito, no qual a participação dos cidadãos nas decisões estatais, fundada no princípio da soberania popular, assume papel central²¹⁶. Como afirma José Joaquim Gomes Canotilho²¹⁷, ao tratar do “Estado de direito democrático”²¹⁸ consagrado no artigo 2º da Constituição portuguesa de 1976, “a legitimidade do domínio político e a legitimação do

²¹² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 37.

²¹³ *Idem*; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun. 2017, p. 162-163.

²¹⁴ A título de exemplo, tem-se o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo de Instrumento nº 791.292 – Questão de Ordem (Plenário, relator ministro Gilmar Mendes, julgado em 23 de junho de 2010, no qual se conclui não ser exigível que, ao fundamentar, o julgador manifeste-se sobre todas as alegações das partes: “segundo o novo entendimento do Min. Gilmar Mendes, onde o texto constitucional faz referência a uma exigência de fundamentação deve-se ler apenas a necessidade de uma motivação (mais uma vez, aqui, bastar-se-ia que o magistrado colocasse na decisão o seu entendimento de forma solipsista, pois é o seu querer, como ato de autoridade, faria suficiente a exigência constitucional – e não um possível consenso sobre a correção).” (NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 436).

²¹⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 36-37.

²¹⁶ SILVA, Marco Antônio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 229; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117.

²¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 231.

²¹⁸ Sobre a diferença entre a expressão contida na Constituição de Portugal e aquela prevista no artigo 1º da Constituição brasileira de 1988: “A Constituição portuguesa instaura o *Estado de Direito Democrático*, com o ‘democrático’ qualificando o Direito e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre ambas as constituições. A brasileira emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o ‘democrático’ qualifica o Estado, que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses mesmos valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo. Contudo, o texto da Constituição portuguesa dá ao Estado de direito democrático o conteúdo básico que a doutrina reconhece ao Estado democrático de direito, quando afirma que ele é ‘baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objectivo a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa’ (artigo 2º, redação da 2ª revisão, 1989).” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 119).

exercício do poder radicam na soberania popular (artigos 2º e 3º) e na vontade popular (artigo 9º)”.

Nas democracias, a legitimidade do exercício do poder estatal depende da participação popular na construção das decisões judiciais, as quais devem ser fundamentadas a fim de que se demonstre o atendimento a esse requisito e para que possam ser objeto de controle. Nesse contexto, o dever de fundamentação das decisões passa a ser previsto em diversas constituições depois da Segunda Guerra Mundial e, em especial, naquelas promulgadas após períodos ditatoriais, como a italiana de 1948, a grega de 1975, a espanhola de 1978, a peruana de 1979, a portuguesa de 1976 (com a reforma de 1982) e, enfim, a brasileira de 1988, em seu artigo 93, inciso IX²¹⁹. Registre-se que, a despeito da omissão da Constituição alemã de 1949, a Corte Constitucional Federal da Alemanha decidiu, ainda na década de 1950, tratar-se de garantia constitucional implícita, inerente ao Estado de direito²²⁰.

A constitucionalização da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais faz com que esta, segundo Michele Taruffo²²¹, se constitua em “princípio jurídico-político fundamental para a administração da justiça”. Para além das funções endoprocessuais, o dever imposto pela Constituição permite o exercício de um controle democrático da decisão, não apenas por aqueles que participam diretamente do processo, mas por qualquer um do povo²²².

Nessa linha, afirma José António Mouraz Lopes²²³:

Paralelamente a esse modelo directo de fiscalização da actividade jurisdicional, as decisões judiciais e sobretudo a sua fundamentação constituem um mecanismo de controle difuso, permitindo-se por essa via a concretização de uma genérica mas efectiva “prestação de contas” do modo como julgam e decidem. Por um lado, possibilita-se a todo e qualquer cidadão que através das decisões e dos seus fundamentos se questione o modo como os “seus” juízes aplicam a lei, nomeadamente a lei criminal quando esta é posta em causa através da prática de crimes. Por outro, possibilita-se que o cidadão através dos meios formais e informais (institucionais ou não institucionais) possa exercer esse controlo de uma forma efectiva, exprimindo a sua opinião e despoletando (eventualmente) as instâncias formais de controlo específico quando estas não actuaram.

²¹⁹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 117-118.

²²⁰ *Ibidem*, p. 118.

²²¹ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 360, tradução livre.

²²² *Ibidem*, p. 361.

²²³ LOPES, José António Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português**: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2019, p. 148.

Imprescindível ressaltar, nesse ponto, que essa “prestação de contas” está ligada à transparência do exercício do poder – inclusive, as exigências de publicidade e de fundamentação estão previstas no mesmo inciso IX do artigo 93 da Constituição – e não como uma submissão do julgador à “opinião pública”, o que, no processo penal, conduz ao aumento do arbítrio e do decisionismo, assumindo o julgador a função de órgão de segurança pública ao se colocar como justiceiro contra os “criminosos” ou contra a corrupção, a fim de atender ao suposto anseio popular contra a impunidade²²⁴, em absoluta incompatibilidade com o fundamento do processo penal constitucional²²⁵.

Feita essa ressalva, consolidada como imposição constitucional, a fundamentação das decisões não mais se resume a uma mera obrigação formal, a ser satisfeita com qualquer justificativa, mas sim configura garantia de caráter político que possibilita o controle sobre os fundamentos da decisão²²⁶, inclusive pela sociedade em geral²²⁷. É certo, porém, que o efetivo controle democrático *a posteriori* da fundamentação das decisões pela sociedade ocorrerá em poucas hipóteses, sendo essencial, de todo modo, que ele seja sempre possibilitado²²⁸.

Com isso, é de maior relevo outra função extraprocessual ou política da fundamentação, qual seja, servir como parâmetro para a aferição da legitimidade das decisões judiciais.

No paradigma do Estado democrático de direito, a legitimidade do exercício do poder pelo julgador não deriva de sua autoridade (investidura no cargo) ou de motivações que reflitam a mera “vontade da lei”, do legislador ou do próprio juiz²²⁹. Tampouco decorre de uma suposta “aceitação geral do poder pela população”, como defendem os instrumentalistas²³⁰.

Conforme ressalta Rosemiro Pereira Leal²³¹, “a força do direito nas democracias se expressa na circunstancialidade de os destinatários das normas se reconhecerem como seus próprios autores”. É preciso, pois, superar a ideia de processo como instrumento a serviço da

²²⁴ SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 285-286.

²²⁵ Item 1.2.

²²⁶ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 366.

²²⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

²²⁸ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 362-363.

²²⁹ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DONATO, Jânio Oliveira. Decisão penal no Estado Democrático à luz da hermenêutica filosófica e do modelo constitucional de processo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 54, 2011, p. 76.

²³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 373-374.

²³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 113.

jurisdição, bem como o protagonismo do juiz decorrente dessa perspectiva²³², para se conceber o processo como “instituição hábil a assegurar a legitimação dos atos estatais no Estado Democrático de Direito”²³³, o que se dá pela efetiva participação do cidadão e pelo respeito ao devido processo legal²³⁴.

A decisão judicial, portanto, deve ser coproduzida democraticamente no processo, não mais sendo ato solitário do julgador²³⁵:

Como a decisão, na teoria da democracia, não é soberana pelas bases da vontade das maiorias ou de um Estado poderoso, mas a partir de uma escritura prévia de direitos processualmente teorizados, o decidir não mais pode escorrer do cérebro de um julgador privilegiado que guardasse um sentir sapiente por juízos de justiça e segurança que só ele pudesse, com seus pares, aferir, induzir ou deduzir, transmitir e aplicar.²³⁶

A partir dessas premissas, verifica-se que o dever de fundamentação das decisões se entrelaça com o contraditório²³⁷, não mais tomado como mero direito à informação e à reação, mas como garantia de influência sobre a decisão²³⁸. A legitimidade da decisão judicial se estabelece a partir do contraditório²³⁹, devendo a fundamentação refletir a participação proporcionada pela irrestrita observância dessa garantia processual.

Nessa perspectiva, a já mencionada²⁴⁰ concepção de processo de Elio Fazzalari²⁴¹ revela-se adequada ao paradigma do Estado democrático de direito ao retirar a decisão do campo meramente individualista do julgador²⁴², colocando a participação em contraditório no

²³² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 60.

²³³ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 102.

²³⁴ BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 9.

²³⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 11, n. 2, jul./dez. 2006, p. 224.

²³⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 12.

²³⁷ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 127-128.

²³⁹ ROSA, Alexandre Moraes da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 11, n. 2, jul./dez. 2006, p. 226.

²⁴⁰ Item 1.1.

²⁴¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-120.

²⁴² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 23.

centro da teoria do processo e reconhecendo o indissolúvel vínculo entre a referida garantia e o dever de fundamentação das decisões:

O processo, como procedimento realizado em contraditório entre as partes, cumprirá sua finalidade garantindo a emanção de uma sentença participada. Os seus destinatários já não precisam recluir pelas preferências ideológicas dos juizes, porque, participando do *iter* da formação do ato final, terão sua dignidade e sua liberdade reconhecidas e poderão compreender que um direito é assegurado, uma condenação é imposta, ou um pretensão direito é negado não em nome de quaisquer nomes, mas apenas em nome do Direito, construído pela própria sociedade ou que tenha sua existência por ela consentida.²⁴³

Cumpra acrescentar que a legitimidade da decisão judicial depende não só da efetivação da participação pelo contraditório, mas também da observância de todo o conjunto de garantias que compõem o devido processo legal²⁴⁴ e caracterizam o modelo constitucional de processo penal²⁴⁵.

A partir do quanto exposto até aqui, tem-se que no Estado democrático de direito a decisão fundamentada (e, portanto, legítima) é construída na estrutura do devido processo legal e deve demonstrar que o julgador não decidiu arbitrariamente²⁴⁶, mas sim que houve verdadeiro “empreendimento democrático”²⁴⁷, no qual as alegações das partes tenham sido efetivamente consideradas.

O dever de fundamentação das decisões judiciais é, pois, elemento essencial do processo penal constitucional e tem como principal função extraprocessual, no Estado democrático de direito, garantir a legitimação das decisões judiciais. Para o cumprimento desse papel, ainda que insuperável a presença de certa subjetividade na decisão judicial²⁴⁸, faz-se indispensável o controle do decisionismo, o que se dá, na perspectiva aqui adotada, por meio da promoção da participação das partes e da observância do devido processo legal.

²⁴³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 172-173.

²⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 117; ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 11, n. 2, jul./dez. 2006, p. 221.

²⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 876.

²⁴⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229.

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, jan./jun. 2017, p. 171.

²⁴⁸ ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 11, n. 2, jul./dez. 2006, p. 223; CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 183.

2.2 Funções endoprocessuais

O dever de fundamentação das decisões judiciais exerce relevantes funções endoprocessuais, sendo essencial para o controle da observância das demais garantias processuais. Daí porque Luigi Ferrajoli²⁴⁹ o concebe como garantia processual de segundo grau do sistema garantista ou “garantia das garantias”²⁵⁰. Michelle Taruffo, por sua vez, ressalta seu caráter instrumental, “no sentido de que sua aplicação constitui uma condição de efetividade” dos demais princípios processuais²⁵¹. Cumpre-se, pois, verificar a relação existente entre a fundamentação e os outros direitos e garantias processuais componentes do processo penal constitucional.

Registre-se, de início, que já restou evidenciado no tópico anterior o entrelaçamento entre fundamentação e contraditório, que extrapola o caráter endoprocessual, configurando a observância deste último pelo julgador verdadeiro requisito de legitimidade do exercício do poder. As questões envolvendo essas duas garantias são retomadas e desenvolvidas em outros aspectos no quinto capítulo²⁵².

Outra relação, já demonstrada no item precedente, diz respeito ao direito ao recurso, cujo exame é objeto do próximo capítulo. Com efeito, a própria origem do dever de fundamentação liga-se ao nascimento dos meios de impugnação, tendo como fundamento, naquele momento, o controle hierárquico-burocrático sobre a atividade jurisdicional. É inegável que esse vínculo inicial não mais se revela suficiente para explicar a obrigação constitucional de fundamentação²⁵³; afinal, o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, determina que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, inclusive as irrecorríveis. Contudo, forçoso reconhecer que tanto a efetividade do exercício do direito ao recurso depende da fundamentação da decisão, possibilitando que se conheça os argumentos apresentados e que se possa combatê-los adequadamente, como a existência de meios de impugnação torna mais

²⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 573.

²⁵⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

²⁵¹ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 355, tradução livre.

²⁵² Item 5.2.

²⁵³ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 354.

efetiva a função de controle da discricionariedade do julgador, inerente ao dever de fundamentação²⁵⁴.

Acrescente-se, ainda, que no processo penal admite-se que o acusado recorra apenas da fundamentação, mesmo havendo sentença absolutória. Isso porque o fundamento da absolvição pode ter reflexos nos âmbitos administrativo e cível²⁵⁵. Com efeito, a absolvição no âmbito criminal que negue a existência do fato ou a autoria exclui a responsabilidade administrativa do servidor público²⁵⁶, e a decisão absolutória que reconhece a inexistência do fato obsta a ação cível²⁵⁷.

A fundamentação, portanto, além de ser o “ponto de referência” para o recorrente, é parâmetro para o julgador do recurso ao analisar os fundamentos deste²⁵⁸. Em sentido semelhante, mas ressaltando a função da fundamentação como garantia de defesa:

O papel da fundamentação da sentença penal do ponto de vista interno determina e concretiza os limites da decisão revestindo, por isso, uma dimensão de garantia de defesa.

Ou seja, ao expor justificadamente a fundamentação das escolhas efectuadas no processo de decisão, o juiz está a limitar concretamente o que foi a sua decisão e por isso a concretizar o objecto do processo permitindo assegurar uma dimensão relevante do direito de defesa do destinatário directo da decisão, atribuindo um conteúdo concreto à possibilidade de impugnação da decisão através da interposição de recurso.²⁵⁹

Outro aspecto que se relaciona ao direito de defesa é a valoração da prova. A fundamentação não apenas revela se o juiz levou em consideração o material probatório produzido pelas partes²⁶⁰, mas, sobretudo, como ressalta Salah H. Khaled Júnior²⁶¹, “cumpre

²⁵⁴ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 174-176.

²⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 138.

²⁵⁶ Artigo 126 da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais: “A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.”

²⁵⁷ Artigo 66 do Código de Processo Penal: “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

²⁵⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 87.

²⁵⁹ LOPES, José António Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português**: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2019, p. 138.

²⁶⁰ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 357.

²⁶¹ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016, p. 293.

uma função fundamental, que reside exatamente na possibilidade de decomposição dos elementos de convicção que levaram a produção da verdade pelo juiz”. E acrescenta o citado autor²⁶²:

Enfim, acreditamos que é a este propósito que a motivação deve servir, tornando possível o controle do caráter regrado imposto à formação da convicção em uma estrutura que deve estar dirigida à correção do caráter alucinatório da evidência, procurando garantir que a condenação não esteja estruturada em torno da mera crença. Dessa forma, é essa operação de decomposição que permitirá verificar se a convicção efetivamente está embasada em provas: rastros que analogicamente remetem ao evento que pertence a um tempo escoado. Caso a resposta seja negativa, a sentença terá ultrapassado os níveis de deformação regrada aceitáveis para um sistema que tem como critério reitor a democraticidade, conformando uma fantasmagoria que deve ser eliminada.

Em outras palavras, “a motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder”²⁶³, ou, tal como afirma Luigi Ferrajoli²⁶⁴, “é por força da motivação que [...] o poder jurisdicional não é o ‘poder desumano’, puramente potestativo da *justiça de cádi*, mas é fundado no ‘saber’, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável”.

Nesse sentido, a atribuição da gestão da prova ao juiz, defendida pela perspectiva instrumentalista²⁶⁵ e característica do sistema inquisitório, enfraquece a garantia da fundamentação das decisões, uma vez que amplia o espaço de discricionariedade do julgador, que fabrica sua narrativa por meio da “busca da verdade” que lhe permite construir o acervo probatório que sustentará sua decisão²⁶⁶.

Além do controle sobre a análise da prova pelo juiz, a fundamentação permite também o controle sobre o respeito à legalidade²⁶⁷. Não se trata, apenas, de demonstrar que a decisão aplicou a lei, mas, especialmente, de demonstrar qual a interpretação dada à norma aplicada e o motivo pelo qual se decidiu por sua incidência em relação aos fatos tratados no processo²⁶⁸.

²⁶² KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016, p. 494.

²⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 865.

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 573.

²⁶⁵ Item 1.3.

²⁶⁶ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016, p. 495.

²⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 573.

²⁶⁸ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 356.

No processo penal, esse aspecto se reveste de grande importância, por exemplo, na aplicação da pena, tema que é objeto do próximo tópico, e na definição da tipicidade da conduta.

Quanto ao último aspecto, tem-se o papel desempenhado pela fundamentação das decisões na verificação da obediência do princípio da inércia da jurisdição²⁶⁹, da qual decorre, no processo penal, a regra da correlação entre acusação e sentença²⁷⁰. É a partir da análise da fundamentação que se verifica se o julgador agiu de ofício, como ocorre na hipótese em que se condena o acusado levando em consideração fatos diversos daqueles narrados na denúncia, sem que tenha havido o aditamento desta pelo Ministério Público, em desacordo com o artigo 384 do Código de Processo Penal²⁷¹.

Ademais, a fundamentação permite o controle sobre a independência e a imparcialidade do julgador. Em relação à primeira, é possível verificar se houve respeito à separação dos poderes e, por outro lado, se houve interferência externa sobre a atuação do juiz²⁷². Quanto à imparcialidade, exige-se que seja demonstrada “em concreto”; afinal, somente por meio da análise da fundamentação de cada decisão é possível aferir se o juiz atuou de forma parcial²⁷³.

Sintetizando as funções endoprocessuais da fundamentação das decisões, tem-se a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direito Humanos no caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*²⁷⁴. Muito embora referida garantia não conste expressamente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, decidiu-se que integra o devido processo legal, incluindo-se como uma das “devidas garantias” do artigo 8.1²⁷⁵. Segundo a referida corte, o dever de fundamentação é uma “garantia vinculada à correta administração da justiça, que protege o direito dos cidadãos de serem julgados pelas razões que o direito fornece e outorga credibilidade às decisões jurídicas no marco de uma sociedade democrática”²⁷⁶ (§77 da decisão). Ainda no

²⁶⁹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 209-210.

²⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 39-40.

²⁷¹ Artigo 384 do Código de Processo Penal: “Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.”

²⁷² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 83.

²⁷³ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 355.

²⁷⁴ Sentença proferida em 8 de agosto de 2008. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf>. Acesso em: 04 maio 2021. Cumpre registrar que o caso não se refere a processo penal, mas sim à destituição de magistrados por órgão de controle disciplinar.

²⁷⁵ HERBEL, Gustavo A. **Derecho del imputado a revisar su condena**. Buenos Aires, Hammurabi, 2013, p. 327.

²⁷⁶ Tradução livre.

mesmo julgado, ressaltou-se que a fundamentação torna viável o exercício do direito ao recurso e, ademais, deve demonstrar que as partes foram ouvidas e que suas alegações e provas foram analisadas²⁷⁷.

2.3 Dever de fundamentação e fixação da pena: a fundamentação como limite à discricionariedade do julgador

A partir da análise de suas funções, tem-se que a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais é indispensável para a realização de um efetivo controle sobre a atuação dos julgadores, configurando-se como mecanismo voltado à limitação do arbítrio judicial, em conformidade com o fundamento do processo penal constitucional.

No processo penal, quando já definida a responsabilidade penal do acusado, tanto no campo probatório (existência de provas de autoria e materialidade) como no âmbito da tipicidade da conduta, passa-se para uma outra etapa da sentença: a fixação da pena. Nessa fase, em cumprimento à determinação constitucional, também se faz imprescindível a fundamentação da decisão²⁷⁸.

A partir do regramento constitucional e infraconstitucional sobre o tema, passa-se a tratar da relação entre a fundamentação e os limites de atuação do julgador no estabelecimento da sanção, ou seja, do problema da “extensão do poder judicial de enquadramento”²⁷⁹.

Até o final do século XVIII, inexistiam limites legais para o estabelecimento da sanção pelos juízes, aos quais eram conferidos amplos espaços de discricionariedade²⁸⁰.

O cenário alterou-se a partir das ideias iluministas, segundo as quais a fixação da pena pelo julgador deveria observar o princípio da legalidade. Assim tratou do tema o Marquês de Beccaria²⁸¹:

²⁷⁷ HERBEL, Gustavo A. **Derecho del imputado a revisar su condena**. Buenos Aires, Hammurabi, 2013, p. 327.

²⁷⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Cálculo de pena e o dever de motivar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 6, abr./jun. 1994, p. 170.

²⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 371.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 370. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 766.

²⁸¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 24.

A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa legislador do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode, com justiça, infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, no momento em que o juiz é mais severo que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.

Seguindo essa premissa, o Código Penal francês de 1791 instituiu um rígido sistema de penas fixas, cabendo ao juiz tão somente aplicar a sanção legalmente predeterminada, sem proceder a qualquer espécie de valoração²⁸².

Entretanto, se por um lado tal sistema restringia o arbítrio judicial; por outro, revelou-se em dissonância com o princípio da igualdade²⁸³, impedindo a gradação da pena de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e de cada indivíduo submetido a julgamento. Ante a impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis, surge a necessidade de individualização judicial da pena.

Acerca do princípio da individualização da pena, atualmente previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição de 1988²⁸⁴, afirma Guilherme de Souza Nucci²⁸⁵:

Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

Na busca de um equilíbrio entre os sistemas de penas indeterminadas e de penas fixas, o Código Penal francês de 1810 estabeleceu um modelo de penas variáveis, com a previsão de

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 371.

²⁸³ *Ibidem*, p. 371.

²⁸⁴ Artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes [...]”

²⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30.

penas mínimas e máximas para cada delito, atribuindo ao juiz a função de, no caso concreto, graduar a sanção²⁸⁶.

Desde então, o modelo de penas variáveis tem sido adotado, com algumas variações, na maioria dos países europeus de tradição jurídica romano-germânica²⁸⁷.

No Brasil, o Código Criminal do Império, de 1830, sofreu grande influência francesa e estabeleceu um modelo de “penas mitigadamente tarifadas”²⁸⁸. Para alguns crimes, as penas eram definidas em três graus – máximo, médio e mínimo –, cabendo ao juiz exclusivamente a indicação do grau da sanção com base na incidência de agravantes e atenuantes, e não a determinação quantitativa da pena.

Já o Código Penal de 1890 estabeleceu apenas os patamares mínimo e máximos, além de circunstâncias agravantes e atenuantes, permitindo, pois, mais ampla individualização judicial da sanção²⁸⁹.

Registre-se que, com base no disposto no artigo 62 referido diploma²⁹⁰, José Antônio Paganella Boschi sustenta que, em verdade, o Código de 1890 representou relativo retrocesso em relação ao Código Criminal imperial, uma vez que apenas ampliou a quantidade de graus, mantendo a rigidez destes, o que impedia o juiz de graduar a sanção²⁹¹. Entretanto, fato é que apenas o artigo 231 previa o grau médio, enquanto para todos os demais delitos havia apenas

²⁸⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 175; BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 140.

²⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 31. Registre-se que “os excessos do positivismo criminológico conduziram a propostas de adoção da *pena indeterminada*, como forma de se atender às exigências da defesa social, como se vê no Projeto de Código Penal para o Reino da Itália, elaborado por comissão presidida por Ferri” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 174-175). Ademais, importa assinalar que o panorama é diverso nos países que adotam o modelo da *common law*, nos quais o sistema de penas indeterminadas prevaleceu até a segunda metade do século XX, quando passaram a adotar o modelo de *sentencing guidelines* ou “diretrizes de sentenças” (CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês**. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 42-45).

²⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. v. 1, p. 431.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 448-449.

²⁹⁰ Artigo 62 do Código Penal de 1890: “Nos casos em que este código não impõe pena determinada e somente fixa o Máximo e o mínimo, considerar-se-hão tres grãos na pena, sendo o grão médio compreendido entre os extremos, com atenção às circunstancias aggravantes e attenuantes, as quaes serão applicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes:[...]”

²⁹¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. Individualização da pena. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 119-138, 2007, p. 123.

graus mínimo e máximo. Por tal razão, considera-se que o artigo 62 era “reminiscência do texto de 1830, inadvertidamente mantido na sua revisão”²⁹².

O Código Penal de 1940 consolidou o sistema de margens penais, dentro das quais o julgador decide a pena aplicável ao caso concreto, a partir dos parâmetros legais, subdivididos em circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição²⁹³. Houve discussão doutrinária entre as posições de Roberto Lyra, que defendia o método bifásico, no qual agravantes e atenuantes eram avaliadas em conjunto com as circunstâncias judiciais na primeira fase, e de Nelson Hungria, defensor do método trifásico: circunstâncias judiciais na primeira, agravantes e atenuantes na segunda e causas de aumento e diminuição na terceira etapa²⁹⁴.

A controvérsia se encerrou com a reforma da Parte Geral do Código Penal, promovida pela Lei nº 7.209/84, atualmente em vigor, que adotou o método trifásico no artigo 68²⁹⁵. Vale ressaltar que se trata do método para o estabelecimento da quantidade de pena, sendo certo que, para alguns crimes, há uma etapa prévia de eleição do tipo de pena aplicável (artigo 59, inciso I, do Código Penal²⁹⁶). Além disso, após a definição do *quantum* (artigo 59, inciso II, do Código Penal), cabe ao juiz a determinação do regime prisional (artigo 59, inciso III, do Código Penal), bem como a decisão quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou multa (artigo 59, inciso IV, do Código Penal) e de suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal²⁹⁷).

Em suma, no modelo adotado pelo Código Penal em vigor, há previsão de margens mínima e máxima da quantidade de pena e um método a ser observado pelo julgador, que, por evidente, também deve obediência aos ditames da Constituição, em especial ao princípio da individualização da pena.

²⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. v. 1, p. 449.

²⁹³ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 146.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 146-147.

²⁹⁵ Artigo 68 do Código Penal: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

²⁹⁶ Artigo 59 do Código Penal: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

²⁹⁷ Artigo 77 do Código Penal: “A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que [...]”

A existência de um método e de um amplo conjunto de fatores a serem considerados pelo julgador na fixação da pena levaram Guilherme de Souza Nucci²⁹⁸ a considerar que, em comparação com a legislação de onze países²⁹⁹, o juiz brasileiro tem menor margem de discricionariedade para estabelecer a sanção. Sobre a liberdade do julgador na dosimetria da pena, o citado autor afirma:

Trata-se de um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, através do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei.

Destarte, nos limites estabelecidos pelo legislador – mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena – elege o magistrado o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculado).³⁰⁰

Ocorre que a previsão de um modelo a ser seguido pelo juiz nem de longe é suficiente para a contenção do arbítrio³⁰¹, não podendo ser ignorada a tradição autoritária presente na aplicação do direito penal no Brasil, ainda atrelada à ideologia da defesa social que inspirou os diplomas penais da década de 1940 e que atualmente é mascarada pelo discurso de proteção da segurança pública³⁰².

Com efeito, o roteiro de aplicação da pena estabelecido no Código Penal é falho e amplia sensivelmente os espaços de discricionariedade do julgador. O enfoque central da análise aqui feita é o artigo 59, *caput*, do Código Penal, cuja importância não se resume ao estabelecimento da pena-base, uma vez que todos os critérios nele previstos devem ser considerados na definição do regime prisional (artigo 33, §3º, do Código Penal³⁰³), e a maior parte deles também deve ser valorada para a avaliação da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por

²⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

²⁹⁹ Itália, Alemanha, França, Espanha, Portugal, Chile, Paraguai, Argentina, Venezuela, Estados Unidos e Inglaterra/País de Gales (*Ibidem*, p. 87).

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 146.

³⁰¹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 286.

³⁰² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 72.

³⁰³ Artigo 33, §3º, do Código Penal: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

restritivas de direitos ou multa (artigo 44, inciso III, do Código Penal³⁰⁴) ou de suspensão condicional da pena (artigo 77, inciso II, do Código Penal³⁰⁵).

Em primeiro lugar, tem-se que o artigo 59, *caput*, do Código Penal, ao determinar que o juiz estabelecerá a pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” indica a adoção da teoria eclética ou unificadora de justificação da pena, que teria, pelo texto legal, finalidades retributivas e preventivas³⁰⁶. A partir dessa premissa, José Henrique Kaster Franco³⁰⁷ afirma que a fixação da pena deve ser orientada de acordo com as finalidades previstas no citado dispositivo legal, ampliando-se a “atividade criadora” do juiz. O citado autor sustenta, por exemplo, que o juiz deve levar em consideração “se o autor modificou um determinado estilo de vida, antes estimulador da prática criminosa e agora pautado pela harmonização social”³⁰⁸.

Em que pese não seja objeto do presente trabalho aprofundar-se na discussão acerca das teorias da pena, cumpre destacar a crítica de Juarez Cirino dos Santos³⁰⁹:

Esse é o discurso oficial da teoria jurídica da pena. Mas o discurso oficial expresso na técnica de aplicação da pena não cancela o conflito entre objetivos declarados e objetivos reais do sistema penal nas sociedades contemporâneas. A prevenção da criminalidade é refutada pela experiência histórica da prisão e a pena criminal se reduz à função de retribuição equivalente medida pelo tempo de supressão da liberdade pessoal.

Importa, neste tópico, relacionar o dever de fundamentação a essa suposta necessidade de vinculação do juiz às finalidades da pena apontadas no artigo 59, *caput*, do Código Penal. Tal posicionamento ocasiona indevido alargamento da discricionariedade judicial no estabelecimento da sanção, em contrariedade a princípios constitucionais, o que pode ser constatado a partir do exame dos fundamentos da decisão.

³⁰⁴ Artigo 44 do Código Penal: “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: [...] III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.”

³⁰⁵ Artigo 77 do Código Penal: “A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: [...] II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.”

³⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 429.

³⁰⁷ FRANCO, José Henrique Kaster. **Funções da pena e individualização**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 116.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 117.

³⁰⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 515.

Quanto à finalidade de reprovação, o princípio da secularização³¹⁰ impede que a aplicação da pena promova juízo de reprovação moral ou ético, devendo restringir-se à responsabilidade pelo crime cometido³¹¹. Assim, é indevida a majoração da pena fundada em valoração negativa do caráter ou da perigosidade do sentenciado³¹².

Em relação à prevenção especial positiva, devem ser rejeitados argumentos que apontem o “desajuste sociomoral do sentenciado”³¹³, tal como ocorre quando se infere dedicação a atividades criminosas do fato de o acusado não ter emprego ou ser usuário de drogas³¹⁴ para negar-lhe a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06³¹⁵.

Já o aspecto negativo da prevenção especial tende a acarretar a violação do princípio da proporcionalidade, na medida em que visa à neutralização do sentenciado³¹⁶.

Ademais, a finalidade preventivo-geral implica na punição do indivíduo com o fim de se evitar que outros pratiquem crimes, instrumentalizando o sentenciado³¹⁷, de modo que o aumento da sanção sob tal pretexto viola a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República), que impede o tratamento do ser humano como um simples meio, como já advertia Immanuel Kant³¹⁸. Nesse sentido, são inidôneas as fundamentações que se baseiam no aumento do número de ocorrências de determinado crime ou na necessidade de “apaziguamento de um suposto alarme social”³¹⁹.

Vê-se, portanto, que as finalidades retributivas e preventivas da pena violam a Constituição, que não acolheu quaisquer das teorias legitimadoras da sanção penal:

³¹⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 246.

³¹¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

³¹² CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250.

³¹³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 129.

³¹⁴ SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 256.

³¹⁵ Artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” (a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” foi suspensa pela Resolução nº 5/2012 do Senado Federal)

³¹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 130.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 124. No mesmo sentido: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 373.

³¹⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 81-82.

³¹⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 126.

Não bastasse a ilegitimidade democrática de cada um dos escopos preconizados (retribuição e prevenção), sua combinação – como faz nosso ordenamento penal – ainda conduz ao arbitrário manejo das normas penais em serviço da habilitação do poder punitivo.

Com razão, portanto, que a Constituição não tenha trazido em si qualquer fator legitimante do retribucionismo ou utilitarismo punitivo – ou da combinação de ambos –, atuando, precisamente em sentido oposto, como instrumento de contenção do poder punitivo e fundamento maior de deslegitimação das finalidades transcendentais emprestadas à pena. Assim é que, em uma nova perspectiva da aplicação da pena, entende-se por constitucionalmente incompatíveis (e não recepcionadas) as finalidades de *reprovação* e *prevenção* do crime, traçadas pelo art. 59 do Código Penal.³²⁰

Ainda com enfoque no artigo 59, *caput*, do Código Penal, verifica-se que outro ponto questionável, e que promove alargamento indevido da liberdade do julgador, é o emprego de termos excessivamente abertos. O conjunto de elementos arrolados no referido dispositivo – culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, comportamento da vítima – são denominados pela doutrina de circunstâncias judiciais, uma vez que “a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente”³²¹.

Cabe pontuar que Salo de Carvalho³²² aponta a impropriedade da expressão “circunstâncias judiciais” para designar aquelas previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, uma vez que também as agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes exigem do julgador atribuição de sentido.

Com isso, é possível afirmar que a primeira etapa a ser cumprida pelo julgador na fundamentação da aplicação da pena, em todas as fases da dosimetria, é definir o conteúdo de cada circunstância por ele valorada³²³.

Ocorre que, em razão de sua vagueza, os termos empregados pelo legislador, ao invés de funcionarem como limites à discricionariedade³²⁴, acabam por ampliar sensivelmente as hipóteses de aumento da pena³²⁵. A rigor, a volatilidade das expressões contidas no artigo 59,

³²⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 132.

³²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 768.

³²² CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 332.

³²³ *Ibidem*, p. 331-332.

³²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 768.

³²⁵ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 330.

caput, do Código Penal, viola o princípio da legalidade, abrindo vasto espaço para arbitrariedades³²⁶. Nesse sentido:

A questão é que se do ponto de vista dogmático penal e processual penal o sistema de aplicação da pena é caracterizado pela produção e proliferação de lacunas, de omissões e de contradições entre as normas que delineiam a forma e o conteúdo da dosimetria; desde o local da criminologia o diagnóstico a que se chega é o de que o resultado concreto deste modelo produz ampliação das hipóteses criminalizadoras, com a potencialização do punitivismo. Se poder é exercício e os seus vazios são rapidamente preenchidos, os espaços em branco (lacunas e omissões) e as zonas cinzentas (dúvida e contradição) presentes no sistema de quantificação de penas, ao invés de projetarem atuação parcimoniosa dos operadores judiciais, baseada na cautela em relação à eventual violação de direitos, geram, ao contrário, condições ideais para incidência desproporcional do *potestas puniendi*.³²⁷

Como exemplo dessa afirmativa, tem-se as seguintes hipóteses de aumento da pena-base no crime de tráfico de drogas identificadas nas sentenças apresentadas por Marcelo Semer³²⁸: em determinados casos, na análise das circunstâncias do crime, a sanção foi elevada porque o crime foi cometido na via pública, na presença de diversas pessoas; em outros, puniu-se mais severamente a ocultação; por fim, também há hipóteses em que se aumentou a pena pela prática do delito na própria residência.

Cumprе registrar, por oportuno, que no tráfico de drogas também devem ser consideradas, na primeira fase da dosimetria, a natureza e a quantidade da substância ou do produto³²⁹, sem que haja na legislação qualquer parâmetro, ao contrário do que ocorre, por exemplo, na Espanha, onde o Código Penal estabelece quatro faixas de acordo com a quantidade de drogas (uma configuradora de fato atípico e as demais com penas escalonadas) e a jurisprudência consolidou o emprego de critérios quantitativos a partir de estatísticas fornecidas por autoridades sanitárias³³⁰.

Ante a imprecisão dos termos empregados na legislação, somente a análise da fundamentação permite verificar se, na definição do conteúdo das circunstâncias judiciais, os

³²⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 73.

³²⁷ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores no sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 168-169.

³²⁸ SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 244-245.

³²⁹ Artigo 42 da Lei nº 11.343/06: “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.”

³³⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283-285.

horizontes possíveis de interpretação foram ultrapassados³³¹; afinal, como afirma Lenio Streck³³², não é possível “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”. Nesse ponto, importante instrumento para a contenção do decisionismo na aplicação da pena é a exigência de integridade e coerência das decisões³³³, imposta pelo artigo 926 do Código de Processo Civil³³⁴. Sobre o tema:

Assim, haverá *coerência* se os mesmo preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da *força normativa* da Constituição. A *coerência* assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário.

[...]

A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas: coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas.

A integridade é antitética ao voluntarismo, ao ativismo e à discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”, como que, fosse o direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso – a morte do personagem – não fosse condição para a construção do capítulo seguinte.³³⁵

Por meio da coerência e da integridade, portanto, procura-se evitar que o exame das circunstâncias judiciais seja meramente subjetivo e dependa da “consciência” do juiz³³⁶, o que é antidemocrático e abre espaço para arbitrariedades. Salo de Carvalho³³⁷ toma como bom exemplo de constrição dos limites interpretativos a construção jurisprudencial quanto aos antecedentes, tendo sido consolidado o entendimento de que, em conformidade com a presunção de inocência garantida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, “é vedada a

³³¹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 334.

³³² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 122.

³³³ CARVALHO, Salo de. Prefácio. In: CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial**: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 19.

³³⁴ Artigo 926 do Código de Processo Civil: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

³³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 101.

³³⁶ *Ibidem*, p. 26.

³³⁷ CARVALHO, Salo de. Prefácio. In: CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial**: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 26.

utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (enunciado da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça).

Para além da necessidade de definição do conteúdo das circunstâncias judiciais, a existência de critérios de avaliação subjetivos – culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos do crime – é questionável.

É certo que há na doutrina quem sustente que a consideração de fatores pessoais do sentenciado para o estabelecimento da sanção é decorrência da imposição constitucional da individualização da pena e não implicaria em um “direito penal do autor”, pois essas circunstâncias subjetivas somente são consideradas na dosimetria, e não para definir a autoria do delito³³⁸.

Entretanto, entende-se que essa posição é contrária ao processo penal constitucional. Primeiramente, porquanto é impróprio invocar garantia constitucional do indivíduo (individualização da pena), destinada à limitação do poder punitivo estatal, para sustentar a possibilidade de aumento da pena por fatores subjetivos do próprio acusado³³⁹.

A individualização da pena exige que a sanção se dê em conformidade com os fatos concretos imputados ao réu, e não em razão de considerações abstratas sobre a gravidade do crime³⁴⁰. Não se trata, portanto, de considerar fatores pessoais do indivíduo, em nada relacionados à imputação que lhe é feita, para apená-lo de maneira mais severa. Ao contrário, as condições pessoais do agente somente podem influenciar para beneficiá-lo, a partir da teoria da culpabilidade, segundo a qual fatores como condição social e econômica precárias podem ser valorados para a atenuação da pena³⁴¹.

Com isso, a censura ao modo de ser (conduta social), à personalidade ou a qualquer aspecto íntimo e subjetivo do sentenciado caracteriza verdadeiro juízo moral, característico do direito penal do autor, de marca inquisitória e que aumenta o arbítrio judicial³⁴².

Não bastasse isso, a circunstância judicial referente à personalidade do agente revela-se ainda mais aberta e imprecisa que as demais. Além da polissemia do termo, que comporta

³³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 175-179.

³³⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 55.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 110.

³⁴¹ LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Culpabilidade e vulnerabilidade: proposta para um novo conceito de culpabilidade penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 155.

³⁴² CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 364-372.

diversas acepções na literatura própria (psiquiatria, psicologia e psicanálise), há também controvérsia acerca dos métodos de avaliação, sendo certo que o juiz, devido a sua formação acadêmica, não é habilitado tecnicamente para avaliar a personalidade do acusado, com quem, em regra, tem breve contato na audiência de instrução³⁴³, não bastando que se valha de seu “bom senso”, como afirma Guilherme de Souza Nucci³⁴⁴. Em consequência, o que se tem são decisões judiciais que “limitam-se a fazer afirmações genéricas do tipo ‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, afirmações que nada dizem tecnicamente, salvo em nível de temperamento em caráter”³⁴⁵, em evidente violação ao dever constitucional de fundamentação das decisões.

Outra questão relevante para a fundamentação da decisão que fixa a pena é a necessidade de se apontar os elementos probatórios que embasam a avaliação dos critérios utilizados para o estabelecimento da sanção³⁴⁶. A dosimetria não é etapa da sentença desconectada da instrução, devendo as provas colhidas no processo servir de fundamento para a definição da pena, incumbindo ao julgador demonstrar empiricamente a incidência das circunstâncias judiciais, mesmo aquelas subjetivas, que não podem decorrer de sua mera impressão pessoal³⁴⁷.

Destaca-se, porém, que no processo acusatório não se admite que o juiz atue de ofício para produzir provas acerca das circunstâncias judiciais, como propõe Guilherme de Souza Nucci³⁴⁸, incumbência essa que recai sobre o órgão acusador, caso pretenda postular o aumento da sanção.

Por fim, o último aspecto relacionado à discricionariedade do julgador para fixar a pena diz respeito à ausência de critérios para a quantificação da pena-base e das agravantes e atenuantes, ao contrário do que ocorre com as causas de aumento e diminuição (embora, quanto a estas, também inexistia previsão legal sobre o fator a ser considerado na eleição do patamar a ser imposto, dentro das margens legalmente estabelecidas).

³⁴³ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 368-370.

³⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 192.

³⁴⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 169.

³⁴⁶ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores no sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 147.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 149.

³⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 313-314.

Como aponta Gabriel Silveira de Queirós Campos³⁴⁹, no Brasil o sistema de aplicação da pena tem “consistência de abordagem ou tratamento”, ou seja, existe um método a ser seguido pelo julgador para o estabelecimento da sanção; entretanto, não há “consistência de resultados”, caracterizada pela “uniformidade de tipo de sentença ou quantidade de pena”, de modo que casos semelhantes podem receber penas díspares, a depender do juiz, do local em que está sendo julgado o réu ou de outros fatores.

Novamente, a fundamentação da decisão revela-se essencial para se aferir as razões pelas quais o juiz elegeu determinada fração de aumento ou diminuição da pena. Igualmente relevante o papel da doutrina e da jurisprudência para desenvolver métodos que, embora não vinculantes, se constituam em diretrizes razoáveis a serem adotadas pelo juiz na quantificação da pena, a fim de que atenda às exigências de coerência e integridade, atingindo a almejada “consistência de resultados”. Não se trata de retomar o modelo de penas fixas, mas sim de racionalizar a atuação judicial, possibilitando maior previsibilidade e consistência na fixação da sanção³⁵⁰.

Por todo o exposto, verifica-se que o método de aplicação da sanção estabelecido no Código Penal confere ao julgador ampla discricionariedade na determinação da pena, por diversos fatores: a questionável adoção da teoria eclética de justificação da pena, o emprego de termos vagos ao elencar as circunstâncias judiciais, a possibilidade de valoração de condições pessoais do sentenciado e o não estabelecimento de critérios quantitativos para a apreciação de cada um dos fatores a serem considerados pelo juiz.

Em consonância com as funções extra e endoprocessuais acima delineadas, tem-se que o dever de fundamentação da decisão judicial que estabelece a pena é verdadeira contrapartida à discricionariedade conferida ao julgado³⁵¹. Exige-se do julgador que sejam expostos os fundamentos tanto em relação à definição do conteúdo das circunstâncias que a lei lhe atribui a valoração quanto no que tange aos critérios empregados para quantificá-las, além da

³⁴⁹ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial**: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 36-37.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 40.

³⁵¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Cálculo de pena e o dever de motivar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 6, abr./jun. 1994, p. 163.

imprescindível indicação dos elementos probatórios considerados na decisão³⁵², tudo isso levando em conta também os argumentos expostos pela acusação e pela defesa³⁵³.

Somente a fundamentação viabiliza o controle da decisão e a minimização do arbítrio³⁵⁴, permitindo que se verifique se seu conteúdo atende aos princípios constitucionais e às regras legais que regulam a aplicação da pena, se a interpretação realizada pelo julgador está no âmbito aceitável de atribuição de sentidos para as circunstâncias judiciais, se a valoração destas encontra respaldo na prova colhida e se a definição da sanção atende aos critérios de integridade e coerência. Essa contenção do subjetivismo, dos espaços de discricionariedade judicial, é exigência do Estado democrático de direito³⁵⁵.

³⁵² CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, 2013, p. 287.

³⁵³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 86.

³⁵⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 282.

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 63.

3 DIREITO DO ACUSADO AO RECURSO NO PROCESSO PENAL

Ao se tratar do direito do acusado ao recurso, faz-se indispensável esclarecimento prévio acerca da nomenclatura adotada. Em linhas gerais, tem-se que a expressão “duplo grau de jurisdição” é alvo de críticas por remeter à existência de mais de uma jurisdição, razão pela qual alguns autores adotam outras terminologias, como “duplo juízo sobre o mérito”³⁵⁶ ou “duplo pronunciamento”³⁵⁷. Por outro lado, há entendimento no sentido de não haver equívoco ao se falar em duplo grau de jurisdição, uma vez que a referência a “graus” se refere a instâncias diferentes, e não à duplicidade da jurisdição³⁵⁸.

Direito ao recurso e duplo grau de jurisdição, a rigor, não são sinônimos. Este segundo pode ser conceituado como um sistema que permite a análise judicial de decisões de mérito por dois juízos sucessivos e diversos³⁵⁹. Nessa linha, o “direito de recorrer” é expressão mais ampla, que engloba o reexame de qualquer decisão, no mesmo processo ou, excepcionalmente, na fase pré-processual³⁶⁰, enquanto o duplo grau de jurisdição se refere exclusivamente à revisão cabível após o esgotamento das funções jurisdicionais de primeira instância³⁶¹. Afirma-se, ainda, que o recurso é instrumento do duplo grau de jurisdição³⁶².

No âmbito dos tratados internacionais, tem-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 8. 2, h³⁶³) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

³⁵⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 112.

³⁵⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 311.

³⁵⁸ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 156.

³⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 44.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 33.

³⁶¹ SANTOS, Marina França. **Fundamentos da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição**. 2011. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 75. Cumpre destacar que no procedimento sumaríssimo a apelação é julgada por turma composta por juízes de primeira instância, conforme prevê o artigo 82 da Lei nº 9.099/95: “Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.”

³⁶² CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 496; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 73; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 34.

³⁶³ Artigo 8.2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos “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.”

(artigo 14.5³⁶⁴) empregam a expressão “direito de recorrer”, enquanto a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 2º do Protocolo nº 7) prevê o “direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal”.

A terminologia adotada nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário justifica a utilização, em regra, do termo “direito ao recurso”. Entretanto, cumpre destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu que o direito previsto no artigo 8.2, *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, exige a previsão de recurso que viabilize o exame integral da decisão condenatória, no âmbito do mesmo processo e incluindo a revisão de questões fáticas e probatórias³⁶⁵, tal como a apelação no ordenamento brasileiro, único recurso em espécie aqui objeto de estudo³⁶⁶. Logo, a definição da Corte Interamericana de Direitos Humanos aproxima o “direito de recorrer” do conceito doutrinário de duplo grau de jurisdição.

Feitas essas observações e considerando que na temática a ser abordada a expressão “duplo grau de jurisdição” é amplamente empregada na doutrina³⁶⁷, justificável o emprego das duas fórmulas ao longo do trabalho.

Inicia-se este capítulo com o estudo dos fundamentos do direito do acusado ao recurso, a partir de breve exposição acerca de seu desenvolvimento histórico. Em seguida, já tomando por base o ordenamento jurídico brasileiro, são tratadas questões atinentes ao *status* (ou posição hierárquica) e ao enquadramento jurídico (ou “natureza jurídica”) do direito do acusado ao recurso.

3.1 Fundamentos do direito do acusado ao recurso

Identificar os fundamentos do direito do acusado ao recurso no processo penal implica investigar sua razão de ser, desvendar os motivos pelos quais o ordenamento deve prever meios

³⁶⁴ Artigo 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “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.”

³⁶⁵ Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (Sentença proferida em 02 de julho de 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.).

³⁶⁶ Item 5.1.

³⁶⁷ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 35; CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 495; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 672.

de impugnação das decisões judiciais. Para tanto, toma-se como ponto de partida uma breve análise acerca das origens dos recursos.

Sem pretender aprofundar em minúcias dos sistemas recursais do passado, cabe o registro da existência de meios de impugnação das decisões nas antigas civilizações egípcia e grega³⁶⁸. Já no direito romano, merece destaque a figura da *provocatio ad populum*, instituída no período da República, por meio da qual era possível recorrer das decisões dos magistrados, cabendo o julgamento ao povo, em assembleia³⁶⁹.

Um marco no desenvolvimento do sistema recursal é a instituição da *appellatio* no Império Romano, espécie de impugnação a ser julgada pelo imperador³⁷⁰. No modelo imperial, o monarca delegava o exercício da jurisdição aos magistrados, mas mantinha consigo a faculdade de reformar as decisões, de modo a exercer controle sobre a atuação dos juízes (o efeito “devolutivo” recebe esse nome porque o poder de julgar era “devolvido” a seu titular por meio do recurso)³⁷¹.

A partir do século XIII, a Inquisição católica retomou esse modelo, incumbindo ao papa a decisão final³⁷², o qual influenciou os Estados monárquicos da Europa continental, que adotaram o sistema inquisitório³⁷³.

Acerca do modelo adotado em Portugal, por exemplo, expõe Jaques de Camargo Penteado³⁷⁴:

Em princípio, o duplo grau não visava garantir o jurisdicionado, mas assegurar ao detentor do poder a dicção do direito em caráter de definitividade, pois lhe convinha enfeixar nas mãos a distribuição de justiça.

Nesse sentido, é bastante ilustrativa a história do sistema recursal português, em que a consolidação do poder real exigia que se contivesse o clero nos limites da esfera

³⁶⁸ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição**: garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 24.

³⁶⁹ HERBEL, Gustavo A. **Derecho del imputado a revisar su condena**. Buenos Aires, Hammurabi, 2013, p. 63-64.

³⁷⁰ CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 497.

³⁷¹ BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 225.

³⁷² PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva do indivíduo**: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017. 251 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 198.

³⁷³ BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 225.

³⁷⁴ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição**: garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 24-25.

eclesiásticas e se coibisse o abuso do senhor local da terra contra o povo e a coroa, ao explorar aquele e opor privilégios em face desta, o que levou à organização judiciária centralizada e à competência do juiz de fora para restringir o campo de atuação do juiz ordinário que operava junto aos poderes locais.

Paralelamente, editavam-se leis gerais que representavam a vontade do rei e, consolidada a sua soberania, definiam-se os seus poderes – dentre eles, o jurisdicional. A retomada dos estudos do direito romano contribuía para essa fixação do poder real, inclusive na área da justiça e, com isso, surgia o duplo exame das causas.

Portanto, sobretudo a partir do modelo inquisitório do direito canônico, os recursos contribuía para a concentração do poder, e não para sua limitação³⁷⁵. Funcionavam, pois, como mecanismo de controle hierárquico-burocrático³⁷⁶.

Após a Revolução Francesa, com a ruptura com o absolutismo, o direito ao recurso passa a ser concebido como o direito ao reexame por juiz ou tribunal hierarquicamente superior³⁷⁷. É com a revolução que é fixado o duplo grau de jurisdição, estabelecendo a possibilidade de cognição da causa por dois órgãos³⁷⁸.

Registre-se, por outro lado, que os revolucionários franceses mantiveram a concepção de recurso como mecanismo de controle: para tanto, como já mencionado³⁷⁹, criaram o *Tribunal de Cassation*, órgão legislativo destinado a controlar as decisões judiciais, a fim de averiguar a compatibilidade destas com as leis revolucionárias³⁸⁰.

Atualmente, a ideia de recurso como meio de controle da atuação do julgador (exercido não mais pelo papa ou pelo monarca, mas por um tribunal superior) ainda encontra adeptos e reflete a permanência da concepção de recurso como instrumento de controle hierárquico-burocrático, própria do sistema inquisitório³⁸¹. Cumpre-se aqui, pois, a tarefa de analisar criticamente os fundamentos dos recursos comumente apresentados por doutrinadores

³⁷⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 43.

³⁷⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. Tomo 1, p. 706.

³⁷⁷ CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 497.

³⁷⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 111.

³⁷⁹ Item 2.1.

³⁸⁰ HERBEL, Gustavo A. **Derecho del imputado a revisar su condena**. Buenos Aires, Hammurabi, 2013, p. 65-66.

³⁸¹ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 19.

nacionais, os quais, ainda atrelados à origem inquisitorial do instituto em estudo, revelam-se inadequados ao modelo de processo penal constitucional.

O “fundamento psicológico” consistiria na necessidade de satisfazer o inato descontentamento do ser humano com a decisão que lhe é contrária³⁸². Trata-se, contudo, de questão meramente subjetiva, insuficiente para justificar a existência do direito ao recurso, que não pode depender de considerações acerca do sentimento do réu sobre a decisão³⁸³.

A falibilidade humana também é invocada como fundamento do direito ao recurso, tomado como meio de possibilitar a correção dos erros do julgador³⁸⁴. Nesse sentido, o julgamento por um tribunal composto por juízes mais experientes e qualificados exerceria uma espécie de “controle de qualidade” sobre a decisão do juízo de primeira instância, o qual, por sua vez, ficaria compelido a atuar com maior zelo a fim de que sua decisão não fosse reformada³⁸⁵. Argumenta-se, também, que a decisão colegiada do órgão recursal, por envolver o debate de ideias entre os julgadores, estaria mais apta a “encontrar a verdade real e aplicar o direito com maior certeza e justiça”³⁸⁶.

Tais argumentos não se sustentam.

De início, cumpre apontar que a falibilidade do julgador como fundamento dos recursos e a ideia de controle a ela inerente relacionam-se às raízes inquisitoriais do direito ao recurso, uma vez que, sendo o cometimento de erros inerente a todo ser humano, todas as decisões deveriam ser submetidas a revisão, em um sistema de reexame necessário³⁸⁷, incompatível com o sistema acusatório.

Tampouco é possível concordar com a ideia de que o controle a ser exercido pelo tribunal competente viabilizaria decisões melhores, tanto em primeiro grau, pela mera

³⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 38. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

³⁸³ PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva do indivíduo**: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017. 251 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 61-62.

³⁸⁴ TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 2, p. 327.

³⁸⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22-23. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

³⁸⁶ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

³⁸⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 47.

possibilidade de vir a ser reformada a decisão, como em segundo grau, pela qualidade e experiência dos componentes dos tribunais e pela colegialidade do julgamento.

O argumento de que os componentes do tribunal são promovidos também por merecimento e, por isso, são mais qualificados³⁸⁸, ignora que há critérios políticos que podem se sobrepor ao mero exame da qualidade do julgador³⁸⁹. Além disso, indemonstrável empiricamente a afirmativa de que os componentes dos tribunais detêm maior conhecimento, tanto porque podem atuar no tribunal em área diversa daquela que estavam habituados em primeiro grau³⁹⁰ como porque a dedicação e a atualização no estudo variam em cada indivíduo³⁹¹.

Tais observações revelam, portanto, que é indemonstrável a alegada maior qualidade dos integrantes do Poder Judiciário que participam dos julgamentos de recursos.

Igualmente, o julgamento por órgão colegiado, por si só, não garante melhoria qualitativa. Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que a efetiva atuação colegiada é quase que fictícia no Brasil, já que, em regra, as decisões são tomadas sem qualquer diálogo prévio entre os julgadores³⁹². Tem-se como exemplo os julgamentos no Supremo Tribunal Federal, nos quais normalmente há preparação individual dos votos pelos ministros antes das sessões, sem efetivo debate que possibilite a construção da decisão em conjunto³⁹³.

Situação semelhante ocorre nos julgamentos de apelações em segunda instância, nos quais o relator apresenta na sessão um voto pronto (portanto, antes mesmo de ouvir eventuais sustentações orais) e os demais apenas o acompanham, sem qualquer problematização³⁹⁴. Nesses moldes, o julgamento colegiado, em vez de viabilizar a “redução dos erros” e promover

³⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance.

Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

³⁸⁹ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição:** garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36.

³⁹⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25.

³⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 44.

³⁹² PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição:** garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36.

³⁹³ ZARONI, Bruno Marzullo. **Deliberação e julgamento colegiado:** uma análise do processo decisório do STF. 2015. 404 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 179.

³⁹⁴ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal:** conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 230.

o “controle de qualidade”, esvazia o próprio direito ao recurso, comprometendo sua efetividade³⁹⁵.

Registre-se que o problema tende a se agravar com a cada vez mais comum realização de “julgamentos virtuais”, efetivados mediante a troca de mensagens eletrônicas³⁹⁶.

Outra questão a se destacar em relação ao julgamento colegiado diz respeito à inobservância da oralidade e da imediação. Para Alberto Binder³⁹⁷, a falta de imediação seria o principal defeito da apelação, uma vez que, enquanto o juiz que conduz a instrução tem contato direto com as provas e com as partes, o julgador do recurso, em regra, não o tem, o que seria fator de piora da qualidade da decisão.

Cumprе salientar que a importância da imediação e da oralidade não decorre da suposta necessidade de o juiz captar e interpretar “elementos não verbais” durante a audiência, o que estimula o decisionismo, tampouco para que possa conduzir a produção da prova, conduta que viola a imparcialidade e o sistema acusatório³⁹⁸. Em verdade, imediação e oralidade relacionam-se ao contraditório e visam a assegurar que o julgador tenha contato com as partes e as provas, a fim de que conheça os argumentos expostos e debatidos diante de si, bem como os elementos relevantes para a decisão a ser tomada³⁹⁹.

E, de fato, o procedimento do julgamento dos recursos no Brasil nem de longe prestigia a imediação e a oralidade. Em estudo empírico sobre o tema, realizado no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Leonardo Costa de Paula e João Gabriel Melo⁴⁰⁰ constataram o quanto aqui se afirma: nos casos acompanhados pelos pesquisadores, não houve reprodução ou produção de provas, não sendo aplicada nem mesmo a insuficiente previsão do artigo 616 do Código de Processo Penal⁴⁰¹. Em pesquisa realizada nas câmaras criminais daquele mesmo

³⁹⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 232-233.

³⁹⁶ COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. Considerações sobre julgamento virtual e ampla defesa. **Consultor Jurídico**. 19 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-19/opiniao-julgamento-virtual-ampla-defesa>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

³⁹⁷ BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 226.

³⁹⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 271.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 272.

⁴⁰⁰ PAULA, Leonardo Costa de; MELO, João Gabriel. Prova nas apelações criminais e inobservância da oralidade em segundo grau: estudo empírico no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ. In: BUENO, Jéssica A. (Coord.). **Desafiando a Inquisição**: propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de Las Americas, 2020. v. IV, p. 103-116.

⁴⁰¹ Artigo 616 do Código de Processo Penal: “No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.”

tribunal, Rubens Casara⁴⁰² constatou, além do exíguo tempo em que os recursos foram julgados (nos casos por ele analisados, o julgamento mais demorado durou três minutos e cinquenta e quatro segundos), a inocorrência de debates entre os julgadores.

Não se trata, porém, de dar razão às propostas de limitação do direito ao recurso às “questões de direito”⁴⁰³. Ao contrário, deve-se buscar soluções para que também no juízo recursal sejam respeitadas todas as garantias do acusado, incluindo a oralidade e a imediação⁴⁰⁴.

As críticas aqui expostas acerca dos fundamentos comumente apresentados pela doutrina – insatisfação do vencido e falibilidade do julgador, atrelada à ideia de “controle de qualidade” pelo órgão competente para julgar a impugnação – demonstram que estes são aspectos subjetivos, de pouco valor científico e de questionável comprovação empírica. Não se prestam, portanto, para justificar a existência do direito em questão.

Com isso não se quer dizer, evidentemente, que os recursos são desprovidos de quaisquer vantagens ou não se prestam a qualquer função. É certo que, por não se tratar de um julgamento inicial, mas sim de uma decisão já submetida ao debate entre as partes, renovado na apresentação de razões e contrarrazões, há vantagem cognitiva em relação à decisão impugnada e possibilidade de depuração de seu conteúdo⁴⁰⁵.

Feitas tais considerações, devem ser rejeitados os fundamentos até aqui criticados, definidos por Ricardo Gloeckner⁴⁰⁶ como “fórmulas vazias e genéricas” ou “fórmulas mágicas”, que ocultam suas feições arbitrárias. Com efeito, a concepção de recurso como mecanismo de “aprimoramento da justiça” por meio da “correção do erro” foi adotada no Código de Processo Penal de 1941 e é absolutamente incompatível com o processo penal constitucional. Sobre o tema:

Não há dúvida de que o sistema desenhado pelo Código de Processo Penal de 1941, no que diz respeito à impugnação objetiva (hipóteses de recurso) e impugnação

⁴⁰² CASARA, Rubens R. R. Pesquisa revela a ilusão do duplo grau de jurisdição. **Consultor Jurídico**. 24 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-24/rubens-casara-pesquisa-revela-ilusao-duplo-grau-jurisdicao>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

⁴⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance.

Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22.

⁴⁰⁴ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal:** conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 276.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 247-248. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 43.

⁴⁰⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral da impugnação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, jul./dez. 2014, p. 191.

subjetiva (legitimados a recorrer) é pensado para ser um modelo de ‘aprimoramento da justiça’. E, não seria exagerado dizer, que o ‘aprimoramento da justiça’ é buscado com vista a dar à acusação uma chance a mais de obter a condenação. Primeiro, porque a legitimação é bilateral: de um lado, acusação e vítima, de outro, o acusado e seu defensor. Ao mais, geralmente, o recurso do acusado estava condicionado a sua prisão, o que era um contrassenso. Para demonstrar que houve erro e ‘aprimorar a justiça’ por meio do recurso, para que o inocente não tivesse que cumprir pena e ser privado da liberdade, ele primeiro deveria ser ‘preso’ para que se pudesse fazer justiça para ele não ser... preso!⁴⁰⁷

O direito ao recurso deve estar em consonância com o fundamento do processo penal no Estado democrático de direito, constituindo-se, pois, em verdadeiro “instrumento de fiscalização democrática” do exercício do poder de julgar⁴⁰⁸. Não se trata mais de viabilizar a correção do erro, mas sim de limitar a discricionariedade judicial e o arbítrio⁴⁰⁹. Passa-se do controle do ato decisório por autoridade superior para a limitação do poder punitivo⁴¹⁰, ou seja, a ideia de controle, própria de um modelo autoritário, é substituída pela ideia de garantia do indivíduo⁴¹¹.

Nesse sentido, o advento de tratados de direitos humanos versando sobre o direito ao recurso modificou a base político-criminal desse instituto, consagrando-o como garantia processual do acusado, e não mais instrumento de controle hierárquico-burocrático⁴¹². Essa evolução faz com que o recurso se descole de suas raízes inquisitoriais e se adapte ao sistema acusatório⁴¹³, ao se configurar como garantia do indivíduo e instrumento de limitação do poder punitivo. Em outras palavras, a concepção de recurso como mecanismo de “aprimoramento da justiça” é substituída pela concepção de garantia do indivíduo e reforço da presunção de inocência⁴¹⁴.

⁴⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 73.

⁴⁰⁸ WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para (re)discussão. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 34-35.

⁴⁰⁹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 46.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 48.

⁴¹¹ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 21-22.

⁴¹² MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. Tomo 1, p. 798-709.

⁴¹³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 208.

⁴¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 72-73.

A partir dessa perspectiva, identifica-se também a dupla conformidade da condenação e a presunção de inocência como fundamentos do direito ao recurso⁴¹⁵.

A dupla conformidade constitui condição processual para a aplicação da pena: apenas após a revisão da decisão condenatória – propiciada pelo exercício do direito ao recurso – e sua confirmação, seguida do trânsito em julgado, ou seja, com a dupla conformidade da condenação, seria possível a execução da sanção penal⁴¹⁶. Nota-se, pois, a íntima relação entre a dupla conformidade e a presunção de inocência, um dos pilares do processo penal constitucional:

A necessidade do duplo grau de jurisdição, propiciando a dupla conformidade em matéria penal, também possui como fundamento da presunção de inocência. Afinal, é ela o pressuposto que exige obrigatoriamente a dupla conformidade como *conditio sine qua non* para aplicação da pena, pois a carga axiológica que possui o estado de inocência não permite um simples afastamento, agindo o duplo grau de jurisdição como um “direito do acusado condenado, sendo um reforço e uma chance a mais de manutenção do estado de inocência”, uma verdadeira “garantia constitucional da presunção de inocência, que assegura que a condenação não seja eficaz antes do trânsito em julgado da condenação penal”.⁴¹⁷

Portanto, o direito do acusado ao recurso não se fundamenta na insatisfação do vencido, na falibilidade humana ou na necessidade de correção de erros, mas sim na limitação do poder punitivo, por intermédio da exigência da dupla conformidade da condenação para a aplicação da pena, funcionando, assim, como reforço da presunção de inocência.

3.2 O status do direito ao recurso no ordenamento brasileiro

O status do direito ao recurso no ordenamento brasileiro é objeto de controvérsia, que decorre da ausência de sua previsão expressa no texto da Constituição da República de 1988. Apenas a Constituição do Império de 1824 previu o duplo grau de jurisdição, assim estabelecendo seu artigo 158: “Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas

⁴¹⁵ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 165.

⁴¹⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. Tomo 1, p. 713; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral da impugnação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, jul./dez. 2014, p. 196-197.

⁴¹⁷ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 166-167.

Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos”. De todo modo, como observa Jaques de Camargo Penteado⁴¹⁸, o dispositivo em questão constava no título “Do Poder Judicial”, e não naquele referente às “Garantias dos Direitos Civis, e Políticos do Cidadãos Brasileiros”.

Para parcela da doutrina, a despeito da omissão da Constituição de 1988, o direito ao recurso é garantia constitucional implícita, extraída da estruturação dos órgãos do Poder Judiciário na Constituição⁴¹⁹. Rubens Casara⁴²⁰ aponta que o duplo grau de jurisdição é inerente ao devido processo legal⁴²¹, bem como relaciona-se ao contraditório e à ampla defesa⁴²² e ao direito à tutela jurisdicional efetiva⁴²³. Rogério Schietti Machado Cruz, por sua vez, sustenta que o caráter constitucional é decorrente da adoção do regime democrático⁴²⁴.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao tratar do tema, tem decidido em sentido oposto. No Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 79.785-7 (Plenário, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 29 de março de 2000), discutiu-se o cabimento de recurso inominado, interposto com força de apelação (ou seja, com a possibilidade de reexame completo da decisão, inclusive matéria probatória), contra decisão condenatória proferida em processo de competência originária de Tribunal de Justiça, o que não tem previsão legal, mas, como alegado pelo impetrante, deveria ser admitido com base no artigo 8.2, *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴²⁵. O Plenário da Corte decidiu que o duplo grau de

⁴¹⁸ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição**: garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 111.

⁴¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance.

Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

⁴²⁰ CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 501-502.

⁴²¹ Artigo 5º, inciso LIV, da Constituição: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁴²² Artigo 5º, inciso LV, da Constituição: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Cumpre registrar, acerca do dispositivo em questão, o alerta de Leonardo Costa de Paula, que conclui, a partir da análise dos debates da Comissão de Redação Final da Assembleia Nacional Constituinte, que os termos “meios e recursos” referem-se exclusivamente à proteção da ampla defesa (PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva do indivíduo**: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017. 251 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 175-176).

⁴²³ Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁴²⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35.

⁴²⁵ Artigo 8.2, *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “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.”

jurisdição não tem *status* de garantia constitucional, de modo que a ausência da previsão de recurso na Constituição da República na hipótese tratada no caso em julgamento implica sua proibição.

Observa-se que, à época da referida decisão, prevalecia no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que tratados internacionais de direitos humanos tinham *status* de lei ordinária. Contudo, nesse ponto, a corte mudou seu posicionamento a partir do julgamento do Recurso Ordinário nº 466.343 (Plenário, relator ministro Cezar Peluso, julgado em 03 de dezembro de 2008), no qual se discutia a possibilidade de prisão de depositário infiel, que é vedada pelo artigo 7.7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴²⁶. Naquela ocasião, decidiu-se que os tratados de direitos humanos não aprovados com o quórum previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição da República⁴²⁷, possuem *status* supralegal, prevalecendo, pois, sobre a legislação infraconstitucional, mas ainda inferior às normas constitucionais.

Entretanto, no que diz respeito ao direito ao recurso, o panorama pouco mudou. No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 601.832 (2ª Turma, relator ministro Joaquim Barbosa, julgado em 17 de março de 2009), no qual também se discutia o cabimento de recurso inominado, com efeitos de apelação, contra decisão condenatória proferida por tribunal de segunda instância em caso de competência originária, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o “duplo grau de jurisdição” não tem natureza absoluta, cedendo a exceções contidas na própria Constituição da República.

O posicionamento se manteve desde então⁴²⁸. O ministro Gilmar Mendes assim o sintetiza em obra acadêmica em coautoria com Paulo Gustavo Gonet Branco⁴²⁹:

Assim, o Supremo Tribunal Federal tem acentuado a não configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição, a não ser naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito, como nas hipóteses em que outorga possibilidade de recurso ordinário ou apelação para instância imediatamente superior

⁴²⁶ Artigo 7.7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

⁴²⁷ Artigo 5º, §3º, da Constituição: “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.”

⁴²⁸ Nesse sentido, confirmando a ausência de *status* constitucional do direito ao recurso: Recurso Extraordinário nº 976.178 (2ª Turma, relator ministro Dias Toffoli, julgado em 09 de dezembro de 2016), Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 140.213 (1ª Turma, relator ministro Luiz Fux, julgado em 02 de junho de 2017) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 167 (Plenário, relator ministro Luiz Fux, julgado em 07 de março de 2018).

⁴²⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 419-420.

(arts. 98, I, 102, II, *b*; 108, II), ou que institui uma estrutura hierarquizada de instâncias jurisdicionais originária e recursal (arts. 118, 122, 125).

[...]

O Supremo Tribunal Federal explicitou orientação em face da cláusula contida no Pacto de San José da Costa Rica. Considerou-se que a Constituição Federal prevalece sobre os tratados internacionais. Assim, nos casos em que a própria Constituição prevê julgamento em instância única, as convenções internacionais não seriam aplicáveis.

O debate, como se nota, envolve a discussão acerca da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e se reveste de especial relevância nas hipóteses de julgamento em instância única em razão de competência definida por prerrogativa de função.

Cumprе reiterar, antes de se prosseguir, que o direito ao recurso é previsto no artigo 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁴³⁰ e no artigo 8.2, *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴³¹, os quais foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, respectivamente, pelos Decretos nº 592/92 e nº 678/92.

Há corrente doutrinária, composta, entre outros, por Flávia Piovesan⁴³², Valério Mazzuoli⁴³³ e André de Carvalho Ramos⁴³⁴, segundo a qual o artigo 5º, §2º, da Constituição, ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, confere estatura constitucional aos direitos previstos em tratados sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Trata-se de interpretação decorrente do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais:

Vale dizer, todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma norma constitucional se

⁴³⁰ Artigo 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “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.”

⁴³¹ Artigo 8.2, *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos “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.”

⁴³² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

⁴³³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

⁴³⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 309.

pode dar interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais. Como observa Canotilho, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais “é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais – no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”. Está-se assim a conferir máxima efetividade aos princípios constitucionais, em especial ao princípio do art. 5º, §2º, ao entender que os direitos constantes dos tratados internacionais passam a integrar o catálogo dos direitos constitucionalmente previstos.⁴³⁵

O dispositivo em questão se caracteriza como “cláusula constitucional aberta”⁴³⁶, que determina a inclusão dos direitos previstos em tratados internacionais sobre direitos humanos no “bloco de constitucionalidade”, que se caracteriza pelo reconhecimento da existência de normas de estatura constitucional não contidas no texto da Constituição⁴³⁷. Além disso, o catálogo de direitos e garantias fundamentais previstos nos tratados internacionais, assim como os dispositivos que tratam da organização do poder político, tem natureza materialmente constitucional⁴³⁸.

A inclusão do §3º no artigo 5º pela Emenda Constitucional nº 45/2004, segundo o qual “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”, em nada altera tal posicionamento. Isso porque a observância do rito previsto no citado dispositivo tão somente confere a “constitucionalização formal” aos tratados⁴³⁹, o que os torna insuscetíveis de denúncia⁴⁴⁰ e capazes de promover reformas no texto constitucional⁴⁴¹, eis que são equiparados às emendas. Aqueles ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 mantêm-se como materialmente constitucionais, por força do artigo 5º, §2º, da Constituição.

⁴³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 111.

⁴³⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 318.

⁴³⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 130.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 139. Registre-se que André de Carvalho Ramos admite a denúncia dos tratados aprovados em conformidade com o rito do artigo 5º, §3º, da Constituição, desde que obedecido esse mesmo rito e observada a proibição de retrocesso, vale dizer, “a impossibilidade de diminuir a proteção já outorgada aos indivíduos, graças à incorporação dos citados tratados ao bloco de constitucionalidade” (RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 309-310).

⁴⁴¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.

Nessa perspectiva, conclui-se que “no processo penal brasileiro, o direito ao recurso contra a sentença condenatória é uma garantia constitucional”⁴⁴².

Trata-se, como exposto, de questão central na discussão acerca do cabimento de recurso contra decisão condenatória proferida em caso de julgamento em instância única em razão de competência definida por foro por prerrogativa de função. Com efeito, em tais hipóteses (estabelecidas nos artigos 29, inciso X⁴⁴³; 96, inciso III⁴⁴⁴; 102, inciso I, alíneas *b* e *c*⁴⁴⁵; 105, inciso I, alínea *a*⁴⁴⁶; e 108, inciso I, alínea *a*⁴⁴⁷), a Constituição não prevê recurso ordinário para tribunal superior.

Em tais casos, ao contrário do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos julgados acima mencionados, é possível invocar o artigo 8.2, *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como o artigo 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, para interpor recurso nos moldes de uma apelação⁴⁴⁸. A uma porque, como visto, são normas materialmente constitucionais que garantem o direito ao recurso contra decisão condenatória.

⁴⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53.

⁴⁴³ Artigo 29 da Constituição: “O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.”

⁴⁴⁴ Artigo 96 da Constituição: “Compete privativamente: [...] III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.”

⁴⁴⁵ Artigo 102 da Constituição: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;”

⁴⁴⁶ Artigo 105 da Constituição: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;”

⁴⁴⁷ Artigo 108 da Constituição: “Compete aos Tribunais Regionais Federais: I - processar e julgar, originariamente: a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;”

⁴⁴⁸ Vinícius Gomes de Vasconcellos sustenta que, nos casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, como não há tribunal superior, o ideal seria que o julgamento fosse realizado por uma turma e o recurso interposto para a outra; note-se, nesse ponto, que a interposição de embargos infringentes (previstos no artigo 333, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) não atende à exigência de amplo reexame da decisão condenatória, em razão de seu alcance limitado às divergências entre os votos e por participarem do julgamento do recurso os ministros que proferiram a decisão recorrida (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 112-113).

Em segundo lugar, pois o artigo 5º, §1º, da Constituição⁴⁴⁹, lhes confere aplicabilidade imediata, dispensando previsão legal infraconstitucional⁴⁵⁰.

Sobre o tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴⁵¹ já decidiu que, ainda que o indivíduo seja julgado originalmente na mais alta corte de um país, lhe deve ser proporcionado o direito ao recurso, com base no artigo 8.2, *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual deve possibilitar o reexame integral da decisão (incluindo “questões de fato” e “de direito”) – não sendo suficientes, portanto, os recursos especial e extraordinário (artigos 102, inciso III⁴⁵², e 105, inciso III⁴⁵³, da Constituição) – e deve ser julgado por tribunal superior ou outro órgão colegiado do mesmo tribunal, desde que composto por julgadores diversos daqueles que primeiro apreciaram o caso⁴⁵⁴.

Paulo Branco e Gilmar Mendes⁴⁵⁵ sustentam a impossibilidade de se aplicar o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil, uma vez que, se a Constituição estabelece as hipóteses de competência originária e não prevê o cabimento de recurso, não seria possível a norma de *status* inferior fazê-lo. Os autores questionam, inclusive, a possibilidade de instituição de recursos por tratados internacionais, ainda que aprovados pelo rito do artigo 5º, §3º, da Constituição:

Seria uma excessiva mitigação do princípio constitucional da soberania permitir-se, por um artifício dogmático de direito fundamental, que tratados e convenções internacionais, embora recepcionados, estabelecessem outros graus de jurisdição não previstos pelo constituinte originário ou pelo constituinte derivado. Tal possibilidade

⁴⁴⁹ Artigo 5º, §1º, da Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁴⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 56.

⁴⁵¹ Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* (Sentença proferida em 17 nov. 2009. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020.) e caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (Sentença proferida em 30 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020.).

⁴⁵² Artigo 102 da Constituição: “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: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

⁴⁵³ Artigo 105 da Constituição: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

⁴⁵⁴ O Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas tem o mesmo posicionamento em relação ao artigo 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, conforme exposto na Observação Geral nº 32.

⁴⁵⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 421-422.

justifica-se apenas como exceção, não como regra. Em outras palavras, apenas na hipótese excepcional da previsão da competência subsidiária do Tribunal Penal Internacional (art. 5º, §4º) é que surge a possibilidade de eventual revisão de decisões proferidas em última ou única instância constitucionalmente disciplinada.⁴⁵⁶

Tal posicionamento, entretanto, não se sustenta. Na linha do que já se expôs, o artigo 5º, §§1º e 2º, da Constituição⁴⁵⁷, confere hierarquia constitucional e aplicabilidade imediata aos tratados internacionais de direitos humanos, os quais são obrigações internacionais contraídas justamente no exercício da soberania pelo Estado⁴⁵⁸ e cuja legitimidade “provém do complexo procedimento de negociação e aprovação dos tratados no plano internacional”⁴⁵⁹.

De se destacar, ainda, que o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (promulgada no âmbito interno pelo Decreto nº 7.030/99) estabelece o princípio da boa-fé, ao prever que “uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

Além disso, em matéria de direitos humanos, a interpretação das normas deve obedecer ao princípio *pro homine*⁴⁶⁰, extraído do artigo 4º, inciso II, da Constituição⁴⁶¹, que determina que “a interpretação normativa seja feita sempre em prol da proteção dada aos indivíduos”⁴⁶². Com isso, na hipótese de conflito entre norma prevista no texto constitucional e outra prevista em tratado internacional de direitos humanos⁴⁶³, deve prevalecer aquela que for mais favorável ao destinatário do direito. Desse modo, a omissão constitucional acerca do cabimento de recurso nos casos acima referidos pode ser suprida pelas previsões da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

⁴⁵⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 422.

⁴⁵⁷ Artigo 5º, §§1º e 2º, da Constituição: “§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁴⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

⁴⁵⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 54.

⁴⁶¹ Artigo 4º, inciso II, da Constituição: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos;”

⁴⁶² RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 136.

⁴⁶³ Gustavo Badaró sustenta que nem sequer há antinomia entre a previsão do direito ao recurso nos tratados internacionais e a Constituição, uma vez que nesta não há norma que proíba a instituição de recurso ou que permita não o instituir (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 55).

Registre-se, ademais, que o mesmo entendimento se aplica aos casos em que o acusado, absolvido em primeira instância, é condenado em segundo grau no julgamento de recurso da acusação. Nessa hipótese, conforme decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Mohamed vs. Argentina*⁴⁶⁴, é cabível recurso que possibilite o reexame integral da decisão, mesmo não havendo previsão na legislação ordinária, uma vez que o direito ao recurso previsto no “Pacto de San José da Costa Rica” se aplica a partir da primeira condenação e não se satisfaz com a apreciação do caso em duas instâncias⁴⁶⁵.

Por todo o exposto, tem-se que o direito ao recurso não apenas possui estatura constitucional, como também apresenta “conteúdo e fundamentos dogmáticos e legislativos independentes”⁴⁶⁶, não sendo mera derivação de outros direitos e garantias.

3.3 Enquadramento jurídico

A doutrina nacional majoritária, ao tratar da “natureza jurídica” dos recursos, concebe-os como “aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa”⁴⁶⁷. Ao tratarem do recurso como prolongamento do direito de ação, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes traçam paralelo entre as condições da ação e as condições para o exercício do direito ao recurso, identificando-as como possibilidade jurídica (previsão legal do recurso), interesse de recorrer (necessidade e adequação) e legitimação – que seria do Ministério Público ou querelante e do réu, de forma autônoma, e seu defensor técnico⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Sentença proferida em 23 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

⁴⁶⁵ No mesmo sentido, acerca do artigo 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Observação Geral nº 32 do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

⁴⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 61.

⁴⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance.

Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30. No mesmo sentido: PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição**: garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 41-42; WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para (re)discussão. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 31.

⁴⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance.

Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64 e 67.

Registre-se a posição isolada de Hélio Tornaghi⁴⁶⁹, segundo o qual o recurso seria uma nova ação dentro do mesmo processo, ao argumento de que o recorrente pode ser diverso do autor da ação (o réu, por exemplo) e que o recurso se baseia em ato processual (decisão recorrida), enquanto a “ação penal” se baseia em fato extraprocessual (o crime).

Por sua vez, Gustavo Badaró⁴⁷⁰ alerta para a inadequação de ambas as posições para a sistemática recursal do processo penal, que admite a interposição de recursos na fase pré-processual, tal como os recursos contra a decisão que relaxa o flagrante ou em face daquela que arbitra a fiança, salientando o autor que, em tais casos, por exemplo, pode não haver processo subsequente, caso o Ministério Público não ofereça a denúncia.

O problema, entretanto, vai além e diz respeito à inaplicabilidade do conceito de ação no processo penal, para o qual foi transplantado pela teoria geral do processo de matriz civilista. Para os adeptos desta, a ação é assim conceituada:

Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.⁴⁷¹

Já a ação penal “é o direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva” surgida com a violação da lei penal⁴⁷².

No âmbito do processo penal, autores como Aury Lopes Júnior⁴⁷³ e Ricardo Gloeckner⁴⁷⁴ propõem a construção de uma “teoria da acusação” em substituição à “teoria da ação”, a partir da crítica da transposição dos conceitos do processo civil para o penal, que aqui se apresenta sinteticamente.

Com efeito, tem-se que, ao contrário do litigante cível, o acusador penal não exerce um direito subjetivo, mas sim o poder de acusar⁴⁷⁵. O objeto do processo penal é a pretensão

⁴⁶⁹ TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 2, p. 330-331.

⁴⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 33.

⁴⁷¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 285.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 293. No mesmo sentido: FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 173.

⁴⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 162-169.

⁴⁷⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Revista Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./jul. 2011, p. 47-61.

⁴⁷⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 164.

acusatória⁴⁷⁶, e não uma pretensão punitiva nascida “da violação efetiva ou aparente da norma penal”, como sustenta a teoria geral do processo⁴⁷⁷, uma vez que o poder de punir é do Estado-juiz⁴⁷⁸. Além disso, a atuação do Ministério Público no processo penal “é função institucional (perpétua, constante, indeclinável) e não pode ser imaginada como direito subjetivo”⁴⁷⁹.

Ademais, quanto à abstração da ação⁴⁸⁰, considera-se que é atenuada pela “conexão instrumental ao caso penal”, vale dizer, a ação necessariamente está ligada a um “fato aparentemente delituoso”, de modo que “existe assim uma limitação e vinculação a uma causa concreta que deve ser demonstrada, ainda que em grau de verossimilhança, ou seja, de *fumus commissi delicti*”⁴⁸¹.

Essas características da ação penal que a distinguem do conceito civilista atendem à necessidade de definição de categoriais próprias do processo penal e do abandono da teoria geral do processo⁴⁸². A elaboração de uma “teoria da acusação” tem impacto, sobretudo, nos requisitos de admissibilidade da acusação (ou “condições da ação”)⁴⁸³, tema que não se desenvolve neste estudo por fugir do escopo aqui proposto.

Mas a questão é igualmente relevante para a definição da legitimidade recursal, uma vez que a adoção do conceito de ação sustenta a concepção de bilateralidade dos recursos⁴⁸⁴, haja vista que, como decorrência de serem estes prolongamentos da ação, natural seria que o Ministério Público (“titular da ação penal”) tivesse legitimidade para recorrer.

⁴⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 268-269.

⁴⁷⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 292.

⁴⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 165.

⁴⁷⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Revista Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./jul. 2011, p. 54.

⁴⁸⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 290.

⁴⁸¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 148-149.

⁴⁸² Item 1.3.

⁴⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 168-169.

⁴⁸⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 160.

Nesse ponto, destaca-se que há corrente doutrinária, na qual se incluem Geraldo Prado⁴⁸⁵, Ricardo Gloeckner⁴⁸⁶ e Tiago Bunning Mendes⁴⁸⁷, que sustenta, a partir do posicionamento de Julio Maier⁴⁸⁸, ser o recurso garantia exclusiva do acusado. Em apertada síntese, além de tratar-se o recurso de direito fundamental de titularidade do imputado, o recurso do acusador contra sentença absolutória colocaria o acusado sob o risco duplo de condenação em virtude dos mesmos fatos pelos quais já foi absolvido, em violação ao princípio do *ne bis in idem*, tal como ocorre no sistema anglo-saxônico, que, no mesmo sentido, veda a *double jeopardy* (múltipla persecução penal quanto aos mesmos fatos)⁴⁸⁹.

Registre-se as posições intermediárias de Rubens Casara⁴⁹⁰ e Vinícius Vasconcellos⁴⁹¹, que admitem a possibilidade de a legislação infraconstitucional estabelecer hipóteses de recursos a serem interpostos pelo acusador, desde que não envolvam análise de mérito ou reexame de provas. Em sentido semelhante, Jaques Penteado⁴⁹² e Gustavo Badaró⁴⁹³ defendem a limitação do recurso do acusador a “questões de direito”, enquanto Fauzi Choukr⁴⁹⁴ estabelece como limite a alegação de nulidades e André Nicolitt⁴⁹⁵, além destas, admite o recurso para majoração da pena. Por sua vez, Leonardo Costa de Paula⁴⁹⁶ concebe o segundo grau de jurisdição como garantia da pessoa, incluindo, pois, a legitimidade da vítima.

A extinção ou a limitação do recurso do acusador, para além de rejeitarem a ideia de recurso como “aspecto do direito de ação”, são posições que se coadunam com o fundamento

⁴⁸⁵ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42.

⁴⁸⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral da impugnação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, jul./dez. 2014, p. 195.

⁴⁸⁷ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 229.

⁴⁸⁸ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. Tomo 1, p. 632-639.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 638-639.

⁴⁹⁰ CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 509.

⁴⁹¹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 94.

⁴⁹² PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição**: garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 175.

⁴⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75.

⁴⁹⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 680.

⁴⁹⁵ NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 921.

⁴⁹⁶ PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva do indivíduo**: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017. 251 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 226.

dos recursos defendido neste trabalho (limitação ao poder punitivo) e com a previsão normativa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que estabelecem o direito ao recurso do acusado, não do acusador (afinal, os tratados de direitos humanos estabelecem direitos dos indivíduos, e não de órgãos estatais, como o Ministério Público). Ademais, cumpre observar que referidas restrições não implicariam violação à “paridade de armas”, uma vez que a posição inferior do indivíduo perante o poder punitivo estatal autoriza a concessão de mecanismos exclusivos àquele⁴⁹⁷.

Feitas tais considerações, rejeitando-se a ideia de mero prolongamento da ação e em consonância com a identificação do fundamento dos recursos como limitação do poder punitivo e de sua previsão em tratados de direitos humanos, tem-se que o recurso é, a um só tempo, direito e garantia fundamental do acusado.

Com efeito, a partir da concepção de garantias como instrumentos de proteção e efetivação de direitos⁴⁹⁸, o recurso caracteriza-se como “direito-garantia”: há o direito de reexame da decisão judicial e, ao mesmo tempo, esse reexame possibilita a proteção de todos os demais direitos integrantes do devido processo penal⁴⁹⁹.

Ademais, sob o prisma do direito positivo, verifica-se que o artigo 8.2, *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos arrola o direito ao recurso como uma das “garantias mínimas” do acusado no processo penal.

Em suma, o recurso é direito-garantia fundamental do acusado, elemento essencial do modelo de processo penal constitucional, destinando-se a promover a limitação do poder punitivo e o reforço da presunção de inocência, mediante o estabelecimento da possibilidade de reexame das decisões condenatórias.

⁴⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 76.

⁴⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 532-533. Em outro sentido, sustentando a inadequação da dicotomia direito e garantia no Estado democrático de direito, afirma-se que, mais do que meros acessórios ou instrumentos dos direitos, “as garantias são elementos do modelo constitucional de processo” (BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 24-29).

⁴⁹⁹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 35. Ingo Sarlet também emprega a terminologia “direito-garantia”, além de se referir ao duplo grau de jurisdição como direito fundamental (SARLET, Ingo. A Convenção de São José da Costa Rica e o direito (e garantia) ao duplo grau de jurisdição. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 2, n. 3, fev. 2012, p. 13-14).

4 A COMPLEMENTAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA

O direito ao recurso e o dever de fundamentação das decisões judiciais são garantias integrantes do processo penal constitucional que se destinam à limitação do poder de punir estatal, mediante a exigência de fundamentação da decisão e a possibilidade de seu questionamento pelo acusado. Como já exposto anteriormente⁵⁰⁰, a interdependência entre recurso e fundamentação é evidenciada pelo fato de a efetividade da impugnação depender da exposição dos fundamentos pelo julgador e, por outro lado, por ser o controle da fundamentação viabilizado pelo recurso.

Entretanto, é corriqueiro o desrespeito à imposição estabelecida no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República. Tanto por razões pragmáticas como pelo autoritarismo arraigado no processo penal brasileiro, constata-se na prática judiciária a “flexibilização do dever de fundamentação”, especialmente no que diz respeito à fixação da pena. Proliferam-se decisões com fundamentação genérica ou que se resumem a repetir o texto de leis, bem como as decisões eivadas de exacerbado subjetivismo, que revelam a opinião do julgador, e não propriamente uma fundamentação apta a atender à exigência constitucional. Essa questão é abordada no tópico inicial, no qual também se busca apontar em que consiste uma decisão não fundamentada e quais as consequências do descumprimento do dever estabelecido na Constituição de 1988.

Como mecanismos destinados a promover o reexame das decisões, os recursos devem viabilizar que acusado demonstre ao órgão julgador da impugnação a inadequação dos fundamentos apresentados na decisão de primeira instância ou mesmo a falta destes. O problema central de que trata o presente trabalho parte, pois, deste cenário: em relação à fixação da pena, seria possível ao órgão competente para julgamento da apelação promover a complementação da fundamentação quando interposto recurso apenas pela defesa?

No presente capítulo, apresenta-se pesquisa feita a partir de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de identificar os atuais posicionamentos dessas cortes acerca do tema.

⁵⁰⁰ Item 2.2.

4.1 O dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais e sua inobservância quanto à fixação da pena

Não obstante o lugar central ocupado pela fundamentação das decisões judiciais no processo penal constitucional, verifica-se na prática judiciária o constante descumprimento do dever imposto pelo artigo 93, inciso IX, da Constituição da República.

Uma das razões é a crescente exigência de produtividade dos juízes, corporificada no estabelecimento de metas pelo Conselho Nacional de Justiça, conforme determinado pelo artigo 103-B, §4º, inciso II, da Constituição⁵⁰¹, que estabelece sua atribuição de zelar pela observância dos princípios da administração pública (artigo 37, *caput*, da Constituição⁵⁰²), entre eles a eficiência, pelo Poder Judiciário.

Na busca pela eficiência, acelera-se o processo penal a pretexto de se atender à garantia constitucional à duração razoável do processo⁵⁰³, que, em verdade, consiste no processo sem dilações indevidas, e não em um processo rápido ou abreviado; assim, o processo que se põe a correr acaba por atropelar direitos e garantias fundamentais⁵⁰⁴, entre elas a fundamentação das decisões. Privilegia-se a quantidade em detrimento da qualidade, como advertem Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira⁵⁰⁵:

[...] vivenciamos uma forte tendência reformista no sentido de sacrificar o aspecto qualitativo da prestação jurisdicional, em favor de uma espécie de aceitação institucional de “flexibilização do dever de fundamentar”: por motivos pragmaticistas – morosidade da justiça, excesso de demandas, falta de serventuários etc. –, criam-se mecanismos de reprodução por atacado de decisões judiciais.

⁵⁰¹ Artigo 103-B, §4º, inciso II, da Constituição: “§4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [...] II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;”

⁵⁰² Artigo 37, *caput*, da Constituição: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

⁵⁰³ Artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁵⁰⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 6.

⁵⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Garantias processuais penais e a jurisprudência do STF: uma abordagem fenomenológico-hermenêutica. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 591.

Nesse contexto, proliferam-se as decisões padronizadas, muitas vezes a partir de iniciativas dos próprios tribunais, que criam “bancos de sentenças”⁵⁰⁶, deixando em segundo plano as peculiaridades de cada processo para atender aos parâmetros de produtividade. Com o beneplácito das cortes superiores, os tribunais de segunda instância têm se valido da fundamentação *per relationem*, consistente na adoção dos fundamentos da decisão recorrida como razões de decidir, sem a apresentação de argumentos próprios do órgão julgador do recurso, em favor de uma suposta economia processual⁵⁰⁷. Há decisões que vão além, adotando como fundamentos as alegações finais do Ministério Público, em clara violação não apenas ao dever de fundamentação, mas também da imparcialidade com que deve atuar o julgador⁵⁰⁸.

Não se pode perder de vista, contudo, que a questão não se resume à suposta tentativa de melhoria da prestação jurisdicional ou ao cumprimento de metas por razões pragmáticas. Como já exposto⁵⁰⁹, a adoção da instrumentalidade do processo em seus aspectos “negativo” (flexibilização das formas) e “positivo” (efetividade no cumprimento dos escopos da jurisdição) traduz-se na concretização de um modelo de processo penal efficientista e utilitarista, centrado na ideia de defesa social, que tem por objetivo o combate ao crime e é marcado pela supressão ou redução de garantias⁵¹⁰. A eficiência, aqui, não é meramente antagônica à morosidade processual, mas, em verdade, relaciona-se à finalidade repressiva atribuída ao processo penal. Óbices que são a esse objetivo, as garantias processuais, entre elas a fundamentação das decisões, são flexibilizadas ou suprimidas.

Nessa mesma linha de pensamento, verifica-se que a promulgação da Constituição de 1988, paradoxalmente, foi seguida do advento da legislação de “emergência” (ou “urgência”). Vale dizer, a “emergência” – que há séculos justifica a expansão do poder punitivo estatal⁵¹¹ e que hoje identifica como inimigo a figura do “bandido” para fomentar o combate à criminalidade⁵¹² – é utilizada como argumento para a aprovação de diversas leis penais e

⁵⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Garantias processuais penais e a jurisprudência do STF: uma abordagem fenomenológico-hermenêutica. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 565-607, 2011, p. 591.

⁵⁰⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 163-166.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 166.

⁵⁰⁹ Item 1.3.

⁵¹⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 298-299.

⁵¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 32-33.

⁵¹² SERRANO, Pedro Estevam. Segurança pública e medida de exceção na democracia. In: PEREIRA, Cláudio José Langroiva (Coord.). **Segurança pública, instituições democráticas e seus elementos históricos, políticos e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 346-348.

processuais penais que restringem direitos e garantias para casos excepcionais, mas que acabam por atingir todo o sistema penal⁵¹³. A “cultura emergencial” é igualmente movida pela lógica da eficiência, da busca de resultados muitas vezes inalcançáveis pelo processo penal⁵¹⁴, mas que servem de pretexto para a minimização das garantias e o fortalecimento do poder punitivo.

Em relação à ausência de fundamentação das decisões relativamente à fixação da pena, tem-se, por exemplo, a Lei nº 8.072/90, que impôs o regime inicial fechado aos crimes hediondos⁵¹⁵, conforme exposto por Fauzi Hassan Choukr⁵¹⁶:

A desnecessidade de motivar o regime inicial de cumprimento no caso dos crimes hediondos faz com que o magistrado perca o salutar hábito (de resto uma obediência à Constituição) de justificar as razões pelas quais o regime inicial é exposto no *decisum*, porque a lei assim não o obriga. Na cultura diária, essa ausência acaba perpassando os limites dos casos hediondos e se projetando para a seara da normalidade.

O desprezo pela fundamentação das decisões é, ademais, marca de um processo autoritário e do sistema inquisitório que lhe é característico, no qual referido dever não passa de um “formalismo incômodo”⁵¹⁷; afinal, aposta-se no protagonismo judicial, na atuação discricionária do julgador, em detrimento do processo democrático e acusatório, centrado no contraditório⁵¹⁸. No mesmo sentido, Fauzi Choukr afirma que “o modelo emergencial contenta-se com a retórica despregada de qualquer dado concreto dos autos, baseando-se em suposições, preconceitos e premonições”⁵¹⁹.

⁵¹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 303; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 768.

⁵¹⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 58.

⁵¹⁵ O artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 111.840/ES (relator ministro Dias Toffoli, julgado em 27 de junho de 2012), ao argumento de que a imposição legislativa do regime inicial fechado aos crimes hediondos fere o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.052.700 (Plenário, relator ministro Edson Fachin, julgado em 03 de novembro de 2017), decidiu-se pela existência de Repercussão Geral do tema, com reafirmação da jurisprudência. Entretanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal é cotidianamente ignorada ou burlada, conforme pesquisa de Marcelo Semer, que revela que houve a imposição de regime fechado em 89,66% das sentenças relativas ao tráfico de drogas no Estado de São Paulo (SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 260-263).

⁵¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 63-64.

⁵¹⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 287.

⁵¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 32.

⁵¹⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 157.

A questão também é abordada por Luigi Ferrajoli⁵²⁰, que destaca a umbilical relação entre o decisionismo processual e o subjetivismo inquisitivo, sustentando ser próprio de um modelo autoritário o amplo espaço conferido à subjetividade do julgador, com a prevalência da “sabedoria dos juízes” sobre as regras do jogo, dos “juízos de valor” sobre os “juízos de fato”.

Vê-se, novamente, clara relação com a instrumentalidade do processo, que aposta no “sentimento de justiça” dos juízes⁵²¹, como já abordado⁵²².

O que se tem, portanto, é a pauperização do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais no processo penal autoritário colocado em prática no Brasil⁵²³. No que diz respeito à fixação da pena, os exemplos são inúmeros.

Um dos principais problemas identificados pela doutrina é o emprego de fundamentação genérica (ou “fórmulas preguiçosas”)⁵²⁴. É esse o caso, por exemplo, de decisões que impõem o regime fechado para o condenado por tráfico de drogas em razão dos “efeitos nefastos” do referido delito ou por este “colocar em risco a sociedade”⁵²⁵. Essa generalização se faz sempre presente na invocação dos inconstitucionais fins de prevenção geral, colocando-se em julgamento a gravidade em abstrato do crime, e não os fatos imputados ao acusado, de modo a justificar o estabelecimento de penas “exemplares” e não individualizadas⁵²⁶.

Igualmente problemática é a consideração da gravidade em abstrato do crime para aumentar a pena ou agravar o regime prisional. Com efeito, a fundamentação não pode estar desconectada dos fatos e das provas colhidas no processo, o que costumeiramente ocorre na avaliação das circunstâncias judiciais subjetivas, sobretudo a “personalidade” e a “conduta social”, que em regra são mesmo indemonstráveis empiricamente e nem sequer deveriam ser valoradas⁵²⁷.

⁵²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46-47.

⁵²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 348.

⁵²² Item 1.3.

⁵²³ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 287.

⁵²⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 81-82.

⁵²⁵ SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 262-263.

⁵²⁶ QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 444.

⁵²⁷ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores no sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 271.

Ressalte-se que a exigência de se atrelar a fundamentação a elementos concretos, devidamente comprovados no processo, não se resume à delimitação do conteúdo das circunstâncias valoradas na pena-base, devendo ser observada em todas as etapas da fixação da pena e, igualmente, na definição do patamar de aumento.

Nesse aspecto específico, confirmando a corriqueira inobservância do artigo 93, inciso IX, da Constituição, os tribunais superiores editaram súmulas sobre o tema. O enunciado nº 443 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que “o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”. Já a Súmula nº 440 do Superior Tribunal de Justiça trata do regime prisional (“Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.”), em sentido semelhante à Súmula nº 718 do Supremo Tribunal Federal (“A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”).

Também desatendem ao dever de fundamentação as decisões que se resumem a transcrever as circunstâncias judiciais do artigo 59, *caput*, do Código Penal⁵²⁸ ou a fazer referência a elementos constitutivos do tipo penal⁵²⁹. Quanto a este último aspecto, cumpre acrescentar que a valoração de elementar do tipo penal para a delimitação da pena configura violação à proibição de dupla incriminação (*ne bis in idem*), uma vez que o referido elemento já fora valorado pelo legislador para a definição da conduta como crime e para estabelecer a pena abstratamente⁵³⁰.

Observe-se que o problema não se limita à mera referência ao texto legal na decisão (como ocorre, por exemplo, quando se aumenta a pena no delito de roubo porque houve “emprego de violência”, elementar do crime previsto no artigo 157, *caput*, do Código Penal⁵³¹), mas também quando elementos inerentes ao crime são valorados na fixação da pena-base. Seguem os exemplos apresentados por Paulo Queiroz⁵³²:

⁵²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 346.

⁵²⁹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 346.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 341.

⁵³¹ Artigo 157, *caput*, do Código Penal: “Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: [...]”

⁵³² QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 442.

Além disso, ao considerar os motivos do crime aptos a agravar a pena, frequentemente são tomadas em consideração motivações inerentes à própria infração penal e, pois, já valoradas por ocasião da tipificação, como v.g., a “libido exacerbada” ou a “falta de pudor” nos crimes sexuais; a “ganância”, a “ambição” ou o “ganho fácil” nos crimes patrimoniais ou tráfico de droga; o desprezo à pessoa humana nos crimes contra a vida etc. [...] Por vezes, ao valorar negativamente as consequências do crime, recorrer-se aos resultados próprios da conduta criminosa, como, em caso de homicídio, dizer-se que “as consequências do crime foram danosas, pois uma vida foi ceifada”, como se fosse possível homicídio consumado sem a morte da vítima.

Cabe registrar, ainda, as críticas de Guilherme de Souza Nucci⁵³³ à por ele denominada “política da pena mínima”, consistente em suposta tendência de se fixar a pena no mínimo legal sem fundamentação⁵³⁴. Para o referido autor⁵³⁵, tal proceder viola, a um só tempo, o dever de fundamentação e a garantia à individualização da pena, devendo ser reconhecida a nulidade da sentença, desde que haja recurso do Ministério Público.

Em consonância com as funções do dever de fundamentação anteriormente expostas, reputa-se correta a alegação de que a decisão não fundamentada padece de nulidade, uma vez que não se resume a um direito do acusado. Entretanto, assim o é por expressa determinação do artigo 93, inciso IX, da Constituição, e não por violação à individualização da pena, eis que, sendo essa garantia voltada à proteção do réu, como já mencionado⁵³⁶, é inadequado invocá-la em prejuízo do acusado que teve a pena estabelecida no patamar mínimo.

Por outro lado, há de se apontar a existência de pesquisas em sentido contrário⁵³⁷, rejeitando a tese de que há predomínio das decisões que não elevam a sanção. Sobre o tema:

⁵³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 309-310.

⁵³⁴ A pesquisa a que se refere o citado autor foi realizada em 2002 na Vara de Execuções Criminais da Comarca de São Paulo/SP, segundo a qual 64,7% das decisões analisadas fixaram a pena no mínimo legal e, destas, 67,9% não continham fundamentação (NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 379-399).

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 344-345. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 799.

⁵³⁶ Item 2.3.

⁵³⁷ Pesquisa coordenada por Salo de Carvalho teve como objeto decisões dos tribunais superiores e chegou ao seguinte resultado: “Em termos gerais, a quantificação das penas definitivas em relação à pena mínima ficou representada da seguinte forma: (a) pena aplicada aquém do mínimo (8,47%); (b) pena aplicada no mínimo (10,16%); (c) pena aplicada acima do mínimo (68,36%); (d) sem referência (12,99%)” (CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores no sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 125) Já a pesquisa de Marcelo Semer, voltada especificamente para o tráfico de drogas, assim concluiu: “Embora exista um certo senso comum de que o juiz brasileiro sempre opta pela pena mínima, pelo menos em relação ao tráfico de drogas, a pesquisa não o revela – pouco mais da metade dos condenados (52,68%) receberam a pena-base no mínimo legal” (SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 243).

Corroborando a constatação de que o sistema penal é um fato de poder, tem-se verificado, ultimamente, fortes críticas à denominada “política da pena mínima”, postura discursiva que tende a atrair a pena privativa de liberdade ao seu mínimo legal, sobretudo para efeito de construção da pena-base. Tais críticas, no entanto, escondem e acompanham a real tendência de incremento da intervenção punitiva estatal a partir de aplicações de penas-base inadvertidamente elevadas, fundadas não no fato, mas na pessoa do acusado, em completa subversão dos preceitos constitucionais penais. Verifica-se ainda, na prática, a fixação de pena-base acima do mínimo legal, tanto sem motivação suficiente, quanto alicerçada em aspectos subsumidos no próprio tipo penal, a réus em cujo favor deveriam militar as garantias desenhadas na legislação pátria.⁵³⁸

Feitas tais considerações, cumpre apresentar os requisitos para se considerar fundamentada uma decisão e as consequências da falta de fundamentação quanto ao estabelecimento da pena.

O artigo 93, inciso IX, da Constituição é claro ao estabelecer que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. A primeira questão que se coloca, pois, é a definição do que é uma decisão não fundamentada, passível de ser anulada. Além disso, quando a falta de fundamentação atinge apenas a fixação da pena, discute-se a extensão da nulidade, bem como suas consequências.

Para além dos casos em que se verifica a absoluta omissão pelo julgador quanto aos fundamentos da decisão, há situações em que se emprega mera “aparência de motivação”, que devem, igualmente, ser sancionadas com a nulidade⁵³⁹. Nesse sentido:

Sem pretender exaurir as hipóteses em que a motivação é apenas *aparente* (o que equivale a dizer *inexistente*, pois falta, na realidade, um documento com função justificativa), basta lembrar as fórmulas pré-fabricadas, em que o juiz reproduz afirmações genéricas e vazias de conteúdo, que podem ser aplicadas indiscriminadamente a uma série de situações, independentemente da efetiva análise dos elementos concretos que se apresentam no caso decidido (o *modulo di stampa* referido na literatura italiana), ou as bem conhecidas motivações *tautológicas* ou que envolvem uma *petição de princípio*, muito comuns nos provimentos cautelares, nas quais são apresentadas falaciosamente, como se fossem razões, as próprias palavras do legislador – nesses casos, como mostrou Tornaghi, o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar.⁵⁴⁰

⁵³⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 262-263.

⁵³⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 152-153.

Também se equipara à falta de fundamentação a inobservância da dialeticidade, vale dizer, a não apreciação de todas as alegações e provas apresentadas pelas partes, em desobediência, pois, ao contraditório⁵⁴¹. Outrossim, são inválidas as decisões em que há incongruência entre a fundamentação e o dispositivo ou mesmo entre fundamentos apresentados na mesma sentença⁵⁴².

A Lei nº 13.964/19 trouxe inegável avanço ao incluir no artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, os requisitos para se considerar fundamentada a decisão, seguindo o exemplo da previsão do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015.

Art. 315. [...]

§2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Como se nota, os exemplos acima apresentados em relação à fixação da pena – utilização de termos genéricos, valoração da gravidade em abstrato do delito, repetição do texto legal e consideração de elementos inerentes ao crime – não atendem aos requisitos estabelecidos no Código de Processo Penal e, portanto, caracterizam descumprimento do dever imposto pelo artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, sendo, pois, nulas as decisões que se utilizam desses artifícios na fundamentação.

Quanto à extensão da nulidade, há julgados do Supremo Tribunal Federal reconhecendo que a ausência de fundamentação quanto à determinação da pena não macula toda a decisão,

⁵⁴¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 154.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 159.

como noticiam Márcio Bártoli e Mariangela Lopes⁵⁴³. Para esses autores⁵⁴⁴, tal entendimento é de todo prejudicial ao acusado, uma vez que possibilita que este seja mantido condenado e preso, sem que tenha sanção estabelecida. Concluem, pois, que a sentença é indivisível, de modo que a nulidade na fixação da pena macula toda a decisão⁵⁴⁵.

Maria Lúcia Karam⁵⁴⁶, por sua vez, entende que a invalidade se estende a toda a decisão quando falta fundamentação em relação ao *quantum* da pena, mas, por economia processual, sustenta ser possível manter íntegra a decisão se a omissão se referir ao regime prisional e à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, hipótese em que o juízo da execução poderia complementar a sentença. Entretanto, aqui, reputa-se tal posição como insustentável, diante não apenas do descumprimento do dever constitucional de fundamentação, que não comporta flexibilizações, mas essencialmente por violar a lógica do sistema de recursos no processo penal, excluindo a questão da apreciação dos órgãos competentes para julgar as impugnações cabíveis.

Parece mais acertado, pois, que a nulidade se estenda a toda a decisão, não se restringindo ao capítulo relativo ao estabelecimento da sanção⁵⁴⁷.

Entretanto, a questão que se coloca como essencial para o presente estudo diz respeito a como “remediar” a ausência de fundamentação no tocante à fixação da pena⁵⁴⁸. A partir da jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha, Bernardo Feijoo Sánchez⁵⁴⁹ apresenta três possibilidades. Na primeira hipótese, a anulação por falta de fundamentação seria obrigatória, cabendo ao juízo inferior proferir nova decisão; no segundo caso, o próprio órgão julgador do recurso poderia complementar a decisão não fundamentada; e, por fim, a última opção consiste

⁵⁴³ BÁRTOLI, Márcio Orlando; LOPES, Mariangela. Impossibilidade de anulação parcial da sentença penal condenatória diante de vício na fixação da pena. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 15, n. 179, out. 2007, p. 15.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁴⁶ KARAM, Maria Lúcia. Fixação da pena: nulidade parcial da sentença. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jan./jun. 2005, p. 108-109.

⁵⁴⁷ BÁRTOLI, Márcio Orlando; LOPES, Mariangela. Impossibilidade de anulação parcial da sentença penal condenatória diante de vício na fixação da pena. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 15, n. 179, out. 2007, p. 15. No mesmo sentido: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 79; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 180.

⁵⁴⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 80.

⁵⁴⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho: el debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. **InDret – Revista para el análisis del Derecho**, Barcelona, n. 1, jan. 2007, p. 4.

em reconhecer a nulidade, mas, no julgamento da impugnação, aplicar a pena mais benéfica possível ao acusado.

Na doutrina pátria, há autores que defendem que a nulidade da sentença acarreta a necessidade de refazimento do ato pelo juízo que a proferiu:

No caso de a fundamentação do *quantum* da pena, porém, não se tem apenas uma omissão suprável a partir de decisão e fundamentos já expostos na sentença, tendo-se sim, um pronunciamento decisório inadequadamente realizado, por inobservância das normas que consagram o dever de motivação, a irremediavelmente contaminar a sentença e exigir a declaração de sua nulidade, para que seja aquela, necessariamente substituída por outra e não simplesmente complementada, não havendo possibilidade de complementação onde deve haver exame do mérito ou de algum de seus aspectos.⁵⁵⁰

Ocorre que, a despeito dos eventuais benefícios que possa a nulidade da sentença trazer para o acusado, tais como o decurso do prazo prescricional ou a colocação em liberdade⁵⁵¹, fato é que é pouco crível que o juízo sentenciante, ao proferir nova decisão, o faça de modo a beneficiar o réu; vale dizer, a tendência é que apenas sane a nulidade constatada, inserindo a fundamentação omitida na primeira decisão. Assim, estaria o dever de fundamentação das decisões funcionando como contragarantia, em prejuízo do réu, que passaria a ter contra si uma sentença devidamente fundamentada. Tal posicionamento deriva do “princípio da progressividade” de que trata Ricardo Gloeckner⁵⁵², segundo o qual “a declaração de nulidade não pode conduzir o acusado a uma situação de desvantagem processual inexistente no momento da realização do ato defeituoso”. Muito embora o referido autor se refira ao refazimento da instrução, o princípio é plenamente aplicável à questão em discussão, eis que o retorno do processo para a prolação de nova sentença, sem vícios, por certo causa prejuízos ao acusado, sobretudo no manejo de novas impugnações.

⁵⁵⁰ KARAM, Maria Lúcia. Fixação da pena: nulidade parcial da sentença. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jan./jun. 2005, p. 109-110. No mesmo sentido: BÁRTOLI, Márcio Orlando; LOPES, Mariangela. Impossibilidade de anulação parcial da sentença penal condenatória diante de vício na fixação da pena. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 15, n. 179, out. 2007, p. 15.

⁵⁵¹ BÁRTOLI, Márcio Orlando; LOPES, Mariangela. Impossibilidade de anulação parcial da sentença penal condenatória diante de vício na fixação da pena. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 15, n. 179, out. 2007, p. 15.

⁵⁵² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 404-405.

Nesse sentido, outra parcela da doutrina sustenta que, quando verificada a falta de fundamentação na fixação da pena, a decisão não deve necessariamente ser anulada, devendo ser estabelecida no julgamento do recurso a sanção mais favorável ao réu⁵⁵³.

Há, como exposto, uma terceira via, que consiste no objeto central do presente trabalho: a possibilidade de o órgão julgador do recurso “sanar” a ausência de fundamentação. No próximo tópico, apresenta-se pesquisa acerca dos atuais posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de complementação da fundamentação relativa à fixação da pena no julgamento de apelação, quando apenas a defesa recorre da decisão de primeira instância.

4.2 Panorama do tema nos tribunais superiores

Inicialmente, faz-se necessário apresentar alguns esclarecimentos acerca da metodologia empregada para a coleta das informações⁵⁵⁴.

A pesquisa foi realizada entre os meses de maio e julho de 2021, mediante o uso das ferramentas de pesquisa de jurisprudência disponíveis nos portais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal na internet⁵⁵⁵. Estabeleceu-se como limite temporal a data de início da pesquisa (7 de maio de 2021), uma vez que decisões supervenientes poderiam

⁵⁵³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 168. No mesmo sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais. **Direito e Democracia**: Revista do Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Luterana do Brasil, Canoas, v. 6, n. 1, 2005, p. 223; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 80. Ricardo Gloeckner apresenta solução idêntica ao tratar do reconhecimento de nulidades quando há possibilidade de se absolver o acusado: “O princípio da escusa absolutória permite afirmar que estará o órgão jurisdicional encarregado do exame sobre a conveniência da declaração judicial de nulidade obrigado à constatação, prévia, sobre a possibilidade de absolvição do acusado. Em outras palavras, tão somente se admitirá uma declaração de nulidade a não ser que inexistam elementos suficientes para se declarar a absolvição do réu. Em caso contrário, quando for possível extraírem-se elementos suficientes para se apurar a improcedência da tese acusatória, deve o magistrado, mesmo diante de caso de nulidade, deixar de reconhecê-la e prolatar a decisão de mérito absolutória. Esse princípio nada mais é senão uma derivação de um princípio constitucional que regula o direito fundamental à liberdade. De acordo com Perez Luño, como critério de orientação hermenêutica, deve prevalecer, nas relações entre poder público e particulares, a interpretação *pro libertate*. Trata-se do princípio *in dubio pro libertate*, que permitirá a consolidação do princípio da escusa absolutória em matéria de nulidades. O constitucionalista espanhol inclusive irá ainda mais longe. O *in dubio pro libertate* não se restringe aos casos em que exista dúvida acerca da solução ou interpretação a ser dada ao caso concreto. Trata-se de um parâmetro em que deve ser levado em consideração um mecanismo de maximização dos direitos fundamentais considerados *in totum*” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 401-402).

⁵⁵⁴ FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (Coord.). **Metodologia da pesquisa em direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 99-128 e 241-251.

⁵⁵⁵ Respectivamente: <<http://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Inicio>> e <<http://portal.stf.jus.br/>>.

comprometer a sistematização dos dados. Por outro lado, em que pese não se tenha como objetivo traçar todo o histórico dos posicionamentos dos referidos tribunais sobre o tema, não se impôs data inicial ao recorte, a fim de possibilitar a identificação mais ampla dos diversos entendimentos eventualmente constantes das decisões⁵⁵⁶.

Optou-se por pesquisar apenas as decisões de órgãos colegiados (5ª e 6ª Turmas e 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Plenário e 1ª e 2ª Turmas do Supremo Tribunal Federal⁵⁵⁷), não apenas para limitar o volume de decisões, mas para possibilitar a verificação do entendimento dos tribunais como um todo, e não os posicionamentos individuais de cada ministro – embora, como se vê adiante, a análise das mudanças de entendimento dos componentes dos colegiados e dos votos vencidos tenha sido relevante.

Quanto às palavras-chave, foram empregadas combinações das expressões “recurso exclusivo da defesa” ou “apelação exclusiva da defesa” com “fundamentação” ou “fundamento”, em consonância com a questão central da pesquisa. Além disso, excluiu-se o termo “prisão”, a fim de evitar a inclusão de julgados que tratam das prisões cautelares, não relacionados ao tema.

Também foram retiradas da análise decisões que tratavam da inovação em matéria probatória, bem como julgados relacionados a temas como possibilidade de *ementatio libelli*, aumento de pena no julgamento de recurso exclusivo da defesa, correção de erro material e processos de execução, todos alheios ao objeto da pesquisa.

A partir dos resultados encontrados, foram identificadas diversas decisões que, muito embora não tratassem diretamente da questão colocada em discussão, com ela se relacionam, de modo que se fez necessário o estudo também destas, a fim de apresentar as diferenças de cada caso e melhor poder delimitar o problema que se propôs a investigar. Vale dizer, além da questão central da inovação da fundamentação na fixação da pena, incluíram-se decisões que tratam da possibilidade de inserir, em julgamento de apelação exclusiva da defesa, circunstâncias judiciais, agravantes ou causas de aumento não negativadas na sentença, ainda que mantida inalterada ou reduzida a pena.

⁵⁵⁶ Registre-se, de todo modo, que a decisão mais antiga relacionada ao tema encontrada na pesquisa foi proferida em 28 de agosto de 2008, em relação ao Superior Tribunal de Justiça (HC nº 115.450), e em 29 de abril de 2008, quanto ao Supremo Tribunal Federal (HC nº 93.778).

⁵⁵⁷ Oportuno anotar que nenhuma decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal foi encontrada na pesquisa.

Utilizados esses filtros, restaram 411 decisões do Superior Tribunal de Justiça e 73 do Supremo Tribunal Federal⁵⁵⁸. Passa-se, pois, a apresentar a análise destas.

4.2.1 Superior Tribunal de Justiça

Querendo a defesa questionar a pena estabelecida no julgamento da apelação (ressalvados os casos de cabimento de embargos de declaração⁵⁵⁹ ou embargos infringentes⁵⁶⁰), a hipótese será de interposição de recurso especial (REsp) perante o Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, inciso III, da Constituição da República⁵⁶¹) quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência (alínea a) ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (alínea c). Também é cabível a impetração de *habeas corpus* (HC), seja em substituição ao recurso especial cabível, seja porque a decisão combatida coloca em risco ou restringe ilegalmente a liberdade de locomoção do paciente (artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição⁵⁶²), como ocorre nas hipóteses em que é impugnada a pena privativa de liberdade.

Com isso, a totalidade das decisões analisadas na pesquisa foi proferida no julgamento de tais meios de impugnação ou nos recursos a eles relacionados, como o agravo contra decisão denegatória de recurso especial⁵⁶³ (AREsp) e o agravo regimental (AgRg) contra decisão

⁵⁵⁸ As pesquisas com os termos “fundamentação e ‘recurso exclusivo da defesa’ não prisão”, “fundamento e ‘recurso exclusivo da defesa’ não prisão”, “fundamento e ‘apelação exclusiva da defesa’ não prisão” e “fundamentação e ‘apelação exclusiva da defesa’ não prisão” no portal do Superior Tribunal de Justiça apresentaram, respectivamente, 334, 170, 24 e 23 acórdãos; no Supremo Tribunal Federal, as mesmas palavras-chave resultaram, respectivamente, em 78, 107, 11 e 23 decisões.

⁵⁵⁹ Artigo 619 do Código de Processo Penal: “Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.”

⁵⁶⁰ Artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal: “Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.”

⁵⁶¹ Artigo 105, inciso III, da Constituição: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

⁵⁶² Artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”

⁵⁶³ Artigo 1.042 do Código de Processo Civil: “Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.”

monocrática de ministro do Superior Tribunal de Justiça⁵⁶⁴ (tanto em sede de *habeas corpus* como de recurso especial), de competência das turmas.

Feitas tais observações, passa-se a apresentar os conteúdos das decisões, que revelam que até 2014 as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça tinham posicionamentos distintos.

Para a 5ª Turma, o efeito devolutivo amplo da apelação permite ao órgão julgador inovar na fundamentação, podendo “se valer de todos os fatos e circunstâncias trazidos na sentença condenatória, ainda que não considerados para justificar o *quantum* da pena”, mesmo em recurso exclusivo da defesa e desde que não haja aumento da pena (trecho do voto da relatora ministra Mariza Maynard no HC nº 248.731/SP, julgado em 07 de março de 2013).

No caso citado, o juízo sentenciante havia aplicado a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06⁵⁶⁵, no patamar de um terço (acima do mínimo, portanto), ao argumento de que havia estabelecimento de ensino próximo ao local onde foi cometido o crime de tráfico de drogas, sem apontar especificidades do caso concreto; no julgamento da apelação, o Tribunal de Justiça “esclareceu os fatos considerados na sentença condenatória”, como afirmou a ministra relatora, justificando o aumento acima do mínimo legal com novo argumento, qual seja, de que havia seis escolas próximas ao local dos fatos.

Outro exemplo desse entendimento é a hipótese em que o tribunal de segunda instância complementa a sentença, inserindo “fundamentação concreta para justificar o acréscimo de 3/8, em razão das duas majorantes do delito de roubo”, tendo decidido a 5ª Turma que “o juízo *ad quem* não está vinculado aos fundamentos adotados pelo juízo *a quo*, somente sendo obstado no que diz respeito ao agravamento da pena, inadmissível em face de recurso apenas da Defesa” (trechos do voto da relatora ministra Laurita Vaz no HC nº 236.180/RS, julgado em 03 de setembro de 2013).

No mesmo sentido, em caso em que houve inovação da fundamentação para manter o aumento da pena-base, assim se decidiu:

⁵⁶⁴ Artigo 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: “A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus*, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.”

⁵⁶⁵ Artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06: “As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;”

O efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal, quando instado a se manifestar sobre algum critério da dosimetria, analisar as circunstâncias judiciais e rever todos os termos da individualização da pena definidos na sentença condenatória, com nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que ocorreu o delito, mesmo em recurso unicamente da defesa, sem que incorra necessariamente em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do apenado.⁵⁶⁶

O mesmo posicionamento mantém-se desde então, sendo adotado em decisões mais recentes, como no AgRg no HC nº 581.845/SC (5ª Turma, relator ministro Ribeiro Dantas, julgado em 09 de março de 2021), no qual se decidiu que:

[...] sob o aspecto da extensão e da profundidade do efeito devolutivo na apelação, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da “*reformatio in pejus*”, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu.⁵⁶⁷

Ademais, também quanto ao regime prisional admite-se que o tribunal agregue novos fundamentos para manter o que fora estabelecido na sentença (AgRg no AREsp nº 1.769.653/PR, 5ª Turma, relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 23 de fevereiro de 2021).

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, tinha posicionamento no sentido oposto, sustentando que a complementação da fundamentação em recurso exclusivo da defesa, ainda que inalterada a pena, configura *reformatio in pejus*.

Nessa linha, o princípio da *ne reformatio in pejus* não se limitaria a impedir o aumento da pena quando apenas a defesa recorre, como estabelece o artigo 617 do Código de Processo Penal⁵⁶⁸, sendo mais amplo e vedando, também, “qualquer alteração do disposto na sentença em prejuízo do réu” (trecho da ementa do HC nº 251.947/RJ, 6ª Turma, relatora ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 18 de abril de 2013). Além disso, conforme salientou a ministra Maria Thereza de Assis Moura em voto proferido no julgamento do HC nº 247.080/SP, em 09 de abril de 2013, não se pode “promover achegas ao primitivo *decisum*, inovando, sob

⁵⁶⁶ Trecho da ementa do AgRg no HC nº 251.057/ES (5ª Turma, relator ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 05 de fevereiro de 2013).

⁵⁶⁷ Trecho do voto do relator ministro Ribeiro Dantas no AgRg no HC nº 581.845/SC (5ª Turma, julgado em 09 de março 2021).

⁵⁶⁸ Artigo 617 do Código de Processo Penal: “O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

risco de se incorrer em indevida supressão de instância, sobretudo em sede de recurso exclusivo da defesa”.

Como exemplos desse entendimento, tem-se que o tribunal não poderia acrescentar elementos concretos para justificar o patamar de aplicação das causas de aumento do crime de roubo, quando na sentença se empregou apenas critérios matemáticos (HC nº 98.238/SP, 6ª Turma, relatora ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 02 de fevereiro de 2010), ou para fundamentar a manutenção do regime fechado, se a decisão de primeiro grau se valeu apenas da gravidade em abstrato do crime para o impor (HC nº 258.935/RJ, 6ª Turma, relator ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 17 de setembro de 2013).

Em setembro de 2014, entretanto, o ministro Rogério Schietti Cruz mudou seu posicionamento, alterando a maioria formada na 6ª Turma. Com isso, no HC nº 275.110/SP (julgado em 04 de setembro de 2014), o posicionamento até então prevalente restou vencido, ficando restrito aos votos da ministra Maria Thereza de Assis Moura e do ministro Sebastião Reis Júnior. Convém transcrever trecho do voto da ministra, que bem sintetiza seu entendimento:

A meu ver, não é possível que o Tribunal de origem, ao julgar apelação exclusiva da Defesa, agregue fundamentos não apontados na sentença de primeiro grau, com o fim de validar decisão carente de motivação.

A justificativa apresentada pelo Juízo de primeiro grau vincula a decisão. A não ser que a acusação também recorra, não cabe à Corte de origem manter a conclusão do provimento primevo embasado em fundamentos anteriormente não expostos. Essa me parece a interpretação mais consentânea do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Ao agregar fundamentação inexistente, penso que se está a violar, indiretamente, a vedação de *reformatio in pejus*. Isso porque uma decisão ou sentença desmotivada autoriza sua anulação, para que outra seja proferida, ou ainda possibilita a desconstituição dos seus efeitos, tal como uma prisão cautelar ou um acréscimo de pena. Na medida em que se admite que o Tribunal de origem insira novos motivos a justificar aquele título, é evidente o prejuízo sofrido pela Defesa, em recurso interposto em seu favor.

O voto do relator ministro Rogério Schietti Cruz, não apenas por representar a mudança de posicionamento da 6ª Turma, mas também pela ampla abordagem do tema, merece detalhada análise⁵⁶⁹.

No caso em julgamento, o juízo sentenciante havia imposto o regime prisional fechado a acusado de tráfico de drogas, ao argumento de que se trata de “crime grave” e que “serve para

⁵⁶⁹ Os trechos entre aspas a seguir destacados foram transcritos do voto do ministro relator no citado julgamento.

financiar o cometimento de outras práticas delitivas”, muito embora a pena fixada (cinco anos de reclusão), permitisse o regime semiaberto (artigo 33, §2º, alínea b, do Código Penal⁵⁷⁰). Vê-se, pois, que foram utilizados argumentos genéricos, não relacionados aos fatos imputados ao sentenciado, desatendendo-se ao dever de fundamentação.

Ao julgar a apelação, o Tribunal de Justiça manteve o regime fechado, acrescentando que foi apreendida “vultuosa quantidade de entorpecentes” (quase dez quilogramas de maconha).

Segundo o ministro relator, o princípio da *ne reformatio in pejus* deriva da regra do *favor rei* e consiste na vedação da piora da situação do acusado quando apenas ele recorre. Tratar-se-ia, pois, “de opção de política criminal do processo penal praticado hodiernamente, mais voltado à proteção do inocente do que à punição do acusado” e que tem por função impedir o esvaziamento do direito ao recurso, na medida em que o réu pode exercer livremente esse direito sem temer o agravamento de sua “situação penal e processual”. O ministro salienta, ainda, que “a regra proibitiva de reforma para pior da sentença decorre do princípio acusatório e seus consectários lógicos”.

Entretanto, o ministro afirma que a alegada proibição de complementação da fundamentação no julgamento de recurso exclusivo da defesa não se insere no âmbito de proteção do princípio da *ne reformatio in pejus*. Ressalvando a vedação de inovação em julgamento de *habeas corpus*, posicionamento já pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o ministro Rogério Schietti Cruz destaca:

Não há impedimento a que, sem agravamento da situação penal do réu, o tribunal a quem se devolveu o conhecimento da causa, por força de recurso (apelação ou recurso em sentido estrito) manejado tão somente pela defesa, possa emitir sua própria e mais apurada fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e dialeticamente debatidas no juízo *a quo*, objeto da sentença impugnada no recurso.

Para o ministro, a proibição de *reformatio in pejus* não impede que “o tribunal, para dizer o direito – exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria”. Nesse sentido, tratando especificamente da individualização da pena, o efeito devolutivo amplo da apelação permitiria que o órgão julgador se valesse de “outros

⁵⁷⁰ Artigo 33, §2º, alínea b, do Código Penal: “§2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: [...] b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;”

fundamentos em relação à sentença impugnada, não para prejudicar o recorrente, mas para manter-lhe a reprimenda imposta no juízo singular, sob mais qualificada motivação”.

Enfim, segue a conclusão contida no voto em estudo:

À vista dessas ponderações e com lastro nos inúmeros precedentes citados, tanto desta Corte Superior quanto do Supremo Tribunal Federal, não vejo por que invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, inciso IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apreço – melhor explicita as circunstâncias judiciais, reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitado o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

Portanto, a partir da mudança de entendimento do ministro Rogério Schietti Cruz, a 6ª Turma passou a adotar o mesmo posicionamento da 5ª Turma. Registre-se que a ministra Maria Thereza de Assis Moura, a princípio, manteve-se como voto vencido (como no HC nº 304.886/SP, 6ª Turma, julgado em 24 de fevereiro de 2015), mas posteriormente passou a acompanhar a maioria, fazendo a ressalva de seu entendimento pessoal (por exemplo, no HC nº 316.833/MS, 6ª Turma, julgado em 28 de abril de 2015).

Nesse sentido, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, na única decisão proferida por esse órgão colegiado encontrada nesta pesquisa, não admitiu embargos de divergência que versava sobre o tema ora em análise, justamente por inexistir divergência atual entre os posicionamentos da 5ª e da 6ª Turmas, concluindo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que "pode a Corte Estadual adotar fundamentos distintos dos utilizados pelo Magistrado para fundamentar sua decisão, ainda que em recurso exclusivo da defesa, desde que não se piore a situação do condenado" (trecho da ementa do AgRg nos EREsp nº 1.279.507/SP, 3ª Seção, julgado em 14 de abril de 2021).

De fato, a pesquisa realizada confirma o quanto decidido pela 3ª Seção, uma vez que a análise da ementa de 359 julgados posteriores à mudança de entendimento do ministro Rogério Schietti Cruz (ocorrida em 04 de setembro de 2014) aponta que em apenas 3 casos a 6ª Turma decidiu contrariamente ao seu novo posicionamento⁵⁷¹.

⁵⁷¹ No HC nº 300.176/RS (relator ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 21 de outubro 2014), constou na ementa que “Em recurso exclusivo da defesa, não pode o acórdão agregar novos fundamentos prejudiciais ao réu, sob pena de incorrer em *reformatio in pejus*”, enquanto no HC nº 312.053/SP (relatora ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 09 de junho de 2015), decidiu-se que “é vedado que o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da Defesa, agregue novos fundamentos para justificar o regime mais gravoso.” Já no HC nº 256.172/SP

Algumas situações peculiares, entretanto, devem ser registradas.

Em primeiro lugar, é possível concluir que o Superior Tribunal de Justiça admite a inovação na fundamentação apenas no julgamento de apelação – justamente, como visto, em razão do amplo efeito devolutivo desta –, e não nos casos de *habeas corpus* e recurso especial, como decidido, por exemplo, no AgRg no HC nº 265.118/RS (6ª Turma, relator ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 07 de fevereiro 2017) e no AgRg no REsp nº 1.827.810/DF (6ª Turma, relator ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 22 de outubro de 2019), respectivamente.

Além disso, há hipóteses relacionadas ao tema em estudo nas quais as duas turmas divergem atualmente.

A 6ª Turma não admite que, no julgamento de recurso exclusivo da defesa, o tribunal valore negativamente circunstância judicial considerada favorável na sentença⁵⁷². Trata-se de entendimento também constante do já citado HC nº 275.110/SP, no qual, muito embora o caso concreto não versasse sobre esse tema, o relator ministro Rogério Schietti Cruz afirmou em seu voto que a *reformatio in pejus* não impede apenas a piora na pena final, devendo ser respeitada em cada capítulo da sentença (ou cada etapa da dosimetria da pena).

Na 5ª Turma, porém, o posicionamento mais recente é no sentido de que, mantida inalterada a pena final, não há ilegalidade em se acrescentar circunstância judicial desfavorável no julgamento de apelação exclusiva da defesa⁵⁷³.

Importante notar que há decisões anteriores da 5ª Turma, com a mesma composição⁵⁷⁴, mas no sentido contrário, como no AgRg no REsp nº 1.712.665/RS (julgado em 27 de fevereiro de 2018, relator ministro Felix Fischer), no qual se decidiu que:

(relatora ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 06 de novembro de 2014), o voto do ministro Rogério Schietti Cruz restou vencido porque houve empate, hipótese em que prevalece o entendimento mais favorável ao paciente. Registre-se, por oportuno, que há diversos casos em que, mesmo admitindo a complementação da fundamentação em recurso exclusivo da defesa, o Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem por concluir que os novos fundamentos inseridos pelo tribunal no julgamento da apelação eram inidôneos. Tem-se como exemplo o HC nº 302.488/SP (6ª Turma, relator ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 20 de novembro 2014), impetrado por este autor no exercício da função de defensor público do estado de São Paulo e cuja decisão foi publicada no Informativo de Jurisprudência nº 553 do Superior Tribunal de Justiça em 11 de fevereiro de 2015, o que serviu como fator de motivação para realizar o presente trabalho, sobretudo pela solidez dos argumentos constantes do voto do ministro relator, idênticos àqueles já tratados acima.

⁵⁷² Como exemplo: REsp nº 1.850.687/PA, relator ministro Nefi Cordeiro, julgado em 02 de junho de 2020.

⁵⁷³ Nesse sentido: AgRg no AREsp nº 1.632.311/ES, relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 13 de abril de 2020.

⁵⁷⁴ Qual seja, ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik.

[...] não obstante este Tribunal considere ser possível, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa, a revisão dos fundamentos apresentados na dosimetria da pena, desde que não modificada a quantidade de sanção imposta em primeiro grau, sem que tal procedimento caracterize indevida *reformatio in pejus*, também é certo que tal posicionamento não autoriza que a Corte estadual reconheça como negativa circunstância judicial não negativada na sentença de primeiro grau, sob pena de grave violação ao princípio do contraditório, dada a impossibilidade de debate prévio sobre aquela vetorial em momento anterior ao acórdão recorrido.

O citado julgado, embora não reflita a posição mais recente da 5ª Turma, merece destaque por fazer referência ao princípio do contraditório, o que é objeto de análise mais ampla no capítulo subsequente⁵⁷⁵.

A despeito dessa divergência, ambas as turmas têm decidido ser possível a “troca” de circunstâncias judiciais negativas. No AgRg no AREsp nº 1.763.108/PR (relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 09 de março de 2021), a 5ª Turma decidiu que, em virtude do efeito devolutivo da apelação, “não há nenhuma vedação legal quanto à possibilidade de reenviar as condenações – originalmente utilizadas para negar a conduta social e a personalidade do agente – para o vetor dos maus antecedentes” (trecho da ementa). Com o mesmo argumento, no AgRg no AREsp nº 1.303.801/RS (julgado em 23 de abril de 2019, relator ministro Nefi Cordeiro), a 6ª Turma decidiu que, desde que não se agrave a pena final, “admite-se, ainda que em recurso exclusivo da defesa, que o Tribunal promova o deslocamento dos fundamentos de uma circunstância judicial, já valorada negativamente na sentença, para outra” (trecho da ementa).

Na mesma linha, há decisões permitindo que o tribunal, reconhecendo que condenação anterior não configura a reincidência, afaste essa agravante, mas valore negativamente a mesma condenação a título de maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria (AgRg nos EDcl no HC nº 577.354/SC, 6ª Turma, relator ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 18 de agosto de 2020).

Importante destacar que nessas hipóteses não há propriamente inovação da fundamentação, mas sim deslocamento do mesmo fundamento empregado para negar uma circunstância judicial para outra ao qual aquele melhor se amolde.

Já em relação à obrigatoriedade de redução da pena quando se afasta no julgamento da apelação circunstância judicial negativada na sentença, há divergência entre as turmas. Para a 5ª Turma, conforme decidido no AgRg no HC nº 581.845/SC (relator ministro Ribeiro Dantas,

⁵⁷⁵ Item 5.2.

julgado em 09 de março de 2021), não incorre em *reformatio in pejus* a decisão que, mesmo afastando circunstância judicial considerada desfavorável na sentença, mantenha inalterado o aumento da pena-base com base nas outras circunstâncias negativadas na decisão recorrida. Por sua vez, a 6ª Turma entende que se em julgamento de recurso exclusivo da defesa for afastada circunstância judicial negativada, “a pena-base deverá necessariamente ser reduzida, ao invés de se manter inalterada, pois proceder de maneira diversa implicaria o agravamento do *quantum* anteriormente atribuído a cada vetorial” (trecho da ementa do AgRg no REsp nº 1.840.188/PA, relatora ministra Laurita Vaz, julgado em 19 de maio de 2020).

Pelo exposto, conclui-se que o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de admitir que, em decorrência do efeito devolutivo da apelação, possa o tribunal acrescentar fundamentos ou substituir a fundamentação da decisão de primeiro grau no tocante à fixação da pena, mesmo quando apenas a defesa recorre e desde que não aumentada a pena final (com a ressalva de que a 6ª Turma não admite o acréscimo de circunstâncias judiciais não negativadas, mas apenas a “troca” ou reclassificação destas).

4.2.2 Supremo Tribunal Federal

Quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal encontradas na pesquisa, observou-se, inicialmente, que o volume de acórdãos analisados foi significativamente menor em relação ao Superior Tribunal de Justiça – menos de um quinto, como detalhado acima. Além disso, não se identificou no Supremo Tribunal Federal a mesma uniformidade de entendimento verificada no Superior Tribunal de Justiça, em que houve mais de três centenas de decisões no mesmo sentido, na linha do quanto exposto no tópico anterior. Portanto, seguindo a proposta de apresentar o entendimento atual das cortes superiores, analisam-se aqui as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em estudo.

Antes de dar prosseguimento, cumpre registrar que 71 das 73 decisões encontradas na pesquisa foram proferidas em julgamento de *habeas corpus* ou recurso ordinário em *habeas corpus*⁵⁷⁶, ambos em face de decisão denegatória da ordem proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, e nos respectivos agravos regimentais cabíveis contra decisão monocrática de ministro

⁵⁷⁶ Artigo 102, inciso II, alínea *a*, da Constituição: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;”

do Supremo Tribunal Federal⁵⁷⁷. Nas duas decisões proferidas em sede de recurso extraordinário observa-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo não cabimento deste em questões relativas à dosimetria da pena, uma vez que haveria ofensa reflexa à Constituição, demandando-se exame prévio da legislação infraconstitucional. Nesse sentido, por exemplo, o quanto decidido no ARE 971.036 nº AgR (2ª Turma, relator ministro Dias Toffoli, julgado em 02 de maio de 2017), no qual o impetrante alegou que, ao inovar na fundamentação em recurso exclusivo da defesa, o tribunal de segundo grau teria incorrido em violação ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. No mesmo sentido, o entendimento da 1ª Turma no AI nº 822.184 AgR (relatora ministra Rosa Weber, julgado em 03 de abril de 2012).

Feitas tais considerações, tem-se que em recentes decisões as duas turmas do Supremo Tribunal Federal seguiram o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, sustentando que o efeito devolutivo da apelação permite que o tribunal, ao julgá-la, inove na fundamentação, ainda que em recurso exclusivo da defesa, não implicando tal proceder em *reformatio in pejus* se não houver aumento da pena final.

Exemplificando tal posicionamento, há decisão da 1ª Turma em caso no qual houve incremento de fundamentos para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (HC nº 188.540 AgR, relator ministro Roberto Barroso, julgado em 22 de setembro de 2020). O mesmo entendimento foi adotado pela 2ª Turma no julgamento do HC nº 188.538 AgR (relator ministro Edson Fachin, julgado em 08 de abril de 2021), no qual alegou-se que houve *reformatio in pejus* qualitativa, consistente na inserção de novos fundamentos no julgamento da apelação defensiva para manter o aumento da pena-base. Em seu voto, o ministro relator concluiu que “nada impede que o Tribunal de origem, partindo de circunstâncias fáticas já reconhecidas na sentença condenatória, apresente novos argumentos para justificar a valoração negativa das circunstâncias judiciais ora sopesadas”, afirmando, ainda, que, para alcançar conclusão distinta, “seria indispensável subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória”⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ Artigo 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte.”

⁵⁷⁸ Registre-se que, além das duas decisões apresentadas como exemplos, proferidas em 2020 e 2021, há julgados anteriores no mesmo sentido, tais como: HC nº 101.917 (1ª Turma, relatora ministra Cármen Lúcia, julgado em 31 de agosto de 2010), HC nº 120.252 (2ª Turma, relatora ministra Cármen Lúcia, julgado em 25 de março de 2014), RHC nº 118.658 (1ª Turma, relator ministro Luiz Fux, julgado em 13 de maio de 2014), HC nº 137.528 (2ª Turma, relator ministro Dias Toffoli, julgado em 13 de junho de 2017), HC nº 144.031 AgR (1ª Turma, relator ministro Alexandre de Moraes, julgado em 01 de dezembro de 2017), RHC nº 161.516 AgR (2ª Turma, relatora

Ocorre que esse entendimento não é adotado em todas as hipóteses em que há inovação no julgamento de recurso exclusivo da defesa. No HC nº 193.816 AgR (2ª Turma, relatora ministra Cármen Lúcia, julgado em 21 de dezembro de 2020), questionou-se a possibilidade de o tribunal, para manter a negativa de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06⁵⁷⁹, acrescentar circunstância fática não mencionada na sentença (quantidade de drogas apreendida). Invocando decisões anteriores do próprio Supremo Tribunal Federal, a relatora ministra Cármen Lúcia sustentou que o tribunal paulista e o Superior Tribunal de Justiça seriam impedidos de “inovar a fundamentação da sentença em sede de apelação defensiva e *habeas corpus* para acrescentar novos fundamentos ao decreto condenatório, sob pena de incorrer em indevida *reformatio in pejus*”.

Nesse ponto, importante apresentar julgado anterior sobre o mesmo tema, em que houve divergência entre os ministros integrantes da 1ª Turma (RHC nº 117.756, redator para o acórdão ministro Luiz Fux, julgado em 22 de setembro de 2015). Para o ministro Luiz Fux, o princípio da *ne reformatio in pejus* impediria que se agravasse a situação do réu quando apenas ele recorresse, independentemente de haver aumento da pena. É o que ocorreu no caso em tela, em que, no julgamento da apelação, o tribunal afastou a reincidência, mas, ao invés de aplicar a causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 (que havia sido negada em primeiro grau apenas em razão da citada agravante), apresentou novos argumentos para manter sua não incidência. Em que pese ter sido acompanhado pelo ministro Marco Aurélio, esse posicionamento restou vencido⁵⁸⁰.

Prevaleceu, naquela ocasião, a posição da ministra Rosa Weber, valendo transcrever trecho de seu voto:

Não se desconhece o aforisma *tantum devolutum quanto appellatum*, a indicar que a matéria a ser conhecida em segundo grau está limitada ao teor da impugnação do recorrente. Isso porque a parte sucumbente pode se conformar com fração do julgado e pretender submeter ao órgão *ad quem* apenas daquela da qual discordou.

Tal princípio é corolário do princípio da inércia da jurisdição (*nemo procedat iudex ex officio*). Consabido que o recurso nada mais é do que o prolongamento do exercício

ministra Cármen Lúcia, julgado em 06 de agosto de 2019) e HC nº 158.705 AgR (2ª Turma, relator ministro Celso de Mello, julgado em 04 de maio de 2020).

⁵⁷⁹ Artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” (a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” foi suspensa pela Resolução nº 5/2012 do Senado Federal).

⁵⁸⁰ Importante anotar que a tese dos referidos ministros restou vencida, mas a ordem de *habeas corpus* foi concedida por outras razões.

do direito de ação, se ao Judiciário não é permitido dar provimentos de ofício, os Tribunais igualmente não podem conhecer de temas não veiculados no recurso.

Entretanto, assim como o juiz de primeiro grau, ao apreciar as causas que lhe são submetidas, não está vinculado aos argumentos jurídicos trazidos pela parte, mas apenas aos fatos apresentados e provados, podendo, com argumentos jurídicos diversos, exercer a jurisdição, da mesma forma o Tribunal de Apelação pode, dentro do tema devolvido pelo recurso, aplicar livremente o direito. Trata-se de expressão do *iura novit curia*.⁵⁸¹

Concluiu a ministra que, no recurso da defesa quanto à dosimetria da pena, “ao Tribunal de Apelação é devolvido o tema dosimetria em toda sua profundidade, não estando o órgão julgador *ad quem* vinculado aos argumentos jurídicos manejados em primeiro grau”. O ministro Luís Roberto Barroso, acompanhando esse entendimento, salientou em seu voto que “pensar de modo diferente significaria impor ao órgão acusatório o dever de sempre recorrer da sentença condenatória de primeiro grau, mesmo que ‘satisfeito’ com o *quantum* da pena imposta”.

Já em outro caso no qual houve acréscimo de fundamentação para manter o regime prisional fechado, fixado na sentença tão somente pela alegada hediondez do crime de tráfico de drogas, a 2ª Turma (por maioria, vencida a relatora ministra Cármen Lúcia), decidiu que, em recurso exclusivo da defesa, “descabe à instância superior reconhecer circunstância judicial negativa não valorada na sentença para o fim de justificar a manutenção de regime inicial de cumprimento de pena, sob pena de *reformatio in pejus*” (trecho da ementa do HC nº 185.787 AgR, redator do acórdão ministro Edson Fachin, julgado em 15 de setembro de 2020).

O voto do ministro Edson Fachin vai além da mera referência à vedação da reforma para pior, tratando também da violação ao devido processo legal. Segue:

No mais, assinalo que o proceder da Corte de origem também afronta o princípio da não surpresa, decorrência do devido processo legal previsto no art. 5º, LIV, CF. Isso porque uma das partes processuais, no caso, a Defesa, viu-se surpreendida com relação à qualificação de jurídica de fato considerada somente em Segundo Grau de Jurisdição e sobre a qual ela não teve oportunidade de exercer o contraditório prévio e a defesa plena.

Cumprе ressaltar, ademais, que a possibilidade de aplicação de circunstância judicial não reconhecida na sentença é objeto de posições divergentes entre as turmas do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que ocorre no Superior Tribunal de Justiça.

⁵⁸¹ Destaques constantes do original.

No RHC nº 126.763 (redator para o acórdão ministro Gilmar Mendes, julgado em 01 de setembro de 2015), a 2ª Turma, por maioria, decidiu que “a pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo ser consideradas outras circunstâncias, além da quantidade final de pena imposta, para verificação de existência de *reformatio in pejus*” (trecho da ementa). Sobre o tema, afirmou o ministro Gilmar Mendes em seu voto:

Nesse viés, tem-se em mente que, em decorrência do princípio devolutivo, o recurso interposto devolve ao tribunal somente o conhecimento da matéria impugnada, nos termos da expressão *tantum devolutum quantum appellatum*. Então, como aceitar que o tribunal reconheça – e os agregue à decisão e à condenação – elementos que envolvem a infração penal, que venham em desfavor do réu, quando estamos em face de apelação exclusiva da defesa? Tal proceder vai de encontro a toda a lógica recursal vigente.

Traçando-se um paralelo sem muito apuro, tão somente para evidenciar a esterilidade de tal pretensão, o próprio processo civil, que não é revestido das mesmas garantias do processo penal e trata de interesses privados, não permite a ofensa à preclusão que aqui se pretende franquear, ferindo, também, a lógica devolutiva.

Cabe o registro de trecho do voto vencido do ministro Dias Toffoli, segundo o qual, a prevalecer o entendimento acima transcrito, “haveria uma Corte colegiada completamente tolhida em seu poder de analisar todo o contexto dos fatos e o enquadramento jurídico que sobre eles recai, enquanto o juiz da primeira instância teria muito mais poder”.

Por outro lado, a 1ª Turma, também por maioria (vencido o ministro Marco Aurélio), decidiu que “que a *reformatio in pejus* se mede pelo resultado, e não pelo fundamento” (trecho do voto do ministro Luís Roberto Barroso, redator para o acórdão no HC nº 141.114, julgado em 06 de novembro de 2018).

5 RELEITURA DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO À LUZ DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

A pesquisa exposta no capítulo anterior revela que, ao tratarem do tema objeto do presente trabalho, as cortes superiores invocam, principalmente, argumentos relacionados ao efeito devolutivo da apelação e à proibição de *reformatio in pejus*, os quais são objeto de exame neste capítulo final.

A proposta é analisar os fundamentos invocados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, a partir das bases teóricas até aqui desenvolvidas acerca do dever de fundamentação das decisões judiciais e do direito do acusado ao recurso, assim como à luz dos novos contornos do contraditório, garantia central do processo penal constitucional, no Estado democrático de direito.

5.1 Efeitos da apelação

No ordenamento brasileiro, o recurso de apelação é considerado o “meio de impugnação ordinário por excelência”⁵⁸². Entre as hipóteses legais de cabimento da apelação⁵⁸³, interessa para o presente estudo especificamente aquela interposta contra sentença condenatória proferida por juiz singular (artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal). Em tal hipótese de cabimento, a apelação é classificada como recurso de “fundamentação livre” (o recorrente pode invocar qualquer matéria)⁵⁸⁴ e possibilita o reexame integral da sentença recorrida.

A apelação é dotada de efeitos extensivo, suspensivo e devolutivo.

⁵⁸² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1015.

⁵⁸³ Artigo 593 do Código de Processo Penal: “Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular; II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior; III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.” Artigo 416 do Código de Processo Penal: “Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação.” Os artigos 76, §5º, e 82 da Lei nº 9.099/95 preveem, respectivamente, o cabimento de apelação contra decisão que homologa a transação penal e que rejeita a denúncia ou queixa.

⁵⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 36.

O primeiro, em síntese, consiste na extensão dos efeitos benéficos do julgamento da apelação a todos os corréus, nas condições do artigo 580 do Código de Processo Penal⁵⁸⁵. Há parcela da doutrina que não o reconhece como efeito autônomo, mas sim “extensão subjetiva dos efeitos propriamente ditos”⁵⁸⁶.

Em relação ao efeito suspensivo, tem-se que a mera possibilidade de interposição de apelação já suspende a eficácia da decisão recorrida, que deixa de produzir seus efeitos imediatamente, de modo que o recurso tão somente prolonga a ineficácia da sentença até seu julgamento⁵⁸⁷. Relaciona-se, portanto, à exigência de dupla conformidade para aplicação da pena⁵⁸⁸. A apelação contra sentença absolutória, por outro lado, não tem efeito suspensivo⁵⁸⁹.

Cumprir registrar que, na redação original do Código de Processo Penal, a apelação não era dotada de efeito suspensivo, uma vez que aquele que respondia ao processo preso permaneceria nessa condição se recorresse, e o acusado solto, em regra, deveria recolher-se à prisão para que o recurso fosse admitido. Os artigos 393, inciso I⁵⁹⁰, e 594 do Código de Processo Penal⁵⁹¹, que tratavam do tema, somente foram revogados, respectivamente, pelas Leis nº 12.403/11 e 11.719/08, a despeito de serem flagrantemente inconstitucionais por desrespeito à presunção de inocência e ao dever de fundamentação das decisões judiciais⁵⁹². Tais circunstâncias confirmam, pois, duas características de nosso sistema processual penal⁵⁹³:

⁵⁸⁵ Artigo 580 do Código de Processo Penal: “No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.”

⁵⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance.

Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 51. No mesmo sentido: PACELLI, Eugênio.

Curso de Processo Penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 767.

⁵⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance.

Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

⁵⁸⁸ Item 3.1.

⁵⁸⁹ Artigo 596 do Código de Processo Penal: “A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade.” Registre-se que a redação original do dispositivo estabelecia exceção a essa regra: o indivíduo acusado de crime punido com pena de reclusão máxima igual ou superior a oito anos deveria aguardar preso o recurso contra a decisão absolutória.

⁵⁹⁰ Artigo 393 do Código de Processo Penal (redação original): “São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;”

⁵⁹¹ Artigo 594 do Código de Processo Penal (redação original): “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.”

⁵⁹² Em consonância com a previsão constitucional, a Lei nº 12.736/12 incluiu o §1º no artigo 387 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.”

⁵⁹³ Item 1.3.

o autoritarismo do Código de 1941 e a lentidão das reformas legislativas destinadas a compatibilizá-lo com a Constituição de 1988.

A questão central tratada na pesquisa diz respeito ao efeito devolutivo da apelação, eis que este é o principal argumento invocado pelos tribunais superiores para permitir que os tribunais de segunda instância, ao julgarem apelação interposta apenas pela defesa contra decisão condenatória, complementem a fundamentação adotada em primeiro grau⁵⁹⁴. Cumpre-se, pois, apresentar o efeito devolutivo tal como tradicionalmente abordado pela doutrina nacional.

A nomenclatura “efeito devolutivo” remete às origens do direito ao recurso. Os recursos foram inicialmente concebidos como instrumentos de controle hierárquico-burocrático, por meio do qual o poder de decisão era “devolvido” ao soberano, que delegava seu exercício a órgãos inferiores⁵⁹⁵. Ante a inadequação do termo “devolutivo” com a atual configuração do Poder Judiciário, encontra-se na doutrina proposta de substituição da nomenclatura por outras expressões, como “efeito atributivo”⁵⁹⁶ – afinal, o recurso atribui o conhecimento da causa ao tribunal pela primeira vez –, “efeito de envio” ou “efeito de distribuição”⁵⁹⁷.

O efeito devolutivo se refere tanto à extensão quanto à profundidade do recurso.

A expressão latina *tantum devolutum quantum appellatum* sintetiza a delimitação do efeito devolutivo quanto à sua extensão⁵⁹⁸: no plano horizontal, o recorrente define a matéria impugnada⁵⁹⁹, restringindo, pois, quais capítulos da sentença devem ser objeto de reexame pelo tribunal⁶⁰⁰. Em outras palavras, apenas aqueles pontos que forem questionados na apelação poderão ser apreciados pelo órgão julgador do recurso.

Cabe ressaltar que no processo penal esse aspecto do efeito devolutivo é mitigado pela vedação da *reformatio in pejus*⁶⁰¹ e pela possibilidade de *reformatio in mellius*, pois o tribunal pode absolver ou reduzir a pena do acusado ainda que este não tenha impugnado tais pontos ou

⁵⁹⁴ Item 4.2.

⁵⁹⁵ Item 3.1.

⁵⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 172.

⁵⁹⁷ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 91.

⁵⁹⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 766.

⁵⁹⁹ Artigo 599 do Código de Processo Penal: “As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele.”

⁶⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 174-175.

⁶⁰¹ Item 5.4.

mesmo em recurso da acusação⁶⁰². Trata-se de decorrência do “princípio do *favor rei*”, segundo o qual o Estado deve conceder primazia à proteção do inocente em contraposição ao interesse de punir o acusado⁶⁰³, em consonância com o fundamento do processo penal constitucional.

No plano vertical, ou seja, em relação à profundidade do exame da matéria impugnada, a doutrina majoritária afirma que a apreciação pelo tribunal é a mais ampla possível⁶⁰⁴. Portanto, dentro dos limites estabelecidos no plano horizontal, poderia o tribunal examinar “aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior”⁶⁰⁵.

Em sua profundidade, o efeito devolutivo estaria relacionado com o “princípio” *iura novit curia* (“o juiz/tribunal conhece o direito”⁶⁰⁶), uma vez que ao tribunal seria possível conferir aos fatos tratados no processo definição jurídica diversa (não apenas acerca do mérito, mas quanto a todas as questões submetidas a julgamento)⁶⁰⁷, não sendo limitado pelos argumentos das partes, de modo a “aplicar livremente o direito”⁶⁰⁸. Nessa perspectiva, poderia o tribunal inovar no julgamento do recurso ao reexaminar a fixação da pena, acrescentando fundamentação não contida na decisão recorrida.

Entretanto, essa concepção do efeito devolutivo comporta uma releitura à luz da estrutura democrática conferida ao processo penal pela Constituição de 1988, conforme o exposto a seguir.

5.2 O contraditório como garantia de influência e proibição de “decisão-surpresa”

O contraditório é um dos elementos centrais do modelo constitucional de processo, responsável por edificar sua estrutura dialética⁶⁰⁹. Tradicionalmente concebido como direito de

⁶⁰² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1039.

⁶⁰³ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 101-103.

⁶⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 177. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 571; PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 766.

⁶⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 123.

⁶⁰⁶ Tradução livre.

⁶⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 178.

⁶⁰⁸ Nesse sentido, o voto da ministra Rosa Weber no julgamento do RHC nº 117.756 (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, redator para o acórdão ministro Luiz Fux, julgado em 22 de setembro de 2015).

⁶⁰⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163.

informação e possibilidade de reação⁶¹⁰, o contraditório era sintetizado pelo brocardo romano *audiatur et altera parte*⁶¹¹ (“ouça-se a outra parte”⁶¹²). Resumia-se, pois, às ideias de bilateralidade da audiência⁶¹³ e de “contraposição de teses”⁶¹⁴.

Em modelos autoritários de processo, marcados pelo protagonismo judicial, o contraditório é relegado a segundo plano diante da atribuição de papel mais ativo ao juiz, tanto na condução e na instrução do processo como na construção da decisão⁶¹⁵. Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, com a constitucionalização das garantias processuais e a instituição de Estados democráticos de direito, especialmente na Europa Ocidental, impôs-se a necessidade de releitura do contraditório⁶¹⁶. Mais do que o “dizer e contradizer” das partes, o contraditório passa a ser concebido como garantia de influência no resultado do processo⁶¹⁷.

Com efeito, no Estado democrático de direito, a legitimidade das decisões judiciais depende da efetivação do contraditório⁶¹⁸, não mais em uma visão “estática” limitada ao binômio informação-reação, que permitiria uma formação monológica do provimento pelo juiz⁶¹⁹, mas sim na perspectiva “dinâmica”, que impõe ao julgador o dever de promover o debate preventivo sobre todas as questões (dever de consulta) e estabelece o poder das partes de influir na decisão⁶²⁰. Essa concepção de contraditório guarda estreita relação com a dignidade da pessoa humana, na medida em que a parte deixa de ser mero objeto do provimento estatal, passando efetivamente a participar da construção deste⁶²¹.

⁶¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 39.

⁶¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 79.

⁶¹² Tradução livre.

⁶¹³ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 143-144.

⁶¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 168, fev. 2009, p. 111.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 112-114.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 114.

⁶¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 149.

⁶¹⁸ Item 2.1.

⁶¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 168, fev. 2009, p. 117.

⁶²⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 145-149.

⁶²¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 9, nov. 1993, p. 180-181.

Nesse sentido, o contraditório, além de ser garantia de influência na decisão, por meio da participação em simétrica paridade, como propôs Elio Fazzalari⁶²², é também garantia de “não surpresa”, impedindo que o juiz fundamente sua decisão com elementos não submetidos ao debate entre as partes, sob pena de nulidade; trata-se, em suma, de promover a comparticipação das partes na formação da decisão, afastando-se a “solitária onipotência” do julgador⁶²³.

Alguns exemplos do direito comparado corroboram essa leitura ampliada do contraditório.

Ao tratar da garantia correlata no direito alemão, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu que a “pretensão à tutela jurídica” (que engloba ampla defesa e contraditório) contém os direitos à informação, à manifestação e de influência na decisão, ou seja, o “direito de ver seus argumentos considerados”, que impõe ao julgador o dever de atenção, o qual, por sua vez, “envolve não só o dever de conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas”⁶²⁴. Nessa linha, incumbe ao juiz fomentar o debate prévio sobre todas as questões, de modo que os fundamentos utilizados na decisão devem ter sido submetidos ao contraditório⁶²⁵.

Em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que, além do aspecto negativo (direito de oposição ou resistência), o contraditório tem o aspecto positivo (direito de influir), de modo que são vedadas as “decisões-surpresas”, amparadas em fundamentos não submetidos ao debate entre as partes⁶²⁶. Note-se que a questão debatida pela corte portuguesa na decisão citada dizia respeito à possibilidade de, no julgamento de recurso, o tribunal de segunda instância inovar nos fundamentos em relação à decisão recorrida. Segue o sumário da decisão:

O acórdão recorrido não poderia ter decidido a questão da legitimidade com um fundamento frontalmente diverso e não ponderado na sentença da 1ª instância, sem,

⁶²² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119-120.

⁶²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 168, fev. 2009, p. 125.

⁶²⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 483-484.

⁶²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 168, fev. 2009, p. 122.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 132-134.

antes, ter convidado o recorrente a pronunciar-se e tomar posição sobre essa questão.⁶²⁷

No Brasil, seguindo o exemplo da legislação francesa e austríaca⁶²⁸, o Código de Processo Civil sancionado em 2015 tratou expressamente da vedação das “decisões-surpresa” em seu artigo 10, que assim dispõe: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. No mesmo sentido, quanto ao julgamento dos recursos, o artigo 933 do Código de Processo Civil estabelece: “Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias”.

Exemplificando a questão no âmbito processual civil, assim trata do tema Fredie Didier Júnior⁶²⁹:

Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em um argumento, uma questão jurídica ou uma questão de fato não postos pelas partes no processo. Perceba: o órgão jurisdicional, por exemplo, verifica que a lei é inconstitucional. Ninguém alegou que a lei é inconstitucional. O autor pediu com base em uma determinada lei, a outra parte alega que essa lei não se aplicava ao caso. O juiz entende de outra maneira, ainda não aventada pelas partes: “Essa lei apontada pelo autor como fundamento do seu pedido é inconstitucional. Portanto, julgo improcedente a demanda”. O órgão jurisdicional pode fazer isso, mas deve antes submeter essa nova abordagem à discussão das partes. O órgão jurisdicional teria de, nessas circunstâncias, intimar as partes para manifestar-se a respeito (“intimem-se as partes para que se manifestem sobre a constitucionalidade da lei”). Não há aí qualquer prejulgamento. Trata-se de exercício democrático e cooperativo do poder jurisdicional, até mesmo porque o juiz pode estar em dúvida sobre o tema.

Assim, evita-se a prolatação de uma decisão-surpresa.

No processo penal, o contraditório como garantia de influência e proibição de “decisão-surpresa” tem sido invocado para questionar o instituto da *emendatio libelli*, que consiste na

⁶²⁷ Supremo Tribunal de Justiça, Recurso 10.361/01, relator Conselheiro Ferreira Ramos, julgado em 15 de outubro de 2002, Lisboa. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/17b41c221ffd19a080256cca003ab72a?OpenDocument>> Acesso em: 04 set. de 2021.

⁶²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 168, fev. 2009, p. 120 e 124.

⁶²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1, p. 84-85.

possibilidade de o juiz, ao sentenciar, atribuir aos fatos definição jurídica diversa, nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal⁶³⁰.

Parcela da doutrina ainda sustenta que o réu se defende somente dos fatos que lhe foram imputados na denúncia⁶³¹, de modo que o juiz poderia livremente alterar a classificação típica dos fatos narrados na inicial acusatória, por aplicação dos brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi jus*⁶³² (“dá-me os fatos, que te darei o direito”⁶³³). Não haveria, assim, necessidade de submeter ao contraditório a “questão de direito” (definição da capitulação típica da conduta).

Essa posição não se sustenta diante dos novos caracteres do contraditório no Estado democrático de direito:

Na democracia processual discursiva, o juiz não sabe nem cria o direito, apenas contribui com sua (re)construção, a cada caso que se lhe apresenta, junto às partes e sem ascendência hierárquica ou cognoscitiva sobre elas. Às partes o processo democrático garante discutir amplamente todas as questões envolvidas no procedimento. Assim, evidencia-se a total perda de sentido jurídico-argumentativo dos brocardos latinos de interpretação, notadamente o *iura novit curia* e o *da mihi factum dabo tibi jus*.⁶³⁴

Primeiramente, cumpre apontar a artificialidade de distinção entre “questões de fato” e “questões de direito”⁶³⁵, uma vez que há inegável interconexão entre ambas, de modo que “não há fato que possa independer da norma jurídica nem tampouco norma que não seja criada, moldada e pensada a não ser para o fato”⁶³⁶.

A máxima *iura novit curia* tem como pressuposto essa diferenciação, excluindo do contraditório as “questões de direito”, uma vez que incumbiria exclusivamente ao juiz a eleição

⁶³⁰ Artigo 383 do Código de Processo Penal: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

⁶³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 438; PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 527.

⁶³² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 206.

⁶³³ Tradução livre.

⁶³⁴ BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais: estudo introdutório sobre elementos democráticos do processo constitucional e o papel da Defensoria Pública. In: RÉ, Aluísio Nunes Monte Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 2, p. 696.

⁶³⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 155.

⁶³⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2016, p. 196.

Cabe pontuar que a possibilidade de *emendatio libelli* é alvo de outras críticas, seja por constituir violação ao sistema acusatório⁶⁴⁸, seja por romper com a imparcialidade do juiz⁶⁴⁹. Além disso, sustenta-se também a inaplicabilidade do artigo 383 do Código de Processo Penal em grau recursal⁶⁵⁰.

A abordagem da *emendatio libelli* à luz do contraditório como garantia de influência e proibição de “decisão-surpresa” se faz necessária por trazer importantes elementos para a questão central do presente estudo.

A pesquisa apresentada no capítulo anterior aponta que os tribunais superiores admitem que, no julgamento de apelação, o tribunal de segundo grau acrescente fundamentos à decisão recorrida quanto à fixação da pena, ainda que somente a defesa tenha interposto recurso.

As decisões abordadas adotam a definição tradicional da profundidade do efeito devolutivo da apelação, segundo a qual o órgão jurisdicional competente para julgar o referido recurso não estaria limitado às “questões de direito” debatidas pelas partes e decididas na sentença, sendo-lhe conferida ampla liberdade para decidir acerca das matérias impugnadas, no sentido exato do brocardo *iura novit curia*. Haveria limites tão somente quanto aos temas submetidos ao reexame (extensão do efeito devolutivo).

Tal posicionamento, contudo, afronta a garantia do contraditório.

Ao inovar no julgamento da apelação em relação à fixação da pena, o tribunal de segunda instância profere “decisão-surpresa”, valendo-se de argumentos não debatidos pelas partes e não abordados na decisão recorrida. A decisão em tais moldes retira do cidadão a possibilidade de nela influir, pois é mero fruto da vontade solipsista de um julgador alheio à necessidade de construção compartilhada da decisão no Estado democrático de direito⁶⁵¹.

Os fundamentos da decisão judicial somente podem ter por base aquilo que foi objeto do contraditório, sob pena de lhe faltar legitimidade⁶⁵², o que se aplica também ao juízo

⁶⁴⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2016, p. 205-206.

⁶⁴⁹ SALIDO, María Belén. **El iura novit curia y su incidencia en el derecho de defensa en juicio y en la garantía de la imparcialidad del juzgador**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018, p. 31.

⁶⁵⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 901. No sentido contrário, admitindo a *emendatio libelli* em segundo grau de jurisdição: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 148.

⁶⁵¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 175-176.

⁶⁵² LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 104-105.

recursal⁶⁵³. O contraditório funciona, assim, como limite aos poderes do juiz⁶⁵⁴, contendo o arbítrio e o subjetivismo e promovendo a democratização do processo.

Não se pretende, com esses argumentos, estabelecer que o papel do juiz em todo e qualquer caso se limita a adotar como fundamento um dos argumentos apresentados pelas partes, tal como ocorre nos países que adotam o sistema adversarial, especialmente na Inglaterra⁶⁵⁵. Esse tema, por certo, demanda análise sob outros enfoques, alheios à matéria aqui debatido.

Contudo, é possível afirmar que, em se tratando de julgamento de apelação interposta exclusivamente pela defesa para questionar a fixação da pena, a sentença recorrida funcionaria como verdadeira “moldura” para a decisão de segunda instância, que tão somente poderia examinar os fundamentos nela contidos, a partir do debate em contraditório efetivado nas razões e contrarrazões recursais⁶⁵⁶.

Cabe ressaltar que não se aplica em relação à fixação da pena o artigo 1.013, §2º, do Código de Processo Civil⁶⁵⁷, invocado por Gustavo Badaró para defender que, também no processo penal, a profundidade do efeito do devolutivo envia ao tribunal todas as questões tratadas no processo, independentemente de terem sido apreciadas na sentença ou invocadas nas razões e contrarrazões recursais⁶⁵⁸. Os exemplos apresentados pelo citado autor dizem respeito à discussão da autoria e da tipicidade da conduta, em que haveria relação de subsidiariedade entre os pedidos da defesa (se não há provas quanto à autoria, dispensável a análise seguinte da tipicidade). Nessa hipótese, recorrendo a acusação e provido o recurso para se imputar a autoria delitiva ao acusado, poderia o tribunal avaliar a tipicidade – tema debatido, porém não apreciado na decisão de primeiro grau. O mesmo não ocorre em relação à fixação da pena, sobretudo quando apenas a defesa recorre. Em tal situação, não acolhendo a sentença determinado argumento da acusação para a elevação da sanção ou recrudescimento do regime prisional, por exemplo, tem-se que este foi rejeitado, pois inexistente a relação de subsidiariedade

⁶⁵³ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 168.

⁶⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 168, fev. 2009, p. 126.

⁶⁵⁵ SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. **Iura novit curia**: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 43-45.

⁶⁵⁶ Nesse sentido, o voto vencido da ministra Maria Thereza de Assis Moura no HC nº 275.110/SP (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, julgado em 04 de setembro de 2014, relator ministro Rogério Schietti Cruz).

⁶⁵⁷ Artigo 1.013, §2º, do Código de Processo Civil: “Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.”

⁶⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 263.

com outros pedidos. Portanto, não é possível reinseri-lo no debate processual sem que haja recurso da acusação (apelação, na hipótese de rejeição do pedido formulado, ou embargos de declaração, caso a sentença tenha incorrido em omissão)⁶⁵⁹.

Tome-se como exemplo o caso pormenorizadamente exposto anteriormente⁶⁶⁰, qual seja, o julgamento do HC nº 275.110/SP (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, relator ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 04 de setembro de 2014).

A decisão de primeira instância impôs o regime fechado para indivíduo condenado a cinco anos de reclusão por tráfico de drogas, valendo-se de argumentos genéricos, relacionados à gravidade em abstrato do crime em questão. Não atendeu, portanto, ao dever de fundamentação das decisões. No julgamento da apelação, ao contrário do que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, não poderia o tribunal acrescentar elementos fáticos (quantidade de drogas) não considerados na decisão recorrida (fora da “moldura”), os quais tampouco foram objeto do contraditório.

Ao assim proceder, o tribunal viola o contraditório como garantia de influência e proibição de “decisão-surpresa”, além de sanar a nulidade decorrente da ausência de fundamentação válida em prejuízo do réu, sem que houvesse recurso da acusação.

Note-se que, ainda que a “questão fática” relativa à quantidade de drogas tivesse sido tratada na decisão de primeiro grau (para aumentar a pena-base, por exemplo), ela não foi objeto de valoração quanto à fixação do regime prisional, de modo que o tribunal não tem liberdade para fazê-lo, ou seja, não pode dar aos fatos (apreensão de relevante quantidade de drogas) enquadramento jurídico diverso (fator de recrudesimento do regime prisional) daquele delimitado na sentença. Em tal situação, não se pode exigir que a defesa, em sede recursal, aborde todas as hipóteses possíveis⁶⁶¹, fazendo um exercício de futurologia quanto aos eventuais fundamentos a serem adotados no julgamento do recurso, até porque, como visto⁶⁶², a legislação confere demasiada discricionariedade ao julgador no estabelecimento da sanção.

⁶⁵⁹ Nesse sentido, registre-se que mesmo nas decisões que autorizam que o tribunal “complemente” a fundamentação em recurso exclusivo da defesa afirma-se que os elementos utilizados na nova fundamentação devem estar contidos na sentença. Nessa linha: AgRg no HC nº 581.845/SC (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, relator ministro Ribeiro Dantas, julgado em 09 de março de 2021).

⁶⁶⁰ Item 4.2.1.

⁶⁶¹ SALIDO, María Belén. **El iura novit curia y su incidencia en el derecho de defensa en juicio y en la garantía de la imparcialidad del juzgador**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018, p. 165. A autora trata do tema no âmbito da *emendatio libelli*.

⁶⁶² Item 2.2.

Entendimento semelhante ao aqui defendido foi adotado pelo ministro Edson Fachin no já citado HC nº 185.787 AgR⁶⁶³, com a diferença de que o ministro invocou o “princípio da não surpresa” como decorrência do devido processo legal, e não do contraditório. A argumentação, entretanto, equivale àquela que neste trabalho se adota: é vedado ao órgão julgador do recurso valer-se de fundamentos não submetidos ao contraditório para manter a decisão recorrida.

Cabe ressaltar, porém, que o ministro Edson Fachin abordou a questão de forma mais restrita, decidindo ser vedado tão somente que circunstância judicial não valorada negativamente na sentença pudesse ser invocada no julgamento do recurso para manter o regime fechado, inovando-se, nesse ponto, na fundamentação da decisão recorrida⁶⁶⁴. Quanto à possibilidade de apresentar novos fundamentos relativamente a circunstâncias judiciais já negativas na decisão de primeiro grau, o ministro segue a posição do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a complementação da fundamentação em recurso exclusivo da defesa⁶⁶⁵.

Entretanto, a diferença de tratamento das questões não se justifica. O roteiro de fixação da pena estabelecido no Código Penal abre demasiado espaço para a discricionariedade do julgador⁶⁶⁶, o qual deve ser contido pela rigorosa observância do dever de fundamentação das decisões, que tem indissolúvel ligação com o contraditório. Permitir que o tribunal reexamine livremente alguma circunstância judicial, agravante ou causa de aumento de pena, tão somente porque esta já foi desvalorada na sentença recorrida, implica em esvaziamento do contraditório, acolhendo-se o falacioso argumento de que “o réu se defende dos fatos”.

Veja-se, por exemplo, as “circunstâncias do crime”, estabelecida como critério de fixação da pena-base pelo artigo 59, *caput*, do Código Penal. Inexistindo qualquer parâmetro legal para definir o que se amolda ou não a essa circunstância judicial, o tribunal poderia se valer de tantos fundamentos que seria impossível prevê-los. Com isso, se em primeira instância a pena foi aumentada porque “o roubo foi cometido à luz do dia”, recorrendo a defesa contra esse fundamento, não pode o tribunal acrescentar outros, como o cometimento do crime “no interior de veículo de transporte público”, ainda que esse fato tivesse sido devidamente provado no curso do processo. O novo fundamento, que não foi submetido ao contraditório e, por isso,

⁶⁶³ Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, redator do acórdão ministro Edson Fachin, julgado em 15 de setembro de 2020.

⁶⁶⁴ Em sentido semelhante, afirmando haver violação ao contraditório quando valorada negativamente no julgamento do recurso circunstância judicial não mencionada na sentença: AgRg no REsp nº 1.712.665/RS (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, relator ministro Felix Fischer, julgado em 27 de fevereiro de 2018).

⁶⁶⁵ Nesse sentido: HC nº 188.538 AgR, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, relator ministro Edson Fachin, julgado em 08 de abril de 2021.

⁶⁶⁶ Item 2.3.

não foi objeto do recurso, “surpreende” o recorrente, de modo que não pode ser inserido no julgamento da apelação. E isso mesmo que se trate de uma mesma circunstância judicial já apreciada na sentença, pois o novo fundamento estava fora da “moldura” estabelecida por esta, limitadora da profundidade do efeito devolutivo.

Não basta, portanto, que o fato tenha sido tratado em primeiro grau, sendo essencial, também, que a ele tenha sido conferida determinada qualificação jurídica (no exemplo apresentado, como “circunstância do crime” apta a aumentar a pena-base), em situação análoga à *emendatio libelli*.

Na hipótese aventada, ao tribunal caberia tão somente decidir se o fato valorado como circunstância judicial negativa (“crime cometido à luz do dia”) poderia sê-lo e, caso acolhido o argumento apresentado pela defesa no recurso, proceder à redução da pena, não sendo possível mantê-la com base em outros fundamentos, tampouco reclassificá-la como outra circunstância judicial.

Portanto, o contraditório como garantia de influência e proibição de “decisão-surpresa” impõe uma releitura do efeito devolutivo da apelação, estabelecendo limites a seu aspecto vertical (profundidade), de modo a impedir que, no julgamento de recurso exclusivo da defesa, o tribunal complemente a fundamentação em qualquer etapa da fixação da pena.

Cumprе esclarecer que a posição que aqui se sustenta não necessita da aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil que regulam a matéria (artigos 10 e 933, acima transcritos), pois é decorrência da previsão do contraditório na Constituição da República e dos contornos desenvolvidos por essa garantia no Estado democrático de direito.

Importante ressaltar, inclusive, que a aplicação das normas processuais civis revelar-se-ia inadequada no que diz respeito à possibilidade de abertura de vista às partes pelo relator do recurso. Se, por um lado, a manifestação prévia quanto a questões passíveis de serem decididas de ofício revela-se acertada também no processo penal⁶⁶⁷, em obediência ao contraditório; o mesmo não pode ser dito quanto aos fundamentos a serem utilizados na fixação da pena⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ Artigo 61 do Código de Processo Penal: “Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.”

⁶⁶⁸ Em posicionamento diverso, Clóvis Alberto Volpe Filho e Lucas Pereira Araújo sustentam que é possível a utilização de outros fundamentos para manter o aumento da pena em recurso exclusivo da defesa, desde que sejam as partes intimadas a se manifestarem sobre o novo fundamento antes de ser proferida a decisão pelo tribunal, nos exatos termos do artigo 10 do Código de Processo Civil (VOLPE FILHO, Clóvis Alberto; ARAÚJO, Lucas Pereira. Plano horizontal e vertical no processo penal: análise do efeito devolutivo recursal em relação à dosimetria da pena impugnada. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 104, jun./jul. 2017, p. 104).

Em primeiro lugar, porque, interposta a apelação exclusivamente pelo acusado e sendo o recurso direito-garantia deste, a reabertura do debate acerca do estabelecimento da sanção revelar-se-ia extremamente prejudicial a seus interesses, possibilitando o alargamento da “moldura” definida na sentença, com acréscimo de fundamentos em seu desfavor. Igualmente lhe pode ser danoso o retrocesso no processo, em prejuízo de sua razoável duração, especialmente em se tratando de réu que se encontre preso.

Além disso, mesmo que colocados em debate após a interposição da apelação, os novos fundamentos não poderiam ser objeto de nova impugnação ordinária, esvaziando o direito ao recurso⁶⁶⁹, já que não estariam sujeitos à indispensável dupla conformidade. Restaria à defesa a possibilidade de interposição de recursos especial ou extraordinário, de cabimento mais restrito e que não correspondem ao conteúdo do direito ao recurso, que inclui a possibilidade de revisão integral da decisão, tal como já decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶⁷⁰.

Registre-se que o tratamento da questão, nesse ponto, é absolutamente diverso no processo civil, uma vez que, pela denominada “teoria da causa madura”⁶⁷¹, admite-se que o julgamento do mérito se dê, originalmente, no julgamento da apelação⁶⁷², o que justificaria a possibilidade de reestabelecer o debate entre as partes em grau recursal, viabilizando o contraditório sobre temas não invocados anteriormente. Transplantado ao processo penal, tal proceder caracterizaria flagrante violação ao direito do acusado ao recurso.

Ademais, caso a sentença tenha incorrido em vício de falta de fundamentação⁶⁷³, a abertura para manifestação sobre nova “questão de direito”, a pretexto de se atender ao contraditório, funcionaria como uma contragarantia, permitindo que fosse sanada nulidade contra o réu quando apenas ele recorre. O adequado, em tal hipótese, seria reconhecer a violação

⁶⁶⁹ Em sentido semelhante, afirmando que haveria “supressão de instância”, o voto da relatora ministra Maria Thereza de Assis Moura no HC nº 247.080/SP (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, julgado em 09 de abril de 2013).

⁶⁷⁰ *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (Sentença proferida em 02 de julho de 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.)

⁶⁷¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 3, p. 194-199.

⁶⁷² Artigo 1.103, §3º, do Código de Processo Civil: “Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I - reformar sentença fundada no art. 485; II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.”

⁶⁷³ Não observando, por exemplo, o disposto no artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, como exposto no item 4.1.

do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, e estabelecer a pena mais favorável possível ao recorrente⁶⁷⁴.

5.3 O recurso como direito-garantia do acusado e a fundamentação das decisões

A proposta de releitura do efeito devolutivo da apelação à luz do processo penal constitucional exige, também, a análise das decisões objeto da pesquisa apresentada no quarto capítulo pelo prisma dos fundamentos do recurso, bem como da relação desse direito-garantia com o dever de fundamentação das decisões.

É possível identificar nas decisões que admitem a complementação da fundamentação em recurso exclusivo da defesa o caráter de controle burocrático-hierárquico que remete às origens dos recursos⁶⁷⁵. Permitir que o tribunal reexamine amplamente a decisão de primeiro grau, limitando seu poder de reanálise apenas no sentido horizontal, mas não no vertical, ou seja, permitindo livre aplicação das “questões de direito” relacionadas à matéria impugnada, exprime a ideia de que sua função primordial seria de exercer o controle sobre a aplicação do direito realizada na instância inferior. Nesse viés, pouco importariam as alegações do recorrente acerca de eventuais vícios na fundamentação ou equívocos na aplicação da pena, uma vez que ao tribunal somente interessaria a aplicação do direito de acordo com o seu próprio entendimento.

É mantida a crença de que os recursos se destinam à correção de erros e à prolação de uma decisão mais qualificada, fundamentos incompatíveis com a concepção do recurso como direito-garantia do acusado. A questão fica nítida ao se analisar o conteúdo de algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça que autorizam a complementação da fundamentação pelo tribunal em julgamento de apelação exclusiva da defesa. Afirma-se, por exemplo, que o tribunal poderá apresentar novos fundamentos “sob mais qualificada motivação”⁶⁷⁶, para “esclarecer”⁶⁷⁷

⁶⁷⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 168; GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais. **Direito e Democracia**: Revista do Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Luterana do Brasil, Canoas, v. 6, n. 1, 2005, p. 223; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 80.

⁶⁷⁵ Item 3.1.

⁶⁷⁶ HC nº 275.110/SP (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, relator ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 04 de setembro 2014).

⁶⁷⁷ HC nº 248.731/SP (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, relatora ministra Mariza Maynard, julgado em 07 de março de 2013).

ou para “melhor explicitar”⁶⁷⁸ a decisão recorrida. A possibilidade desse proceder seria decorrente de “sua soberania para dizer o direito”⁶⁷⁹. Sustenta-se, também, que o tribunal deve promover “o correto enquadramento das circunstâncias judiciais”⁶⁸⁰. Em suma, somente o entendimento de que o recurso é instrumento de controle do tribunal sobre as instâncias inferiores permite afirmar que àquele é permitido apresentar novos fundamentos para “suprir a falta ou deficiência de fundamentação da sentença condenatória”⁶⁸¹.

Note-se que as decisões do Superior Tribunal de Justiça acima referidas trataram de casos nos quais houve efetiva inserção de novo fundamento pelo órgão que julgou a apelação, e não mero “esclarecimento” ou “aprofundamento” acerca dos fundamentos da decisão de primeiro grau. Tal diferenciação é relevante para afastar a ideia de que impedir o acréscimo de fundamentos no julgamento de recurso transformaria o tribunal de segunda instância “em uma Corte canceladora de sentenças”⁶⁸². Não é disso que se trata.

Com efeito, o que se defende aqui é a impossibilidade de o tribunal “corrigir” a decisão recorrida, de modo a inserir fundamentos não apreciados em primeiro grau e não submetidos ao contraditório. Nada impede, porém, que os mesmos fundamentos usados na sentença sejam reforçados no julgamento do recurso; ao contrário, trata-se de imposição decorrente do dever de fundamentação das decisões judiciais, que não seria atendido com a mera repetição dos termos da decisão recorrida.

Para ilustrar a questão, veja-se a hipótese em que há complementação da fundamentação em relação à fixação do regime prisional para o crime de tráfico de drogas. Se na sentença o juízo de primeiro grau impõe o regime fechado tão somente em razão do disposto no artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90⁶⁸³, e a defesa recorre sustentando a inconstitucionalidade dessa norma, é permitido ao tribunal, por exemplo, apresentar fundamentos que sustentem sua constitucionalidade, embora a sentença não o tenha feito. Isso porque a decisão recorrida aplicou o citado dispositivo legal e a questão de sua inconstitucionalidade foi invocada nas

⁶⁷⁸ HC nº 318.572/SP (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, relator ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 21 de maio de 2015).

⁶⁷⁹ HC nº 279.737/PE (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, relator ministro Ribeiro Dantas, julgado em 16 de março de 2017).

⁶⁸⁰ AgRg no HC nº 637.957/MS (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20 de abril de 2021).

⁶⁸¹ HC nº 321.124/PA (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, relator ministro Nefi Cordeiro, julgado em 10 de maio de 2016).

⁶⁸² Expressão utilizada no voto do relator ministro Teori Zavascki no RHC nº 129.811 (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, julgado em 24 de novembro 2015).

⁶⁸³ Artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.”

razões recursais. Por outro lado, não poderia o tribunal reconhecer a inconstitucionalidade e manter o regime fechado valendo-se de outro fundamento, como a quantidade de drogas apreendida, por extrapolar os limites estabelecidos pela sentença (“moldura”) e não ter sido objeto de debate em contraditório⁶⁸⁴.

Nesse sentido, não se trata de autorizar o tribunal a “corrigir” a sentença, mas sim a analisar sua fundamentação à luz do recurso interposto pela defesa. Essa é a perspectiva que melhor reflete a relação do direito ao recurso com o dever de fundamentação das decisões. Vale dizer, o recurso do acusado não se destina somente a combater o dispositivo da sentença⁶⁸⁵ (a condenação e a pena fixada, em síntese), mas também sua fundamentação (ou apenas esta, inclusive⁶⁸⁶).

Viabilizar o exercício do direito do acusado ao recurso é uma das funções endoprocessuais do dever de fundamentação das decisões judiciais⁶⁸⁷. Ao mesmo tempo, o controle da fundamentação das decisões judiciais é realizado, essencialmente, por meio da interposição de recursos. Logo, permitir que no julgamento da apelação haja livre inserção de novos fundamentos, não debatidos, nem apreciados em primeiro grau, acarreta verdadeira burla a esse direito-garantia, impedindo que funcione como mecanismo de controle da discricionariedade judicial.

Observe-se que, em se tratando de *habeas corpus* impetrado contra decisão que decreta a prisão preventiva com base em fundamentos “genéricos”, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de não ser possível o acréscimo de fundamentos “sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato

⁶⁸⁴ Em casos análogos ao exemplo apresentado, julgados mais antigos acolheram o entendimento ora defendido: HC nº 121.449 (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, relator ministro Dias Toffoli, julgado em 19 de agosto de 2014) e HC nº 258.935/RJ (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, relator ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 17 de setembro de 2013). Decisões mais recentes, entretanto, admitem a ampla complementação da fundamentação quanto ao regime prisional, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 no julgamento de recurso exclusivo da defesa: HC nº 347897/SP (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, relator ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 21 de junho de 2016); HC nº 451.630/RS, 5ª Turma, relator ministro Felix Fischer, julgado em 21 de junho de 2018); HC nº 153.413 AgR (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, relator ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 15 de junho de 2018) e HC nº 130.070 (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, relator ministro Dias Toffoli, julgado em 15 de dezembro de 2015).

⁶⁸⁵ Embora se afirme que o “acesso ao duplo grau” se dá contra o dispositivo, e não contra a fundamentação (PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição**: garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 51), trata-se de questão atinente ao interesse recursal, que não exclui do conteúdo da impugnação os fundamentos da decisão.

⁶⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 138.

⁶⁸⁷ Item 2.2.

constritivo ao direito de locomoção do paciente”⁶⁸⁸. Considerando-se o recurso como direito-garantia do acusado, inexistirá razão para que no âmbito deste haja tratamento menos protetivo. A diferença de abordagem decorre de compreensão equivocada dos fundamentos do direito do acusado ao recurso e da indevida invocação do efeito devolutivo para justificar a possibilidade de acréscimo de fundamentação, o que, como já exposto, não se sustenta.

Essencial, portanto, que a sentença funcione como “moldura” ou “ponto de referência”⁶⁸⁹ não só para o recorrente, mas também para o órgão julgador do recurso, estabelecendo limites para a profundidade do efeito devolutivo. Admitir a complementação da fundamentação no julgamento de recurso exclusivo da defesa implica, de um lado, aceitar-se fundamentos que não foram objeto do contraditório e não poderão ser impugnados por meio de recurso ordinário; por outro, contribui para o esvaziamento do dever de fundamentação em relação ao juízo de primeiro grau, que se vê autorizado a utilizar expressões genéricas na fixação da pena, por exemplo, ciente de que eventuais vícios suscitados pela defesa poderão ser sanados pelo tribunal.

A livre possibilidade de “correção” da decisão impugnada pelo órgão julgador da apelação, portanto, promove o enfraquecimento de garantias e abre o caminho para arbitrariedades, em desacordo com os ditames do processo penal constitucional.

5.4 *Reformatio in pejus* e fundamentação das decisões

Relevante limitação ao poder dos tribunais no julgamento de recurso exclusivo da defesa é a proibição de reforma para pior (*reformatio in pejus*). Também denominado “princípio da personalidade dos recursos”⁶⁹⁰, a vedação da *reformatio in pejus* está prevista expressamente no artigo 617 do Código de Processo Penal⁶⁹¹ e impede o agravamento da pena quando apenas

⁶⁸⁸ Trecho da ementa do HC nº 617.685/GO (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, relator ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 06 de abril de 2021). No mesmo sentido: RHC nº 135.006/RS (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 06 de outubro de 2020).

⁶⁸⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 87. Em sentido semelhante: LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português**: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2019, p. 138.

⁶⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 2011, p. 41.

⁶⁹¹ Artigo 617 do Código de Processo Penal: “O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

o acusado recorre, tanto do ponto de vista qualitativo quanto quantitativo, incluindo-se no seu âmbito de proteção a natureza da pena, o regime prisional, a pena de multa, a medida de segurança, enfim, proibindo a piora da sanção em sentido amplo⁶⁹². A regra incide, também, nas hipóteses em que há recurso da acusação, impedindo que se julgue contra o réu fora dos limites delimitados pelos pedidos do recorrente⁶⁹³. E, por evidente, veda também a possibilidade de condenação em sede recursal sem que haja pedido da acusação.

Embora a origem da expressão *reformatio in pejus* remeta ao direito romano, mais precisamente a Ulpiano⁶⁹⁴, a proibição da reforma para pior no processo penal data do século XIX, sendo adotada pela jurisprudência francesa a partir de 1806 e pelas legislações italiana e alemã, respectivamente, em 1865 e 1877⁶⁹⁵. Historicamente, o regime recursal característico do sistema inquisitório era regido pelo modelo do “benefício comum”, segundo o qual o órgão competente para julgamento dos recursos tinha ampla liberdade decisória, inclusive para decidir contra aquele que recorreu⁶⁹⁶. Esse ilimitado âmbito de cognição do órgão recursal estava previsto, por exemplo, nas Ordenações Filipinas (1595)⁶⁹⁷, e refletia a adoção de uma concepção do recurso como instrumento de controle burocrático-hierárquico, conferindo irrestritos poderes à autoridade superior para examinar a decisão recorrida, independentemente dos pedidos do recorrente.

Note-se, porém, que, ainda no contexto do sistema inquisitório, estabeleceu-se a proibição de *reformatio in pejus* a partir do “princípio do *favor rei*”, ou seja, era concebida como uma concessão ao acusado para atenuar sua posição de desvantagem no processo⁶⁹⁸.

Atualmente, à luz do sistema acusatório, outros são os fundamentos que sustentam a vedação da reforma para pior, os quais relacionam-se com os princípios constitucionais que estruturam o processo penal no Estado democrático de direito.

Em primeiro lugar, tem-se que a impossibilidade de o tribunal decidir contra o réu sem que haja recurso da acusação ou fora dos limites deste é decorrência do princípio acusatório,

⁶⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 106-107.

⁶⁹³ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 88.

⁶⁹⁴ MORGADO, Ana Catarina Filipe Pires. **A proibição da *reformatio in pejus***: os efeitos no direito processual penal e no direito das contraordenações. Curitiba: Juruá, 2014, p. 26-27.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 45-46.

⁶⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 105.

⁶⁹⁷ MORGADO, Ana Catarina Filipe Pires. **A proibição da *reformatio in pejus***: os efeitos no direito processual penal e no direito das contraordenações. Curitiba: Juruá, 2014, p. 31.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 63-64.

que obsta que se decida sem provocação da acusação⁶⁹⁹. Guarda relação, também, com o próprio fundamento do processo penal como limitação ao poder punitivo, razão pela qual a proibição da *reformatio in pejus* incide apenas em prol do acusado⁷⁰⁰.

Além disso, há inequívoca relação entre a vedação da *reformatio in pejus*, a ampla defesa e o contraditório, na medida em que agravar a situação do acusado sem que haja pedido da acusação em sede recursal, e, por consequência, sem que tenha o réu a possibilidade de se defender, equivale a se proferir “decisão-surpresa”, não submetida ao contraditório⁷⁰¹.

Mas a vedação da reforma para pior é, sobretudo, característica essencial do direito do acusado ao recurso⁷⁰², destinando-se a garantir seu livre exercício, sem que haja o risco de agravamento da situação estabelecida pela decisão recorrida⁷⁰³. Com efeito, a possibilidade de *reformatio in pejus* constituiria em fator de esvaziamento do direito ao recurso, comprometendo sua efetividade⁷⁰⁴ e inibindo o seu exercício⁷⁰⁵.

A partir desses fundamentos, é possível afirmar que a proibição da *reformatio in pejus* tem *status* constitucional, eis que decorrente dos princípios que conformam o modelo constitucional de processo.

A questão que se coloca em análise no presente trabalho diz respeito à extensão da vedação da *reformatio in pejus*: se estaria limitada à impossibilidade de agravamento da pena, nos termos do artigo 617 do Código de Processo Penal, ou se abrangeria, também, a proibição de piora na fundamentação. Tomando como referência a pesquisa acerca das decisões dos tribunais superiores apresentada no capítulo anterior, é possível abordar o tema sob dois enfoques. De um lado, em uma perspectiva mais ampla, questiona-se se, em qualquer hipótese, a complementação da fundamentação em recurso exclusivo da defesa viola a proibição da *reformatio in pejus*. Em outro aspecto, restringe-se a questão à possibilidade de se valorar

⁶⁹⁹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 99-100.

⁷⁰⁰ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 88.

⁷⁰¹ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. Tomo 1, p. 593.

⁷⁰² PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva do indivíduo**: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017. 251 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 232.

⁷⁰³ MORGADO, Ana Catarina Filipe Pires. **A proibição da *reformatio in pejus***: os efeitos no direito processual penal e no direito das contraordenações. Curitiba: Juruá, 2014, p. 66.

⁷⁰⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 102.

⁷⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 105-106.

negativamente circunstâncias judiciais, agravantes ou causas de aumento de pena não consideradas na sentença recorrida.

Como já demonstrado⁷⁰⁶, a partir de 2014, consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual a complementação da fundamentação é decorrência do efeito devolutivo da apelação em seu aspecto vertical, não acarretando *reformatio in pejus* se inalterada a pena. Na mesma linha é o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal⁷⁰⁷.

Como regra geral, portanto, as cortes superiores têm decidido que não há proibição da reforma para pior na fundamentação.

Registre-se que a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça adotava entendimento diverso até 2014, entendendo que, havendo recurso apenas de defesa, estaria vedada qualquer alteração na sentença em desfavor do réu. Nesse sentido, a inserção de fundamentos não contidos na decisão recorrida acarretaria *reformatio in pejus*.

No âmbito do direito processual civil, como demonstra Leonardo Costa de Paula⁷⁰⁸, prevalece o entendimento de que a vedação da reforma para pior não inclui a proibição de inovação na fundamentação. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira afirma que a vedação de *reformatio in pejus* deve ser avaliada sob o ponto de vista prático⁷⁰⁹:

Não há *reformatio in pejus* quando a decisão em grau de recurso não é praticamente mais desfavorável ao recorrente do que a decisão impugnada. No confronto, *em regra*, só importa a conclusão. Suponhamos que para o pedido se houvessem invocado dois fundamentos, e que a sentença o tivesse julgado procedente por *um só* dos fundamentos; ao julgar o recurso interposto pelo réu, o órgão *ad quem* confirma a decisão, acolhendo *também* o outro fundamento, ou *apenas* este: não se verifica piora na situação prática do recorrente. *Reformatio in pejus* só se poderia configurar, por exceção, quando a lei atribui consequências relevantes, sob o prisma prático, à opção entre diferentes razões de decidir, como acontece na hipótese de improcedência do pedido na ação popular (Lei no 4.717, art. 18) e na ação civil pública (Lei no 7.347, art. 16): à evidência, piora praticamente a situação do autor, repellido em primeiro grau por deficiência de prova, se o órgão *ad quem* lhe rejeita o pedido com *outro* fundamento. Para as decisões suscetíveis de fazer coisa julgada material, o critério é o que resulta da maior ou menor extensão coberta pela *auctoritas rei iudicatae*.

⁷⁰⁶ Item 4.2.1.

⁷⁰⁷ Item 4.2.2.

⁷⁰⁸ PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva do indivíduo**: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017. 251 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 87-88.

⁷⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. V, p. 433.

No processo penal, contudo, o tema tem passado ao largo das discussões doutrinárias sobre a *reformatio in pejus*, que permanecem restritas aos impactos da reforma para pior da pena. Não por outra razão, o ministro Rogério Schietti Cruz, em seu voto no já citado HC nº 275.110/SP⁷¹⁰, destacou que não se tem notícia de doutrinadores que sustentem a extensão da proibição da *reformatio in pejus* à fundamentação das decisões.

Com efeito, tem-se que desde sua origem a vedação da reforma para pior tem por objetivo evitar que o acusado seja dissuadido de recorrer por receio de ter sua pena majorada⁷¹¹ ou de ser condenado por crime pelo qual tenha sido absolvido em primeiro grau. É nesse sentido, inclusive, a legislação nacional, bem como de Portugal, Alemanha, França, Itália e Espanha⁷¹².

Com isso, não se afigura acertado promover o alargamento do instituto em questão para abarcar, também, a piora na fundamentação.

Por outro lado, se não há propriamente a existência de uma proibição de *reformatio in pejus* na fundamentação, isso não equivale a dizer que a complementação da fundamentação em recurso exclusivo da defesa é aceitável, eis que, como já visto, viola garantias constitucionais. Vale dizer, independentemente da demonstração de “prejuízo” (ou seja, da efetiva piora da pena), categoria própria do processo civil e transplantada indevidamente para o processo penal, há violação do contraditório, na perspectiva do poder de influência e da proibição de “decisão-surpresa”, e do próprio direito ao recurso, que funciona, em tal situação, como instrumento do tribunal para “corrigir” a decisão do órgão inferior, e não como direito-garantia do acusado.

O panorama é diverso, entretanto, em relação à negatização de circunstâncias judiciais, agravantes ou causa de aumento de pena não valoradas em primeiro grau, quando apenas a defesa recorre. O tema, nesse aspecto, deve ser examinado a partir dos limites horizontais do efeito devolutivo.

Viu-se, no capítulo anterior, que as cortes superiores não têm posicionamento pacífico sobre a questão. Para a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e para a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal a proibição de *reformatio in pejus* diz respeito somente à sanção final, de

⁷¹⁰ Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, relator ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 04 de setembro de 2014.

⁷¹¹ MORGADO, Ana Catarina Filipe Pires. **A proibição da *reformatio in pejus***: os efeitos no direito processual penal e no direito das contraordenações. Curitiba: Juruá, 2014, p. 66.

⁷¹² *Ibidem*, p. 41-48.

modo que, ainda que em recurso exclusivo da defesa, é possível alterar aspectos da dosimetria da pena. Por outro lado, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal têm decidido que a reforma para pior deve ser averiguada a cada ponto da sentença.

A segunda posição é mais consentânea com os limites estabelecidos pelo efeito devolutivo da apelação. Isso porque, apelando a defesa de apenas parcela da sentença e não recorrendo a acusação, os demais pontos não impugnados não mais poderão ser discutidos⁷¹³. Nesse sentido, se a fixação da pena é um “capítulo da sentença”, cada item a ser valorado é um “ponto da decisão”, de modo que somente aquele ponto especificamente impugnado é submetido ao reexame em segundo grau⁷¹⁴.

A título de exemplo, apelando apenas a defesa quanto ao aumento da pena-base estabelecido na sentença em razão das “consequências do crime” (artigo 59, *caput*, do Código Penal), é vedado ao tribunal manter o aumento em virtude da “quantidade de drogas apreendida” (artigo 42 da Lei nº 11.343/06), sob pena de incorrer em *reformatio in pejus*⁷¹⁵.

Portanto, em decorrência do efeito devolutivo em sua extensão, apenas é remetido à apreciação do tribunal aqueles itens da aplicação da pena que forem impugnados pelo recorrente⁷¹⁶. Os que não foram objeto de valoração negativa em primeiro grau, não poderão sê-lo em segundo se não houver recurso da acusação, pouco importando se a pena final foi mantida ou mesmo reduzida⁷¹⁷.

Trata-se de entendimento que limita o poder decisório do órgão julgador da apelação e confere maior extensão à proibição de *reformatio in pejus*, protegendo o acusado contra manipulações em relação à fixação da pena no julgamento do recurso, obstando, pois, seu uso como mero instrumento de correção da decisão recorrida. Ademais, restaria observada a exigência do contraditório em sede recursal, impedindo-se o reexame pelo órgão superior de temas não tratados na sentença e não debatidos pelas partes em razões e contrarrazões.

⁷¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 176.

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 175.

⁷¹⁵ Exemplo extraído do REsp nº 1.850.687/PA (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, relator ministro Nefi Cordeiro, julgado em 02 de junho de 2020).

⁷¹⁶ VOLPE FILHO, Clóvis Alberto; ARAÚJO, Lucas Pereira. Plano horizontal e vertical no processo penal: análise do efeito devolutivo recursal em relação à dosimetria da pena impugnada. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 104, jun./jul. 2017, p. 102.

⁷¹⁷ Nesse sentido: HC nº 129.333 (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, relator ministro Gilmar Mendes, julgado em 27 de outubro de 2015).

CONCLUSÃO

O processo penal constitucional delineado na Constituição da República, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos tem como elementos estruturais o contraditório, a ampla defesa, o dever de fundamentação das decisões, a imparcialidade do julgador, o princípio acusatório e a presunção de inocência. A normativa constitucional e convencional consagra o processo como garantia do indivíduo, voltada à promoção de sua participação nas decisões estatais e à limitação do poder punitivo, em consonância com os fundamentos do Estado democrático de direito.

É incompatível com esse modelo de processo penal a teoria da “instrumentalidade do processo”, que contribui para a permanência da ideologia autoritária que inspirou o Código de Processo Penal de 1941 ao atribuir à função jurisdicional a consecução de escopos metajurídicos, que reduzem o processo a mero instrumento a serviço do Estado. A perspectiva instrumentalista, ao sustentar o reforço dos poderes judiciais e a flexibilização de garantias do acusado, distancia-se do processo democrático estabelecido a partir da Constituição de 1988. Arelada à “instrumentalidade”, a “teoria geral do processo” de matriz civilista também contribui para a fragilização e não consolidação na prática judiciária dos direitos e garantias processuais penais.

A partir dessas premissas, objetivou-se apresentar os contornos do dever de fundamentação das decisões judiciais e do direito do acusado ao recurso no processo penal constitucional, a fim de desenvolver argumentos aptos a responder ao questionamento central do presente estudo, qual seja, a possibilidade de complementação da fundamentação no julgamento de apelação exclusiva da defesa, especificamente em relação à fixação da pena.

O dever de fundamentação das decisões judiciais, embora tenha desenvolvimento histórico não linear, desempenhou diferentes funções em cada um dos paradigmas do Estado moderno. No Estado democrático de direito, que tem como um de seus fundamentos a soberania popular, a legitimidade das decisões estatais depende da promoção da participação popular. A decisão judicial, pois, deixa de ser mero ato solitário do julgador, que não pode decidir de acordo com seu “sentimento” ou para atender a supostos anseios populares, tal como defendido pela “instrumentalidade do processo”. Na democracia, a decisão é construída a partir da indissolúvel ligação entre o contraditório e a exigência de fundamentação, com a imprescindível observância do devido processo legal, de modo a atender às necessidades de participação do

interessado na formação do provimento que irá atingi-lo e de limitação do poder estatal na seara penal.

Além disso, a fundamentação das decisões cumpre relevantes funções endoprocessuais, viabilizando o controle sobre o respeito às demais garantias processuais penais.

No que diz respeito à fixação da pena, o dever de fundamentação das decisões funciona como verdadeiro limite à discricionariedade. Com efeito, o sistema de definição da pena estabelecido no Código Penal confere excessiva liberdade ao julgador. Como exemplo, a análise do artigo 59, *caput*, do Código Penal, essencial em todas as etapas do estabelecimento da sanção, apresenta diversos fatores que conduzem a desmedido decisionismo: a adoção da teoria eclética da pena como fator de definição desta, o emprego de expressões vagas e genéricas, a possibilidade de apreciação de fatores pessoais do sentenciado e a falta de parâmetros quantitativos. Essencial, portanto, a irrestrita observância do dever de fundamentação das decisões para a minimização do arbítrio, uma vez que somente a análise da fundamentação permite verificar se a fixação da pena se deu em conformidade com os princípios constitucionais, com a legislação infraconstitucional, com as provas colhidas e com os critérios de integridade e coerência.

O direito do acusado ao recurso torna mais efetiva a possibilidade de contenção da discricionariedade, decorrente do dever de fundamentação, ao possibilitar o reexame integral da decisão por outro órgão julgador. Descolando-se de sua origem inquisitorial, segundo a qual funcionava como instrumento de controle hierárquico-burocrático das decisões judiciais, o recurso no processo penal constitucional configura-se como direito-garantia fundamental do acusado, voltado à limitação do poder punitivo e ao reforço da presunção de inocência.

A previsão do direito ao recurso em tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil lhe atribui *status* constitucional, por força do disposto no artigo 5º, §§1º e 2º, da Constituição de 1988. Ademais, sua configuração como direito-garantia afasta seu enquadramento jurídico como mero “prolongamento da ação”, entendimento derivado da “teoria geral do processo” de matriz civilista, e reforça sua função protetiva do acusado, que por meio do exercício do direito de recorrer pode buscar o resguardo de todas as garantias componentes do devido processo legal.

A despeito da relevância do dever de fundamentação das decisões judiciais, verifica-se na prática judiciária sua corriqueira inobservância. Seja por motivos supostamente atrelados à busca de maior eficiência, seja em virtude de uma cultura autoritária movida pelo desprezo aos

direitos e garantias fundamentais dos acusados, a fundamentação da fixação da pena tem sido negligenciada. Não bastasse isso, o manejo do direito ao recurso pelo acusado não raro revela-se inapto a combater esse problema, ante a prática de se complementar a fundamentação deficiente (ou mesmo ausente) no julgamento da impugnação defensiva.

Ao tratarem do tema, os tribunais superiores têm decidido que a complementação da fundamentação pelo órgão julgador da apelação, ainda que apenas a defesa tenha recorrido, não implica violação à proibição de *reformatio in pejus*, eis que seria decorrência do efeito devolutivo da apelação. Trata-se do posicionamento consolidado no Superior Tribunal de Justiça desde 2014, adotado também nas decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento encontra temperamentos, uma vez que a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal sustentam que a reforma para pior deve ser analisada a cada etapa da dosimetria, de modo que não se admite, por exemplo, a negatização de circunstância judicial anteriormente considerada neutra ou positiva, quando apenas a defesa recorre da sentença.

A análise das decisões dos tribunais superiores aponta a necessidade de releitura do efeito devolutivo da apelação à luz do processo penal constitucional.

Em primeiro lugar, faz-se necessário acolher os novos contornos do contraditório no Estado democrático de direito. Mais do que mero direito de informação e possibilidade de reação, o contraditório passa a ser também garantia de influência na decisão e proibição de “decisão-surpresa”, alheia ao debate processual entre as partes, ou seja, fruto do entendimento individual do julgador. A correlação entre fundamentação e contraditório rompe com o protagonismo judicial e torna insubsistentes os brocardos latinos *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi iuris*, que afastam do contraditório as “questões de direito”. Estas, no processo penal constitucional, também devem ser submetidas ao diálogo processual, o qual deve necessariamente ser observado na fundamentação, sob pena de ilegitimidade da decisão.

Nesse sentido, o efeito devolutivo da apelação, em aspecto vertical (“profundidade”), não autoriza ao órgão julgador da apelação ilimitada apreciação do direito a ser aplicado. Para que sejam respeitados o direito de influência e a proibição de “decisão-surpresa”, essencial que a sentença objeto de apelação funcione como “moldura” para o órgão julgador do recurso, ao qual só é permitido decidir a partir dos fundamentos da decisão recorrida e do debate entre as partes realizado nas razões e contrarrazões recursais. Essa limitação é imposta não apenas em relação às “questões fácticas”, mas também quanto à qualificação jurídica empregada pela decisão recorrida. Vale dizer, não apenas é vedado valorar negativamente fatos não levados em

consideração na sentença, como também não se pode atribuir aos fatos já apreciados enquadramento jurídico diverso, em qualquer etapa da fixação da pena.

O contraditório, portanto, funciona como limite à liberdade decisória do órgão julgador da apelação, impedindo que, no julgamento de recurso exclusivo da defesa, sejam inseridos novos fundamentos, não contidos na decisão recorrida, para manter inalterada a pena fixada em primeira instância. Trata-se de entendimento que rejeita a concepção autoritária do direito ao recurso como mecanismo de controle hierárquico-burocrático, que possibilitava ao órgão julgador da impugnação “corrigir” a decisão recorrida, e reforça seu caráter de direito-garantia do acusado, viabilizando o efetivo controle da fundamentação da decisão, em conformidade com o fundamento do processo penal constitucional.

Ademais, constata-se que o debate do tema em estudo nos tribunais superiores tem se voltado à verificação da ocorrência de *reformatio in pejus*. Embora a proibição de reforma para pior seja inerente ao direito do acusado ao recurso, seu âmbito de proteção restringe-se à vedação do aumento de pena, não se estendendo à fundamentação. Por outro lado, impõe-se também a releitura do efeito devolutivo da apelação em seu aspecto horizontal, de forma a se considerar a proibição de *reformatio in pejus* em cada “capítulo da sentença”, impedindo a apreciação pelo órgão julgador do recurso de qualquer aspecto da pena que não tenha sido objeto de impugnação.

Por todo o exposto, o efeito devolutivo da apelação deve ser delineado em conformidade com o processo penal constitucional, funcionando como limitador do poder punitivo estatal: em seu aspecto vertical, o contraditório impede que no julgamento do recurso sejam consideradas quaisquer questões não debatidas pelas partes e que não tenham sido objeto da sentença recorrida; no âmbito horizontal, a proibição de reforma para pior deve ser considerada em cada aspecto da fixação da pena, isoladamente considerado, e não apenas quanto à sanção final.

Portanto, havendo apenas recurso da defesa, é vedado ao órgão julgador da apelação complementar a fundamentação da decisão recorrida, devendo, se considerá-los insuficientes para manter a pena estabelecida na sentença, dar provimento ao recurso e reduzir a sanção. Ademais, se o órgão julgador da apelação concluir que a decisão recorrida não está fundamentada, além de não poder sanar esse vício, a hipótese tampouco é de anulação, mas sim de fixação da pena mais favorável possível ao acusado, sob pena de promover retrocesso no processo em prejuízo deste.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 21-47, abr. 2015.
- ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 166, p. 27-70, dez. 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 90, p. 69-170, jul. 2004.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 10, n. 21, p. 5-33, mai./ago. 2018.
- BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais: estudo introdutório sobre elementos democráticos do processo constitucional e o papel da Defensoria Pública. In: RÉ, Aluísio Nunes Monte Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Salvador: Jus Podivm, p. 683-718, 2014. v. 2.
- BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **O conteúdo lógico do princípio da inocência**: uma proposição crítica elementar aos procedimentos penais na democracia. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- BÁRTOLI, Márcio Orlando; LOPES, Mariangela. Impossibilidade de anulação parcial da sentença penal condenatória diante de vício na fixação da pena. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 15, n. 179, p. 15, out. 2007.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. O direito como mito: a razão punitiva e a invenção do direito fundamental à segurança pública. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirze (Org.). **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 347-364, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOSCHI, José Antônio Paganella. Individualização da pena. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 119-138, 2007.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**: uma análise crítica da prevenção geral positiva. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial**: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês. Salvador: Jus Podivm, 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores no sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. Prefácio. In: CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial**: breve estudo comparativo entre a

dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês. Salvador: Jus Podivm, p. 13-27, 2021.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 25-44, 2004.

CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 495-510, 2009.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R. Pesquisa revela a ilusão do duplo grau de jurisdição. **Consultor Jurídico**. 24 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-24/rubens-casara-pesquisa-revela-ilusao-duplo-grau-jurisdicao>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências inquisitivas no processo penal brasileiro – aspectos determinantes nos 30 anos de vigência da CR/1988. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirze (Org.) **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 135-150, 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Meneses (Coord.). **Jurisdição constitucional em perspectiva**: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999. São Paulo: Thomson Reuters, p. 93-111, 2020.

COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. Considerações sobre julgamento virtual e ampla defesa. **Consultor Jurídico**. 19 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-19/opinioao-julgamento-virtual-ampla-defesa>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

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

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e**

processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 139-147, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. **Observações sobre os sistemas processuais penais:** escritos do prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, p. 25-62, 2018. v. 1.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; AZEVEDO, Gabriella Saad. A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (Lei nº 12.850/13). In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirze (Org.). **Crise no processo penal contemporâneo:** escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 227-240, 2019.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 36-54, set./dez. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. A legitimação do direito processual penal no Estado democrático de direito. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira.** São Paulo: Quartier Latin, p. 941-959, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (Coord.). **Metodologia da pesquisa em direito:** técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho: el debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. **InDret – Revista para el análisis del Derecho**, Barcelona, n. 1, p. 1-20, jan. 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

FRANCO, José Henrique Kaster. **Funções da pena e individualização**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais. **Direito e democracia**: Revista do Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Luterana do Brasil, Canoas, v. 6, n. 1, p. 199-228, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral da impugnação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 183-204, jul./dez. 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. Tradução de Gisele Guimarães Cittadino e Maria Celina Bodin de Moraes. **Civilistica.com**, v. 2, n. 1, p. 1-18, 30 jan. 2013.

HERBEL, Gustavo A. **Derecho del imputado a revisar su condena**. Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Sistema penal, segurança pública e reserva do possível. In: PEREIRA, Cláudio José Langroiva (Coord.). **Segurança pública, instituições democráticas e seus elementos históricos, políticos e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, p. 163-169, 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. Fixação da pena: nulidade parcial da sentença. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 101-110, jan./jun. 2005.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LOPES, José António Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português**: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Culpabilidade e vulnerabilidade**: proposta para um novo conceito de culpabilidade penal. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. Tomo 1.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 43-55, 2016.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DONATO, Jânio Oliveira. Decisão penal no Estado Democrático à luz da hermenêutica filosófica e do modelo constitucional de processo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 54, p. 75-87, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. V.

MORGADO, Ana Catarina Filipe Pires. **A proibição da *reformatio in pejus***: os efeitos no direito processual penal e no direito das contraordenações. Curitiba: Juruá, 2014.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Salvador: Jus Podivm, 2020.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 9, p. 178-184, nov. 1993.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PARISE, Bruno Girade. **O poder geral de cautela no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva do indivíduo**: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017. 251 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

PAULA, Leonardo Costa de; MELO, João Gabriel. Prova nas apelações criminais e inobservância da oralidade em segundo grau: estudo empírico no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ. In: BUENO, Jéssica A. (Coord.). **Desafiando a Inquisição**: propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de Las Americas, p. 103-116, 2020. v. IV.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição**: garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIMENTA, Marcos Vinícius. Processo constitucional: consonâncias e dissonâncias entre as proposições de Couture, Fix-Zamudio, Baracho, Andolina e Vignera. **Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas**, Belo Horizonte, v. 23, n. 45, p. 256-274, jun. 2020.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo**: limites e resistência ao poder de punir. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 35-45, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas processuais penais**: uma contribuição para a adequação constitucional da persecução penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 11, n. 2, p. 219-233, jul./dez. 2006.

SALIDO, María Belén. **El iura novit curia y su incidencia en el derecho de defensa en juicio y en la garantía de la imparcialidad del juzgador**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018.

SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. **Iura novit curia**: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SANTOS, Marina França. **Fundamentos da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição**. 2011. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

SARLET, Ingo. A Convenção de São José da Costa Rica e o direito (e garantia) ao duplo grau de jurisdição. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 2, n. 3, p. 13-15, fev. 2012.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SERRANO, Pedro Estevam. Segurança pública e medida de exceção na democracia. In: PEREIRA, Cláudio José Langroiva (Coord.). **Segurança pública, instituições democráticas e seus elementos históricos, políticos e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, p. 339-350, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Cálculo de pena e o dever de motivar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 161-170, abr./jun. 1994.

SILVA, Fernando Laércio Alves. Processo constitucional: o processo como *locus* devido para o exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, p. 157-188, jul./dez. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e o Estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antônio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, p. 223-236, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Garantias processuais penais e a jurisprudência do STF: uma abordagem fenomenológico-hermenêutica. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 565-607, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun. 2017.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 2.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 2, p. 229-260, maio/ago. 2018.

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

VOLPE FILHO, Clóvis Alberto; ARAÚJO, Lucas Pereira. Plano horizontal e vertical no processo penal: análise do efeito devolutivo recursal em relação à dosimetria da pena impugnada. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 104, p. 93-107, jun./jul. 2017.

WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para (re)discussão. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 15-45, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. v. 1.

ZARONI, Bruno Marzullo. **Deliberação e julgamento colegiado**: uma análise do processo decisório do STF. 2015. 404 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.