

**RENATO
BRASILEIRO
DE LIMA**

MANUAL DE
PROCESSO PENAL
volume único

12^a | revista
edição | atualizada
ampliada

2023

PROVAS

CAPÍTULO I TEORIA GERAL DAS PROVAS

1. TERMINOLOGIA DA PROVA¹

Em sentido amplo, *provar* significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. Em sentido estrito, a palavra *prova* tem vários significados. Por isso, inicialmente, é importante firmarmos algumas premissas terminológicas.

1.1. Acepções da palavra *prova*

A palavra *prova* tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio e probus*), e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo *provar*, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro. Na verdade, há três acepções da palavra *prova*:

1) Prova como atividade probatória: consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento.² Nesse sentido, identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a

veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa. Sob esse prisma, pode-se dizer que há, para as partes, um direito à prova (*right to evidence*, em inglês), que funciona como desdobramento natural do direito de ação, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas, efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz. Com efeito, de nada adianta o Estado assegurar à parte o direito de ação, legitimando a propositura da demanda, sem o correspondente reconhecimento do direito de provar, ou seja, do direito de se utilizar dos meios de prova necessários a comprovar, perante o órgão julgador, as alegações feitas ao longo do processo. Há de se assegurar às partes, portanto, todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou de acusação. Conquanto constitucionalmente assegurado, esse direito à prova, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório, não é absoluto. Em um Estado Democrático de Direito, o processo penal é regido pelo respeito aos direitos fundamentais e plantado sob a égide de princípios éticos que não admitem a produção de provas mediante agressão a regras de proteção. A legitimação do exercício da função jurisdicional está condicionada, portanto, à validade da prova produzida em juízo, em fiel observância aos princípios do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LIV e LVI);

2) Prova como resultado: caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto à existência (ou não) de determinada situação fática. Por mais que não seja possível se atingir uma verdade irrefutável acerca dos acontecimentos ocorridos no passado, é possível

1. Este tópico introdutório é feito com base nas lições do Prof. Antônio Magalhães Gomes Filho: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanóide de Moraes. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

2. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 43.

atingir um conhecimento processualmente verdadeiro acerca dos fatos controversos inseridos no processo sempre que, por meio da atividade probatória desenvolvida, sejam obtidos elementos capazes de autorizar um determinado grau de certeza acerca da ocorrência daqueles mesmos fatos;

3) Prova como meio: são os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática, cujo conceito será trabalhado com mais detalhes logo abaixo.

1.2. Distinção entre prova e elementos informativos

Com as alterações produzidas pela Lei nº 11.690/08, passou a constar expressamente do art. 155 do CPP a distinção entre *prova* e *elementos informativos*. O tema já foi objeto de análise no Título atinente à *Investigação Preliminar*, mais precisamente nos itens 3 (“Finalidade do Inquérito Policial”) e 4 (“Valor probatório do inquérito policial”), para onde remetemos o leitor.

1.3. Provas cautelares, não repetíveis e antecipadas

A interpretação *a contrario sensu* do art. 155 do CPP deixa entrever que é possível que o juiz forme sua convicção exclusivamente com base em 3 (três) espécies de provas, ainda que produzidas na fase investigatória:

a) Provas cautelares: são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação às quais o contraditório será diferido.³ Podem ser produzidas no curso da fase investigatória ou durante a fase judicial, sendo que, em regra, dependem de autorização judicial. É o que acontece, por exemplo, com uma interceptação telefônica. Tal medida investigatória, que tem no elemento da surpresa verdadeiro pressuposto de sua eficácia, depende de prévia autorização judicial, sendo que o investigado só terá conhecimento de sua realização após a conclusão das diligências. Quando estamos diante de medidas cautelares *inaudita altera parte*, a parte contrária só poderá contraditá-la depois de sua concretização, o que é denominado pela doutrina de contraditório diferido, postergado ou adiado;

3. O **contraditório diferido (ou sobre a prova)** pode ser compreendido como o reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova. Não se confunde com o **contraditório real (ou para a prova)**, que demanda que as partes atuem na própria formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção ocorra na presença do órgão julgador e das partes.

b) Prova não repetível: é aquela que, uma vez produzida, não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo, sendo que, em regra, não dependem de autorização judicial. Exemplificando, suponha-se que alguém tenha sido vítima de lesões corporais de natureza leve. O exame pericial levado a efeito imediatamente após a prática do delito dificilmente poderá ser realizado novamente, já que os vestígios deixados pela infração penal irão desaparecer. Ante o perigo de que haja dispersão dos elementos probatórios em relação aos fatos transeuntes, sua produção independe de prévia autorização judicial, podendo ser determinada pela própria autoridade policial imediatamente após tomar conhecimento da prática delituosa. Como dispõe o art. 6º, inciso VII, do CPP, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá, dentre outras diligências, determinar que se proceda a exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias. Perceba-se que, nos mesmos moldes do que ocorre com as provas cautelares, o contraditório também será diferido em relação às provas não repetíveis. Para que possam ser utilizadas no curso do processo, imperiosa será a observância do contraditório sobre a prova, permitindo que as partes possam discutir sua admissibilidade, regularidade e idoneidade. Não há, todavia, necessidade de realizá-las novamente no curso do processo penal, até mesmo porque provavelmente isso não seria possível.⁴ Bom exemplo disso, aliás, é o quanto previsto no art. 159, § 5º, inciso I, do CPP, que permite às partes, durante o curso do processo judicial, requerer a oitiva dos peritos para esclarecimento da prova ou para responderem a quesitos;

c) provas antecipadas: são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância. Tais provas podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo, sendo indispensável prévia autorização judicial. É o caso do denominado depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, previsto no art. 225 do CPP. Supondo-se que

4. No sentido de que perícias e documentos produzidos na fase inquisitorial são revestidos de eficácia probatória sem a necessidade de serem repetidos no curso da ação penal por se sujeitarem ao contraditório diferido: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.032.853/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 27/02/2018, DJe 07/03/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 521.131/R5, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 08/02/2018, DJe 21/02/2018; STJ, 5ª Turma, HC 413.104/PA, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 08/02/2018, DJe 15/02/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 312.502/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 13/06/2017, DJe 01/08/2017.

determinada testemunha presencial do delito esteja hospitalizada, em grave estado de saúde, afigura-se possível a colheita antecipada de seu depoimento, o que será feito com a presença do juiz, e com a participação das partes sob contraditório. Caso ainda não haja uma pessoa formalmente apontada como suspeita da prática do delito, deve o magistrado diligenciar para que a defesa técnica seja patrocinada por um advogado dativo. Nesse caso, o depoimento ficará integrado aos autos com o mesmo valor legal que teria caso fosse prestado no curso da instrução. Outro exemplo de prova antecipada é aquele constante do art. 366 do CPP, em que, determinada a suspensão do processo e da prescrição em relação ao acusado que, citado por edital, não tenha comparecido nem constituído defensor, poderá ser determinada pelo juiz a produção antecipada de provas urgentes, nos termos do art. 225 do CPP. Nesse caso, para que se imponha a antecipação da prova urgente, deve a acusação justificá-la de maneira satisfatória (v.g., ofendido com idade avançada). Isso porque, na visão dos Tribunais Superiores, a inquirição de testemunha, por si só, não pode ser considerada prova urgente, e a mera referência aos limites da memória humana não é suficiente para determinar a medida excepcional.⁵ Sobre o assunto, dispõe a **súmula nº 455 do STJ** que “a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”. A Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017, com vigência um ano depois de sua publicação oficial, também dispõe que o **depoimento especial**, assim compreendido o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária, deverá ser realizado uma única vez, sempre que possível, em sede de *produção antecipada de prova judicial*, garantida a ampla defesa do investigado (art. 11, *caput*). Aliás, consoante disposto em seu art. 11, §1º, o depoimento especial deverá seguir o rito cautelar de antecipação de prova: I – quando a criança ou adolescente tiver menos de 7 (sete) anos; II – em caso de violência sexual. O Código de Processo Penal silencia acerca do procedimento a ser adotado

no caso de colheita dessa prova antecipada. Não obstante, com fundamento no art. 3º do CPP, queremos crer ser possível a aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil, que trata de maneira expressa da matéria nos arts. 381 a 383.

1.4. Destinatários da prova

Destinatários da prova são todos aqueles que devem formar sua convicção. De modo geral, tem-se como destinatário o órgão jurisdicional (juiz ou tribunal) sobre o qual recai a competência para o processo e julgamento do delito.

Parte da doutrina sustenta que o Ministério Público também pode ser destinatário da prova. A depender do referencial adotado, sustentam, é possível dizer que o órgão ministerial, detendo a titularidade da ação penal pública, também é destinatário da prova, na medida em que, na fase pré-processual, as provas têm como finalidade o convencimento do órgão ministerial (formação de sua *opinio delicti*).⁶

Com a devida vênia, como visto anteriormente, na fase investigatória, não se pode usar a expressão ‘prova’, salvo no caso de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Objetiva o inquérito policial a produção de *elementos de informação*. Por isso, preferimos dizer que o órgão do Ministério Público é o destinatário desses elementos, e não da prova, cuja produção se dá, em regra, somente em juízo, quando a decisão acerca da prática de determinado fato delituoso compete única e exclusivamente ao juiz natural.

1.5. Elemento de prova e resultado da prova

Elementos de prova (*evidence*, em inglês) são todos os dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. Deve ser empregado no plural – elementos de prova ou elementos probatórios –, pois o convencimento judicial, em princípio, resulta de mais de um, ou seja, de uma pluralidade de informações. Funcionam, assim, como elementos de prova a declaração de uma testemunha sobre determinado fato, a opinião emitida por perito sobre a matéria de sua especialidade, o conteúdo de um documento juntado aos autos, etc.

Sob outro prisma, a palavra *prova* pode ser vista como a conclusão que se extrai da análise dos elementos de prova constantes do processo: é o resultado da prova (*proof*, em inglês), obtido não apenas pelo somatório dos elementos de prova, como

5. De acordo com a jurisprudência, a produção antecipada das provas, conforme o art. 366 do CPP, exige concreta demonstração da urgência e da necessidade da medida. Não é motivo hábil para justificá-la a simples assertiva de que as testemunhas, no futuro, possam vir a mudar de endereço, dificultando a colheita de provas, e que elas poderão perder a memória dos fatos. Nesse sentido: Informativo nº 416 do STJ – RHC 21.173/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/11/2009. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC 96.325/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 157 20/08/2009; STJ, 6ª Turma, HC 122.936/PB, Rel. Min. Nilson Naves, DJe 15/06/2009.

6. FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2009. p. 689.

também por meio de uma atividade intelectual do magistrado, que permite estabelecer se a afirmação ou negação do fato é verdadeira, ou não.

Como aponta Gomes Filho, essa distinção entre elemento de prova e resultado de prova é de suma relevância prática no processo penal brasileiro. Na dicção do autor, nos casos em que a lei admite a apelação contra decisões do júri quando “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à *prova* dos autos” (art. 593, III, d) ou quando autoriza a revisão criminal diante da contrariedade “à evidência dos autos”, o sentido dessas expressões só pode ser o *resultado da prova*, não sendo viável entender-se que a existência de um só elemento poderia afastar o conhecimento da impugnação.⁷

1.6. Finalidade da prova

A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. Verdade seja dita, jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Daí se dizer que a busca é da verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória desenvolvida durante o processo. Essa verdade processual pode (ou não) corresponder à realidade histórica, sendo certo que é com base nela que o juiz deve proferir sua decisão.

1.7. Sujeitos da prova

Sujeitos da prova são as pessoas ou coisas de quem ou de onde deriva a prova, podendo ser pessoal ou real. A prova pessoal consiste numa afirmação de conhecimento ou na certificação de fato ou fatos do processo. A prova real equivale à atestação que advém da própria coisa constitutiva da prova (o ferimento; o projétil balístico da arma utilizada na prática de um delito).

Como observa Adalberto Camargo Aranha, “todos os fatos deixam vestígios, que podem ser reais, ou morais. Os primeiros ligam-se à realidade inconsciente das coisas, enquanto os segundos resultam de impressões conscientes do espírito. A coisa atesta, inconscientemente e sem influência do espírito humano, vestígios do fato probando; é a prova real que, em última análise, consiste na atestação inconsciente feita por uma coisa na qual ficou impresso um sinal. As perícias, as vistorias e todas as modificações

corpóreas constituem prova real. O homem testemunha, mediante uma afirmação pessoal e consciente, um fato por ele conhecido por ciência própria ou por meio de terceiros; é a prova pessoal. É a revelação consciente feita por uma pessoa das impressões mnemônicas de um fato. A prova real é a atestação inconsciente feita por uma coisa.”⁸

1.8. Forma da prova

Quanto à forma da prova, ou seja, a maneira pela qual a prova se apresenta em juízo, a prova pode ser documental, material ou testemunhal.

Documento, do latim *documentum*, de *docere* (mostrar, indicar, instruir) é o papel escrito que traz em si a declaração da existência (ou não) de um ato ou de um fato (v.g., escritos públicos ou particulares, cartas, livros comerciais, fiscais, etc.). A prova material é aquela que resulta da verificação existencial de determinado fato, que demonstra a sua materialização, tal como ocorre com o corpo de delito, instrumentos do crime, etc. Por fim, testemunhal é a prova que consiste na manifestação pessoal oral. A prova testemunhal é espécie do gênero prova oral, que é mais abrangente, já que inclui os esclarecimentos de perito e assistente técnico, bem como eventuais declarações da vítima.

1.9. Fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova

A expressão *fonte de prova* é utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova, daí resultando a classificação em fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado, testemunhas) e fontes reais (documentos, em sentido amplo). Cometido o fato delituoso, tudo aquilo que possa servir para esclarecer alguém acerca da existência desse fato pode ser conceituada como fonte de prova. Derivam do fato delituoso em si, independentemente da existência do processo, ou seja, são anteriores a ele, sendo que sua introdução no feito se dá através dos meios de prova. Exemplificando, suponha-se que determinado crime tenha sido praticado dentro de uma sala de aula. Todas as pessoas que presenciaram o cometimento do delito serão consideradas fontes de prova. Essas pessoas poderão ser levadas à apreciação do juiz, o que se dará pela sua introdução no processo pelos meios de prova, *in casu*, pela prova testemunhal.

Por sua vez, meios de prova são os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Dizem respeito, portanto, a

7. Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. Coord.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanóide de Moraes. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 308.

8. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 25.

uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípua é a fixação de dados probatórios no processo. Enquanto as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova somente existem no processo. Como aduz Badaró, “a testemunha de um fato é a fonte de prova, enquanto suas declarações em juízo são o meio de prova. O documento é uma fonte de prova, a sua incorporação ao processo é o meio de prova. O livro contábil é a fonte de prova, enquanto a perícia contábil é o meio de prova”⁹.

Os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos. Somente os primeiros podem ser admitidos pelo magistrado, dispondo o art. 157 do CPP que são inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo ser desentranhadas dos autos do processo.¹⁰ Como destaca Nucci, os meios ilícitos abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.¹¹

Por fim, os meios de investigação da prova (ou de obtenção da prova) referem-se a certos procedimentos (em regra, extraprocessuais) regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz (v.g., policiais). No Código de Processo Penal, apesar de inserida entre os meios de prova, a busca pessoal ou domiciliar deve ser compreendida como meio de investigação, haja vista que seu objetivo não é a obtenção de elementos de prova, mas sim de fontes materiais de prova. Exemplificando, se de uma busca domiciliar determinada pelo juiz resultar a apreensão de determinado documento, este sim funcionará como meio de prova, uma vez juntado aos autos do processo. Outros exemplos de meios de investigação são as interceptações telefônicas, reguladas pela Lei nº 9.296/96, bem como a infiltração de agentes, prevista tanto na Lei nº 11.343/06 (art. 53, inciso I), quanto na Lei nº 12.850/13 (arts. 10 a 14). Pelo menos em regra, devem ser produzidos sem prévia comunicação à parte contrária, funcionando a surpresa como importante traço peculiar, sem a qual seria inviável a obtenção das fontes de prova. Nesse ponto, diferenciam-se dos meios de prova, na medida em que, em relação a estes, é de rigor a observância ao

contraditório, que pressupõe tanto o conhecimento acerca da produção de determinada prova, quanto a efetiva participação na sua realização.

Essa distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova também é importante quando se aponta as consequências de eventuais irregularidades ocorridas quando do momento de sua produção. Deveras, eventual vício quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157, *caput*).

Em síntese, podemos trabalhar com o seguinte quadro comparativo entre os meios de obtenção de prova e os meios de prova:

Meios de obtenção de prova	Meios de prova
– Em regra, são executados na fase preliminar de investigações, o que não afasta a possibilidade de execução durante o curso do processo, de modo a permitir a descoberta de fontes de prova diversas das que serviram para a formação da <i>opinio delicti</i> ;	– Em regra, são realizados na fase processual da persecução penal; excepcionalmente, na fase investigatória, observado o contraditório, ainda que diferido (ex: provas antecipadas);
– são atividades extraprocessuais;	– são atividades endoprocessuais;
– são executados, em regra, por policiais aos quais seja outorgada a atribuição de investigação de infrações penais, geralmente com prévia autorização e concomitante fiscalização judiciais;	– consistem em atividades desenvolvidas perante o juiz competente, valendo lembrar que o juiz que presidir a instrução deverá, pelo menos em regra, julgar o feito (CPP, art. 399, § 2º);
– são praticados com fundamento na surpresa, com desconhecimento do(s) investigado(s);	– são produzidos sob o crivo do contraditório, com prévio conhecimento e participação das partes;
– se praticados em desconformidade com o modelo típico, há de ser reconhecida sua ilicitude, com o consequente desentranhamento dos autos do processo.	– se praticados em desconformidade com o modelo típico, são sancionados, em regra, com a nulidade absoluta ou relativa.

9. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 166.

10. Para mais detalhes acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas, vide abaixo tópico pertinente ao assunto.

11. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 389/390.

1.9.1. Meios extraordinários de obtenção de prova (técnicas especiais de investigação)

Com base no grau de restrição aos direitos e garantias do investigado, a doutrina costuma classificar os meios de obtenção de prova em ordinários e extraordinários.

Meios ordinários de obtenção de prova são aqueles previstos não só para investigação de delitos graves, como também para infrações de menor gravidade, cuja forma de execução é diferenciada, por ser escondida sob o manto protetor da inviolabilidade de bens jurídicos individuais.¹² A título de exemplo, podemos citar uma busca domiciliar.

Meios extraordinários de obtenção de prova (ou técnicas especiais de investigação) são as ferramentas sigilosas postas à disposição da Polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público para a apuração e a persecução de crimes graves, que exigem o emprego de estratégias investigativas distintas das tradicionais, que se baseiam normalmente em prova documental ou testemunhal. Em sede processual penal, foram utilizados inicialmente para a persecução penal do tráfico de drogas, sendo que, atualmente, também são usados para a investigação de crimes praticados por organizações criminosas. São identificados, em regra, pela presença de dois elementos: o sigilo e a dissimulação. Por meio deles, são coletadas informações, indícios ou provas de um crime sem o conhecimento do investigado, de modo a proporcionar aos órgãos estatais o fator surpresa. Nesse caso, o contraditório será exercido apenas de maneira diferida. Nesse grupo de técnicas sigilosas estão incluídas a interceptação das comunicações telefônicas, a ação controlada, etc. Dentre as técnicas de dissimulação, a infiltração policial costuma ser utilizada com o objetivo de induzir a erro o investigado, a fim de que seja levado a acreditar que não se relaciona com um policial (Lei n. 11.343/06, art. 2º, V; Lei n. 12.850/13, arts. 10 a 14; Lei n. 8.069/90, art. 190-A, incluído pela Lei n. 13.441/17).

Evidentemente, como algumas técnicas especiais de investigação são intrusivas, no sentido de que exploram as esferas da intimidade e da vida privada, sua utilização somente pode ocorrer se a medida investigativa for legal – algumas dependem, inclusive, de prévia autorização judicial –, se o seu

emprego se prestar a um fim legítimo e se a técnica for necessária para alcançar a prova a que se destina.¹³

1.10. Prova direta e prova indireta

Prova direta é aquela que permite conhecer o fato por meio de uma única operação inferencial. Nessa linha, se a testemunha diz que presenciou o exato momento em que o acusado desferiu disparos de arma de fogo contra a vítima, é possível concluir, com um único raciocínio, que o acusado é o autor das lesões produzidas no ofendido.

Por sua vez, a prova é considerada indireta quando, para alcançar uma conclusão acerca do fato a provar, o juiz se vê obrigado a realizar pelo menos duas operações inferenciais. Em um primeiro momento, a partir da prova indireta produzida, chega à conclusão sobre a ocorrência de um fato, que ainda não é o fato a ser provado. Conhecido esse fato, por meio de um segundo procedimento inferencial, chega ao fato a ser provado. Exemplificando, suponha-se que a testemunha diga que não presenciou os disparos de arma de fogo. Esclarece, no entanto, que presenciou a saída do acusado do local em que os disparos foram efetuados, imediatamente após ouvir o estampido dos tiros, escondendo a arma de fogo sob suas vestes, sujas de sangue. A partir dessa prova indireta, será possível ao órgão julgador concluir que o acusado foi (ou não) o autor das lesões produzidas no corpo da vítima.

Outro exemplo de prova indireta diz respeito ao álibi. Etimologicamente, a palavra álibi significa a “defesa que o réu apresenta quando pretende provar que não poderia ter cometido o crime por, p. ex, encontrar-se em local diverso daquele em que o crime de que o acusam foi praticado”.¹⁴ Supondo, então, que o suspeito consiga comprovar que estava em outro local no exato momento em que o crime foi praticado, conclui-se não ter sido ele o executor do crime.

1.11. Indício: prova indireta ou prova semiplena

A palavra *indício* é usada no Código de Processo Penal em dois sentidos, ora como prova indireta, ora como prova semiplena.

No sentido de prova indireta, a palavra *indício* deve ser compreendida como uma das espécies do gênero prova, ao lado da prova direta, funcionando

12. Nessa linha: ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes*. Coordenação: Gustavo Henrique Badaró e Petrólio Calmo. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 70. Ainda segundo o autor, outra dicotomia dos meios de obtenção de prova é a que os divide em preventivos e repressivos: os primeiros são aqueles cuja execução se admite em atividade de prevenção; os repressivos inserem-se em atividade de repressão à prática de fatos delituosos.

13. Nesse sentido: ARAS, Vladimir. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 411.

14. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009. p. 95.

como um dado objetivo que serve para confirmar ou negar uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão judicial. É exatamente nesse sentido que a palavra *indício* é utilizada no art. 239 do CPP. Partindo-se de um fato base comprovado, chega-se, por meio de um raciocínio dedutivo, a um fato consequência que se quer provar. Na dicção de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, “indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo”.¹⁵

Se o indício é o fato provado que permite, mediante inferência, concluir pela ocorrência de outro fato, é certo dizer que, apesar de o CPP dispor sobre o indício como prova indireta entre os meios de prova (art. 239), o indício não é um meio de prova, mas apenas o resultado probatório de um meio de prova. Na verdade, como observa a doutrina, “o que pode ser provado é o fato indicativo (p. ex.: uma testemunha que viu o acusado com uma faca suja de sangue e a vítima esfaqueada aos seus pés). O indício é o fato certo que está na base da inferência da presunção. Em outras palavras, o indício é o ponto de partida da presunção. Ou, visto pelo outro lado, a presunção é um juízo fundado sobre um indício”.¹⁶

Muito se discute acerca da possibilidade de se condenar alguém com base única e exclusivamente em indícios. A nosso juízo, com a incorporação ao processo penal do sistema da persuasão racional do juiz (CPP, art. 155, *caput*, e CF/88, art. 93, IX), e a consequente exclusão de qualquer regra de prova tarifada, permite-se que tanto a prova direta como a prova indireta sejam em igual medida válidas e eficazes para a formação da convicção do magistrado. Obviamente, não se pode admitir que um indício isolado e frágil possa fundamentar um decreto condenatório. De modo algum. Para tanto, a prova indiciária está sujeita às seguintes condições:

a) os indícios devem ser plurais (somente excepcionalmente um único indício será suficiente, desde que esteja revestido de um potencial incriminador singular);

b) devem estar estreitamente relacionados entre si;

c) devem ser concomitantes, ou seja, univocamente incriminadores – não valem as meras

conjecturas ou suspeitas, pois não é possível construir certezas sobre simples probabilidades;

d) existência de razões dedutivas – entre os indícios provados e os fatos que se inferem destes deve existir um enlace preciso, direto, coerente, lógico e racional segundo as regras do critério humano.

Nessa linha, como o Código de Processo Penal Militar estabelece em seu art. 383, para que o indício constitua prova, é necessário que a circunstância ou fato indicante tenha relação de causalidade, próxima ou remota, com a circunstância ou fato indicado, e que a circunstância ou fato coincida com a prova resultante de outro ou outros indícios, ou com as provas diretas colhidas no processo.¹⁷

A propósito, forte na premissa de que o princípio processual penal do *favor rei* não ilide a possibilidade de utilização de *presunções hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, a 1ª Turma do STF concluiu que o julgador pode, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta, sobretudo em se tratando da criminalidade dedicada ao tráfico de drogas, que se organiza em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado (CF, art. 93, IX, e art. 155 do CPP), praticamente impossibilitaria a efetividade da repressão a essa espécie delitiva.¹⁸

Apesar de grande parte da doutrina referir-se aos indícios apenas com o significado de prova indireta, nos termos do art. 239 do CPP, a palavra *indício* também é usada no ordenamento processual penal pátrio com o significado de uma prova semiplena, ou seja, no sentido de um elemento de prova mais tênue, com menor valor persuasivo. É com esse significado que a palavra *indício* é utilizada nos arts. 126, 312 e 413, *caput*, todos do CPP. Nesta acepção,

15. *A prova por indícios no processo penal*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

16. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012. p. 336.

17. No sentido do texto: “Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexa com o fato a ser provado seja lógico e próximo”. (STF, HC 70.344/RJ, 2.ª T., rel. Min. Paulo Brossard, publicado em 22.10.1993). Ainda no sentido da possibilidade de condenação com base em indícios, desde que coerentes e uníssonos: STJ, Corte Especial, APn 224/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 01/10/2008, DJe 23/10/2008.

18. STF, 1ª Turma, HC 103.118/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20.03.2012, DJe 16.04.2012. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC 96.062, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.10.2009, DJe 213 12.11.2009.

a expressão “indício” refere-se a uma cognição vertical (quanto à profundidade) não exauriente, ou seja, uma cognição sumária, não profunda, em sentido oposto à necessária completude da cognição, no plano vertical, para a prolação de uma sentença condenatória.¹⁹

Especificamente em relação aos arts. 312 e 413, *caput*, do CPP, na medida em que o legislador se refere à *prova da existência do crime* e ao *convencimento da materialidade do fato*, respectivamente, percebe-se que, no tocante à materialidade do delito, exige-se um juízo de certeza quando da decretação da prisão preventiva ou da pronúncia. No tocante à autoria, todavia, exige o Código de Processo Penal apenas a presença de *indícios suficientes* de autoria. Em outras palavras, em relação à autoria ou participação, não se exige que o juiz tenha certeza, bastando que conste dos autos elementos informativos ou de prova que permitam afirmar, no momento da decisão, a existência de indício suficiente, isto é, a probabilidade de autoria. Portanto, para fins de prisão preventiva ou de pronúncia, ainda que não seja exigido um juízo de certeza quanto à autoria, é necessária a presença de, no mínimo, algum elemento de prova, ainda que indireto ou de menor aptidão persuasiva, que possa autorizar pelo menos um juízo de probabilidade acerca da autoria ou da participação do agente no fato delituoso. Apesar de não se exigir certeza, exige-se certa probabilidade, não se contentando a lei com a mera possibilidade.

1.12. Suspeita

Trabalhado o conceito de indício como prova indireta ou como prova semiplena, deve-se destacar que seu conceito não se confunde com uma simples *suspeita*. Enquanto o indício é sempre um dado objetivo, em qualquer de suas acepções, a *suspeita* ou *desconfiança* não passa de um estado anímico, um fenômeno subjetivo, que pode até servir para desencadear as investigações, mas que de modo algum se apresenta idôneo para fundamentar a convicção da entidade decidente. Nas palavras de Gomes Filho, enquanto o indício é constituído por um fato demonstrado que autoriza a indução sobre outro fato ou, pelo menos, constitui um elemento de menor valor, a *suspeita* é pura intuição, que pode

gerar desconfiança, dúvida, mas também conduzir a engano.²⁰

A expressão *fundada suspeita* é encontrada no Código de Processo Penal nos arts. 240, § 2º, e art. 244. Interpretando-se os referidos dispositivos, depreende-se que não basta uma simples convicção subjetiva para que se proceda à busca pessoal em alguém. Para além disso, é necessário que haja algum dado objetivo que possa ampará-la.

Nesse prisma, concluiu o Supremo Tribunal Federal que a “fundada suspeita”, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Assim, a ausência de elementos dessa natureza, como no caso, alegação de que trajava, o paciente, um ‘blusão’ suscetível de esconder uma arma, referenda conduta arbitrária ofensiva a direitos e garantias individuais e caracteriza abuso de poder.²¹

1.13. Objeto da prova

Costuma-se dizer que o objeto da prova são os fatos que interessam à solução de uma controvérsia submetida à apreciação judicial. A nosso ver, contudo, o objeto da prova não são os fatos, pois jamais será possível se atingir a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu. Na verdade, o objeto da prova é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo. São as asserções feitas pelas partes que interessam à solução de controvérsia submetida à apreciação judicial.²²

Especificamente no âmbito do processo penal, tem-se que a atividade probatória recai, basicamente, sobre a veracidade (ou não) da narrativa constante da peça acusatória, buscando-se demonstrar que a imputação de um fato delituoso atribuído a determinada pessoa é verdadeira (ou não).

Mas o que deve ser objeto de prova no curso do processo?²³ Vejamos:

20. Op. cit. p. 311.

21. STF, 1ª Turma, HC 81.305/GO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22/02/2002 p. 35.

22. Portanto, ao longo do presente trabalho, sempre que houver referência à “prova da verdade de um fato”, deve o leitor compreender como uma forma abreviada de se dizer “prova da verdade de uma afirmação sobre um fato que interesse à solução da causa”.

23. José Frederico Marques diferencia objeto da prova de objeto *in concreto* da prova. Segundo o autor, objeto da prova é a coisa, fato, acontecimento, ou circunstância que deva ser demonstrado no processo. Já o objeto *in concreto* da prova corresponde aos fatos relevantes para a decisão do litígio. (*Elementos de direito processual penal*. Vol. II. Campinas: Editora Bookseller, 1997. p. 254). Hélio Tornaghi, por sua vez, diferencia objeto da prova em abstrato de objeto da prova em concreto. Para o

19. Nessa linha: MENDONÇA, Andrey Borges de. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 502. Referindo-se à pronúncia (CPP, art. 413), o próprio Supremo já teve a oportunidade de asseverar que a expressão “indícios de autoria” não têm o sentido de prova indiciária – que pode bastar à condenação – mas, sim, de elementos bastantes a fundar suspeita contra o denunciado: STF, 1ª Turma, HC 83.542/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 09/03/2004, DJ 26/03/2004.

RECURSOS

CAPÍTULO I
TEORIA GERAL
DOS RECURSOS

1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Recurso é o instrumento processual voluntário de impugnação de decisões judiciais, previsto em lei federal, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, objetivando a reforma, a invalidação, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada. Desse conceito podem ser extraídas as principais características dos recursos:

a) voluntariedade: a existência de um recurso está condicionada à manifestação da vontade da parte, que demonstra seu interesse de recorrer com a interposição do recurso;

b) previsão legal: para que um recurso possa ser conhecido, é indispensável a análise do cabimento, compreendido pela doutrina como a previsão legal da existência do recurso. Portanto, se a lei não prevê recurso contra determinada decisão, significa dizer que tal decisão é irrecorrível, o que, no entanto, não impede que a parte volte a questionar a matéria em preliminar de futura e eventual apelação, por meio de *habeas corpus* ou mandado de segurança;

c) anterioridade à preclusão ou à coisa julgada: o recurso é interposto antes da formação da preclusão ou da coisa julgada;

d) desenvolvimento dentro da mesma relação jurídica processual de que emana a decisão impugnada: a interposição de um recurso não faz surgir uma nova relação jurídica processual. Na verdade, o que ocorre com a interposição de um

recurso é o simples desdobramento da relação anterior, em regra perante órgão jurisdicional diverso e de hierarquia superior. A demonstração mais clara disso é a inexistência de citação do recorrido, havendo uma mera intimação para apresentar contrarrazões no mesmo prazo que o recorrente teve para apresentar seu recurso. Sendo a citação válida essencial para a validade do processo, sua ausência no âmbito recursal é a demonstração definitiva de não constituir o recurso um novo processo. Essa identidade de processo não importa, obrigatoriamente, na identidade de autos, já que, ainda que o recurso tramite em autos apartados (v.g., CPP, art. 583, interpretado *a contrario sensu*), ele continuará a fazer parte do mesmo processo no qual a decisão impugnada foi proferida.

Essas duas últimas características acabam por diferenciar os recursos das ações autônomas de impugnação – revisão criminal, *habeas corpus* e mandado de segurança. Isso porque, por meio delas, instaura-se uma nova relação jurídica processual, diversa daquela de onde provém a decisão impugnada, sendo certo que tais ações podem ser manejadas antes ou depois da preclusão, e até mesmo após a formação da coisa julgada. É o que ocorre, a título de exemplo, com a revisão criminal, que pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria (CPP, art. 621, I, II e III).

2. NATUREZA JURÍDICA DOS RECURSOS

Quanto à natureza jurídica dos recursos, são encontradas várias correntes doutrinárias:

a) o recurso funciona como desdobramento do direito de ação que vinha sendo exercido até o momento em que foi proferida a decisão: a nosso ver, o recurso é uma fase do mesmo processo, um

desdobramento da mesma ação. Ao ser interposto, o procedimento desenvolve-se em nova etapa da mesma relação processual;¹

b) o recurso funciona como nova ação dentro do mesmo processo;

c) o recurso funciona apenas como um meio destinado a obter a reforma da decisão, não importando se provocado pelas partes ou se determinado *ex officio* pelo juiz nas hipóteses em que a lei o obriga a adotar esta medida.

2.1. Interposição de recursos com intuito manifestamente protelatório e litigância de má-fé

Independentemente da discussão em torno da natureza jurídica dos recursos, é certo afirmar que não se trata de direito absoluto, mesmo em sede processual penal. Se é verdade que a todos se assegura o direito de impugnar decisões judiciais que sejam desfavoráveis aos seus interesses, até mesmo porque o duplo grau de jurisdição e a ampla defesa são garantias constitucionais e convencionais, também não é menos verdade que os recursos, como todo e qualquer direito, não podem ser manejados de maneira abusiva e desarrazoada, sob pena de violação a princípios como o da boa-fé objetiva processual. Interpor sucessivos recursos desnecessários pode configurar, assim, abuso do direito de recorrer, causando prejuízo à solução definitiva do processo e consequente violação à garantia da razoável duração do processo.

Por mais que não se possa negar ao processo penal a característica de um jogo, porquanto coloca frente a frente pessoas com interesses diametralmente opostos e invariavelmente com ânimos exaltados, é necessário que algumas regras sejam estabelecidas, aliás, como em qualquer outra atividade humana que coloque contentores frente a frente. Ora, se mesmo na guerra a ética há de ser preservada – a título de exemplo, o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, reputa crime de guerra “matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido” (Dec. 4.388/2002, art. 8º, 2, “b”, vi) –, como não se defender a existência de um princípio da boa-fé, mesmo no âmbito processual penal? Prova disso, aliás, é que a própria jurisprudência dos Tribunais Superiores firmou-se no sentido de que a utilização indevida das espécies recursais no processo penal desvirtua o postulado da ampla defesa e configura

abuso do direito de recorrer, sendo permitido, em tais casos, não apenas a fixação de multa por litigância de má-fé (CPC, arts. 79 a 81),² como também a baixa dos autos para execução imediata da pena, independentemente da publicação do acórdão recorrido e da certificação do trânsito em julgado.³

3. PRINCÍPIOS

3.1. Duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição deve ser entendido como a possibilidade de um reexame integral (matéria de fato e de direito) da decisão do juízo *a quo*, a ser confiado a órgão jurisdicional diverso do que a proferiu e, em regra, de hierarquia superior na ordem judiciária. A doutrina costuma apontar alguns fundamentos para o duplo grau de jurisdição:

a) **falibilidade humana:** o juiz é um ser humano e, portanto, falível. Pode cometer erros, equivocar-se, proferir uma decisão iníqua. Daí a necessidade de se prever um instrumento capaz de reavaliar o acerto (ou não) das decisões proferidas pelos magistrados. De mais a mais, não há como negar que a previsão legal dos recursos também funciona como importante estímulo para o aprimoramento da qualidade da prestação jurisdicional. Afinal, a partir do momento em que o juiz tem conhecimento de que sua decisão está sujeita a um possível reexame, o qual é feito, em regra, por órgão jurisdicional diverso e de hierarquia superior, composto por juízes dotados de larga experiência, isso serve como estímulo para o aprimoramento da função judicante, atuando como fator de pressão psicológica para que o juiz não cometa arbitrariedades na decisão da causa. Deveras, fosse o juiz sabedor, de antemão, que sua decisão seria definitiva e imodificável, porquanto não cabível a interposição de recurso, isso poderia dar margem a excessos na

2. STF, 2ª Turma, HC 192.814 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.11.2020, DJe 30.11.2020; STF, PET 4.972-AgR/GO, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30.10.2012, DJe 16.11.2012; STF, Pleno, RE 465.383 AgR-AgR-EDv-Ed/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 07.06.2011. E ainda: “(...) Evidente a intenção do agravante em prolongar indefinidamente o exercício da jurisdição, mediante a interposição dos inúmeros recursos e petições desprovidos de qualquer razão e notoriamente incabíveis. Recurso manifestamente infundado: imposição ao pagamento de multa de 10% do valor corrigido da condenação, nos termos do art. 557, §2º, do CPC”. (STF, AI 608.735-AgR-ED-AgR-ED-AgR/RR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 12.06.2009).

3. No sentido de que a sucessiva oposição de embargos de declaração contra determinado acórdão revela não só exagerado inconformismo, como também desrespeito ao Poder Judiciário e nítido caráter protelatório, constituindo abuso de direito, em razão da violação dos deveres de lealdade processual e comportamento ético no processo, bem como do desvirtuamento do próprio postulado da ampla defesa, circunstâncias que autorizam a baixa dos autos, independentemente da publicação do acórdão recorrido e da certificação do trânsito em julgado: STJ, Corte Especial, Processo sob sigredo de Justiça, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23.08.2022, DJe 25.08.2022.

1. Na mesma linha: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 329.

condução do processo. Haveria, assim, uma natural tendência para que o magistrado se acomodasse, deixando de lado os estudos, com evidente prejuízo à qualidade da prestação jurisdicional;

b) inconformismo das pessoas: é absolutamente natural o inconformismo da parte diante de uma decisão que lhe seja desfavorável. Afinal, em qualquer setor da atividade humana, ninguém se conforma com um primeiro julgamento contrário aos seus interesses. Este o motivo pelo qual se entende que a parte possui uma necessidade psicológica de obter uma reavaliação da decisão gravosa, ainda que sirva para confirmar o teor da decisão impugnada. A possibilidade de reexame dá conforto psicológico às partes, em razão da existência de um mecanismo de revisão da decisão da causa.

Em sede processual penal, o duplo grau de jurisdição é exercido, em regra, pelo recurso de apelação, cuja interposição contra decisões do juiz singular é capaz de devolver ao juízo *ad quem* o conhecimento de toda a matéria de fato e de direito apreciada (ou não) na instância originária. Outros recursos também materializam o duplo grau de jurisdição. A título de exemplo, o recurso ordinário em *habeas corpus* (CF, art. 102, II, “a”, e art. 105, II, “a”) também assegura o duplo grau em relação à decisão denegatória de *habeas corpus* de competência originária de outro tribunal, o mesmo ocorrendo com o recurso ordinário interposto contra decisões da Justiça Federal em relação a crimes políticos, cuja competência para apreciação é do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, II, “b”), e permite o reexame da matéria de fato e de direito decidida pelo Juiz Federal de 1ª instância.

Portanto, pode se concluir que os denominados recursos extraordinários, aí incluídos o recurso extraordinário e o recurso especial, não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição, não só porque não permitem o reexame pelos Tribunais Superiores da matéria fática e probatória apreciada na instância de origem, mas também porque não se prestam precipuamente à tutela do interesse das partes, mas sim à tutela da Constituição Federal, no caso do Recurso Extraordinário, e da legislação federal infraconstitucional, no caso do Recurso Especial.

Como se pode perceber, não se pode confundir o duplo grau de jurisdição com o recurso, como se a existência de um gerasse, inexoravelmente, a existência do outro. Apesar de se tratar de um princípio recursal, o duplo grau de jurisdição não se confunde com o recurso, podendo existir o primeiro sem o segundo, e vice-versa. De fato, o simples reexame da decisão da causa é feito, em regra, por meio de

um recurso, mas somente nas hipóteses em que esse reexame puder abranger toda a matéria de fato e de direito e for feito por órgão hierárquico superior, estar-se-á diante do duplo grau de jurisdição. De outro lado, é possível o duplo grau de jurisdição sem que exista recurso, como se dá com o reexame necessário, que funciona, na verdade, como condição de eficácia da decisão.

Noutro giro, o duplo grau de jurisdição também significa que, à exceção das hipóteses de competência originária dos Tribunais, o processo deve ser examinado uma vez no primeiro grau de jurisdição e reexaminado uma segunda vez em sede recursal pelo Tribunal. Não se pode, então, admitir que o Tribunal faça o exame direto de determinada matéria pela primeira vez, sob pena de supressão do primeiro grau de jurisdição, o que também seria causa de violação ao duplo grau de jurisdição. É o que ocorre, por exemplo, com as hipóteses de *mutatio libelli* (CPP, art. 384), que não pode ocorrer na segunda instância. Fosse possível sua aplicação em segunda instância, haveria supressão do primeiro grau de jurisdição. A propósito, a súmula nº 453 do Supremo preconiza que “não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa”.

Apesar de não estar assegurado de modo expresso na Constituição Federal, parte da doutrina entende que o direito ao duplo grau de jurisdição encontra-se inserido de maneira implícita na garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV) e no direito à ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV), com os meios e recursos a ela inerentes. Para além do fato de ser o recurso um aspecto, elemento, ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa, parte considerável da doutrina entende que a palavra “recursos” inserida no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal foi utilizada pelo constituinte originário em seu sentido técnico-jurídico. Ademais, a própria previsão constitucional que estabelece que os tribunais são dotados de competência originária e em grau de recurso seria uma demonstração evidente da constitucionalidade do duplo grau de jurisdição.

De todo modo, mesmo que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, certo é que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos o assegura de maneira expressa em seu art. 8º, § 2º, ‘h’, segundo o qual *toda pessoa acusada de delito tem direito de recorrer da sentença*

para juiz ou tribunal superior. É bem verdade que o duplo grau de jurisdição também está previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 9º, § 5º). Ocorre que, diferentemente da restrição aí concebida ('em conformidade com a lei'), o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, § 2º, 'h') garante o mesmo direito de forma ampla e irrestrita. Logo, por força do princípio *pro homine*, segundo o qual, em matéria de direitos humanos, deve sempre prevalecer a norma mais favorável, é a Convenção Americana que deve ter incidência, por se tratar de norma mais benéfica.⁴

Firmada a premissa de que o duplo grau de jurisdição está expressamente previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que tem status normativo supralegal, isso não significa dizer que seja cabível recurso contra toda e qualquer decisão proferida no curso de um processo penal. De fato, não se pode ignorar a existência de decisões incorríveis, tais como a admissão ou inadmissão do assistente de acusação no processo penal comum (CPP, art. 273),⁵ a improcedência das exceções de incompetência, litispendência, coisa julgada e ilegitimidade de parte (CPP, art. 581, III, interpretado *a contrario sensu*), a denegação da suspensão do processo em razão de questão prejudicial (CPP, art. 93, § 2º), assim como o reconhecimento da inexistência de repercussão geral no recurso extraordinário (Regimento Interno do STF, art. 326). Isso, todavia, ocorre apenas em situações excepcionais. Ademais, o fato de não haver previsão legal de recurso contra tais decisões não impede a utilização das ações autônomas de impugnação – *habeas corpus* e mandado de segurança –, notadamente diante do gravame causado à parte pelas referidas decisões judiciais.

3.1.1. Recolhimento à prisão para recorrer

Durante anos e anos, o recolhimento à prisão figurou no CPP como condição de admissibilidade recursal, caso o acusado condenado não fosse primário ou não tivesse bons antecedentes. Este draconiano fato impeditivo do conhecimento de um recurso estava previsto no revogado art. 594 do CPP,

cujas redação era a seguinte: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

Desde o advento da Constituição Federal, esse dispositivo já era questionado por boa parte da doutrina, sob o argumento de que o direito ao duplo grau de jurisdição não podia ser tolhido em virtude do não recolhimento do acusado à prisão. Não obstante a posição doutrinária, o disposto no revogado art. 594 do CPP era tido como válido pelos Tribunais Superiores, como se depreende da própria súmula nº 9 do STJ: “A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Ocorre que, em julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento acerca do assunto, pondo um fim à vinculação do conhecimento do recurso ao recolhimento do acusado à prisão.⁶ Entendeu a Suprema Corte que haveria um conflito entre a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressamente prevista no art. 8º, 2º, h, do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento por força do art. 5º, § 2º, da CF, e a exigência de o condenado recolher-se ao cárcere para que a apelação fosse processada, conforme previsto no revogado art. 594, do CPP.⁷

À época, ainda não havia consenso na Suprema Corte quanto ao status normativo supralegal dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Porém, concluiu-se que, mesmo que se entendesse que se situam no mesmo plano de validade das leis ordinárias, se a Convenção Americana de Direitos Humanos (que assegura o duplo grau de jurisdição de maneira ampla e irrestrita) entrou em vigor no ordenamento jurídico interno em 09 de novembro de 1992 – data em que foi publicado o Decreto presidencial que determinou seu integral cumprimento (Dec. 678/92) – e, portanto, em data posterior ao Código de Processo Penal, há de se concluir que

6. STF, 1ª Turma, HC 88.420/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/04/2007, DJe 32 06/06/2007.

7. Mesmo antes da decisão proferida no HC 88.420, o Supremo Tribunal Federal já caminhava no sentido de declarar inválidos (total ou parcialmente) os dispositivos da revogada Lei nº 9.034/95 (art. 9º – “o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei”) e da Lei nº 9.613/98 (art. 3º – “... o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”), quando a reclamação 2.391 perdeu seu objeto. Na mesma linha, porém pelo Tribunal Pleno do Supremo: HC 90.279/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26/03/2009, DJe 157 20/08/2009. Com o entendimento de que, previsto o direito ao duplo grau de jurisdição implicitamente na Constituição Federal, inválida será a legislação ordinária que imponha como condição de admissibilidade recursal o recolhimento do acusado à prisão: STF, Pleno, RHC 83.810/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 200 22/10/2009.

4. Como destaca Antônio Cançado Trindade, em tema de direitos humanos, deve-se abandonar a antiga polêmica entre monistas e dualistas: “não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno”. A primazia é “da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno”. (*A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*, p. 317-318, *apud* Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. P. 122, nota 126).

5. No processo penal militar, há previsão legal de recurso denominado contra a decisão que indeferir o pedido de assistência (CPPM, art. 65, § 1º, *in fine*).

restou revogada a legislação anterior que com ela era incompatível (*lex posterior derogat priori*). Em outras palavras, se, no mínimo, o Pacto de São José da Costa Rica tem valor de lei ordinária, isso significa dizer que o art. 8º, § 2º, “h”, do Dec. 678/92, revogou lei ordinária anterior que com ele era incompatível, *in casu*, o revogado art. 594 do CPP.

De se ver que dois foram os fundamentos invocados pelo Relator para admitir a tese de que o duplo grau de jurisdição não pode ser tolhido pelo fato de o réu não ter sido preso (embora sua prisão tenha sido decretada): 1) o duplo grau de jurisdição no crime tem estatura constitucional; 2) a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos ao Direito brasileiro (1992) é posterior ao revogado art. 594 do CPP, ou seja, norma superior prepondera sobre norma inferior, ou lei posterior derroga lei anterior.

Do julgado também podemos extrair duas importantes conclusões: **a)** o direito de apelação pode ser exercido no âmbito criminal, independentemente do recolhimento do acusado à prisão, pouco importando também se ele é primário ou não, portador de bons antecedentes ou não; **b)** nada impede que o juiz, na sentença condenatória, decrete a prisão preventiva do acusado, fazendo-o de maneira fundamentada à luz das hipóteses previstas nos arts. 312 e 313 do CPP.⁸

Consolidando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC 88.420, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou em 23 de abril de 2008 o enunciado da **súmula nº 347**, segundo o qual *o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão*. Por consequência, deixou de ter qualquer validade a súmula nº 09 do STJ. Além disso, ao editar a súmula nº 347, o STJ passou a reconhecer: o duplo grau de jurisdição como garantia do acusado; a impossibilidade de lei ordinária limitar o direito de recurso; e a possibilidade de prisão somente quando a decisão for devidamente fundamentada com fatos concretos e dentro dos parâmetros do art. 312 do CPP, ou quando transitada em julgado a decisão condenatória.⁹

Toda essa discussão ganhou ainda mais reforço a partir do novo entendimento da Suprema Corte acerca do status normativo de tratados internacionais de direitos humanos. Como visto

anteriormente, passou o Supremo a considerá-los dotados de status normativo supralegal, do que deriva a inaplicabilidade da legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.¹⁰

Se é este o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do status normativo do Pacto de São José da Costa Rica, que expressamente assegura aos acusados o direito ao duplo grau de jurisdição (Dec. 678/92, art. 8º, § 2º, “h”), forçoso é concluir que toda a legislação infraconstitucional que outrora condicionava o conhecimento da apelação ao recolhimento do acusado à prisão deixou de ter acolhida no ordenamento pátrio. São inválidos, portanto, porque não compatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura aos acusados o direito ao duplo grau de jurisdição, os seguintes dispositivos legais:¹¹

a) Lei nº 7.492/86 (art. 31, caput): nos crimes contra o sistema financeiro nacional previstos na referida lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá prestar fiança, *nem apelar antes de ser recolhido à prisão*, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva;¹²

b) Lei nº 8.038/90 (art. 27, § 2º): apesar de os recursos extraordinário e especial não serem dotados de efeito suspensivo, ao apreciar o HC 84.078, decidiu o Supremo Tribunal Federal que ofende o princípio da não culpabilidade a execução provisória de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP. De se notar que o art. 1072, IV, do novo CPC, revogou os arts. 13 a 18, 26 a 29 e 38 da Lei nº 8.038/90. De todo modo, consoante disposto nos arts. 995 e 1029, § 5º, do novo CPC, o recurso extraordinário e o recurso especial continuam desprovidos de efeito suspensivo, pelo menos em regra;

c) Lei nº 8.072/90 (art. 2º, § 3): “em caso de sentença condenatória, o juiz

10. STF, Pleno, HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 118 25/06/2009.

11. Segundo Tourinho Filho, todas essas disposições caíram no vazio, não só em face do § 1º do art. 387 do CPP, como também pela revogação do art. 594. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 33ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 413).

12. No sentido de que a exigência de recolhimento compulsório do condenado para apelar viola os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição, daí por que também se aplica ao disposto no art. 31 da Lei nº 7.492/86, que possui redação análoga à do revogado art. 594 do CPP: STF, 2ª Turma, 103.986/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 08/02/2011, DJe 37 23/02/2011.

8. Nessa linha: CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit. p. 51.

9. ZAPPALA, Amália Gomes. Súmula 347 do STJ – Fim da institucional escolha entre liberdade e apelação. *Boletim IBCCrim* 187, ano 16. São Paulo: IBCCrim, junº 2008, p. 18.

decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”;

d) revogada Lei nº 9.034/95 (art. 9º): “o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei”: de se notar que não consta da nova Lei das Organizações Criminosas nenhum dispositivo legal expresso quanto à necessidade de recolhimento à prisão para apelar;

e) Lei nº 9.613/98 (revogado art. 3º, *caput*, *in fine*): “... em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. Em relação ao dispositivo em questão, o Plenário do Supremo concluiu não ser caso de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.613/98, mas sim de interpretação conforme a Constituição, para se interpretar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá, ou não, apelar em liberdade, verificando se estão presentes, ou não, os requisitos da prisão cautelar.¹³ De todo modo, com o advento da Lei nº 12.683/12, o art. 3º da Lei nº 9.613/98 foi expressamente revogado;

f) Lei nº 11.343/06 (art. 59, *caput*): “nos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória”;

g) CPPM, art. 527: “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, reconhecidas tais circunstâncias na sentença condenatória”. A partir da decisão do Supremo no HC 88.420/PR, está superado o entendimento constante da súmula nº 11 do Superior Tribunal Militar, segundo a qual *o recolhimento à prisão, como condição para apelar (art. 527 do CPPM), aplica-se ao réu foragido e, tratando-se de revel, só é aplicável se a sentença houver negado o direito de apelar em liberdade*.

Certamente, haverá quem diga que tais dispositivos não foram revogados pela nova sistemática adotada pelas Leis 11.689/08, 11.719/08 e 12.403/11, sob o argumento de que, por se tratarem de leis especiais, deve prevalecer a regra *lex specialis derogat legi generalis*, com o que não podemos concordar. De fato, como adverte Badaró, quando uma lei especial excepciona uma regra geral, o faz diante da

inadaptabilidade daquela disciplina comum para as peculiaridades dos casos regidos pela lei especial. Obviamente, no caso de uma verdadeira revolução na disciplina da lei geral, que passa a seguir um sistema completamente novo, não se pode, pura e simplesmente, negar aplicação à nova lei geral, ou melhor, ao novo sistema global às situações disciplinadas pela lei especial. Isso porque desaparece, em tal caso, a justificativa de adoção do fator de diferenciação.¹⁴

Hoje, portanto, independentemente do recolhimento à prisão, ou até mesmo de eventual fuga durante a tramitação do recurso, o acusado terá assegurado o direito ao duplo grau de jurisdição. O recolhimento do condenado à prisão não pode ser exigido como requisito para o conhecimento do recurso de apelação, sob pena de violação ao duplo grau de jurisdição e aos direitos de ampla defesa e à igualdade entre as partes no processo.¹⁵

Se o conhecimento da apelação independe do recolhimento à prisão, isso, no entanto, não significa dizer que o acusado não possa ser preso quando da sentença condenatória. A prisão preventiva pode ser decretada, seja no momento da pronúncia, seja no momento da sentença condenatória, desde que o magistrado o faça de maneira fundamentada, apontando a presença dos pressupostos dos arts. 312 e 313 do CPP, associada à insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão para assegurar a eficácia do processo.

Pondo fim a essa controvérsia, a Lei nº 11.719/08, que alterou o procedimento comum do Código de Processo Penal, revogou, de modo expresso, o art. 594 do CPP, além de revogar tacitamente o art. 393, I, constando agora expressamente do art. 387, § 1º, que o juiz, ao proferir sentença condenatória, decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, *sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta*. A nosso ver, cuida-se de regramento geral, a ser aplicado a todo e qualquer processo criminal, sendo inviável que se exija o recolhimento do acusado à prisão para que seu recurso seja conhecido. A Lei nº 12.403/11 (art. 4º), por sua vez, revogou expressamente os arts. 393 e 595 do Código de Processo Penal.

13. STF, Pleno, HC 83.868/AM, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 71 16/04/2009. Concordamos com a assertiva de que o magistrado pode decretar a prisão preventiva no momento da sentença condenatória, desde que o faça à luz de uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Porém, com a devida vênia, o fato de a prisão preventiva ter sido decretada de maneira fundamentada jamais pode servir de óbice ao conhecimento do recurso, sob pena de afronta ao duplo grau de jurisdição, previsto expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

14. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011*. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 269.

15. STF, Pleno, RHC 83.810/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 200 22/10/2009.

Se o conhecimento da apelação independe do recolhimento à prisão do acusado, também se tem como inválido o revogado art. 595, *caput*, do CPP, que previa hipótese de extinção anômala da apelação pela deserção, quando o réu fugisse depois de haver apelado, nas hipóteses em que o juiz tivesse condicionado o conhecimento da apelação ao recolhimento ao cárcere. Nas palavras do Min. Joaquim Barbosa, “o art. 595 do Código de Processo Penal institui pressuposto recursal draconiano, que viola o devido processo legal, a ampla defesa, a proporcionalidade e a igualdade de tratamento entre as partes no processo. [...] Ordem concedida para determinar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios proceda ao julgamento do mérito da apelação interposta pelo paciente. Somente contra esse futuro julgamento é que eventual recurso acusatório poderá ser interposto contra o paciente”.¹⁶

De modo semelhante, também não se pode exigir o recolhimento do acusado à prisão para que possa se insurgir contra a decisão de pronúncia. Com a reforma do CPP pela Lei nº 11.689/08, encontra-se implicitamente revogado o dispositivo do art. 585 do CPP, uma vez que o acusado somente deve se recolher ao cárcere se o magistrado assim entender necessário e desde que de modo motivado (CPP, art. 413, § 3º).¹⁷

O art. 528 do Código de Processo Penal Militar (*Será sobrestado o recurso se, depois de haver apelado, fugir o réu da prisão*) também deve ser considerado não recepcionado diante da Constituição de 1988 (princípios do devido processo legal e da ampla defesa), ou, mesmo que assim não se entenda, perdeu sua validade diante da incorporação ao ordenamento pátrio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Conquanto o dispositivo do CPPM fale em sobrestamento do recurso, que se diferencia de extinção anômala por deserção (CPP, revogado art. 595, *caput*), o fundamento é idêntico: não se pode condicionar o conhecimento do recurso à permanência do réu na prisão, mesmo que não seja ele primário ou portador de bons antecedentes. Convém destacar que, no Código de Processo Penal Militar, há inclusive disposição expressa no sentido de que tratados devem prevalecer sobre as normas previstas no CPPM quando houver divergências nos casos concretos (CPPM, art. 1º, § 1º).

16. STF, 2ª Turma, HC 84.469/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 083 09/05/2008. Em sentido semelhante, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal: STF, Pleno, HC 85.369, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 079 29/04/2009. E ainda: STF, Pleno, HC 85.961/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 71 16/04/2009.

17. Nesse sentido: STF, 1ª Turma, HC 101.244/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16/03/2010, DJe 62 08/04/2010.

3.1.2. Acusados com foro por prerrogativa de função

Pelo menos em regra, acusados com foro por prerrogativa de função não têm direito ao duplo grau de jurisdição, aí entendido como a possibilidade de reexame integral da sentença de primeiro grau a ser confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. Não obstante a previsão expressa do duplo grau de jurisdição na Convenção Americana de Direitos Humanos, como a Constituição Federal silenciou acerca do cabimento de recursos ordinários nos casos de competência originária dos Tribunais, não poderia o direito infraconstitucional instituí-los. Tal conclusão foi firmada pelo Plenário do STF no julgamento do RHC 79.785/RJ.¹⁸

Tal conclusão não ressoa incongruente, na medida em que, se a prerrogativa de função tem o condão de qualificar o julgamento daquelas pessoas que ocupam cargos públicos relevantes (julgadas que são por magistrados com maior conhecimento técnico e experiência, em composição colegiada mais ampla), não haveria sentido exigir-se duplo grau de jurisdição, cuja essência, além da possibilidade de revisão da decisão proferida por órgão jurisdicional distinto, é exatamente a mesma que subjaz ao foro especial, qual seja, o exame do caso por magistrados de hierarquia funcional superior, em tese mais qualificados e experientes.¹⁹

Logo, se um membro do Ministério Público Estadual praticar determinado delito (salvo crime eleitoral), deverá ser processado e julgado no Tribunal de Justiça do respectivo Estado, não tendo direito de apelar em caso de decisão condenatória (ou absolutória). Isso, todavia, não significa que não possa recorrer, porquanto será possível a interposição de Recurso Extraordinário ou Especial, ou, ainda, se cabível, o *habeas corpus* constitucional, nas hipóteses expressamente previstas nos arts. 102, I, “i”, 105, I, “c”. No entanto, esses recursos extraordinários

18. Para o Supremo, “(...) A falta de órgãos jurisdicionais *ad qua*, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada” (STF, Pleno, RHC 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda pertence, j. 29/03/00). No sentido de que o foro por prerrogativa de foro constitui exceção à garantia ao duplo grau de jurisdição: STF, Pleno, ADI 5.175-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22.06.2020, DJe 06.08.2020. Com entendimento semelhante: STF, 2ª Turma, RHC 122.806/AM, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18/11/2014.

19. No sentido de que não se reconhece a incidência do direito ao duplo grau de jurisdição em julgamentos proferidos em ações penais de competência originária dos Tribunais: STJ, 6ª Turma, EDcl no REsp 1.484.415/DF, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 03/03/2016, DJe 14/04/2016.

não correspondem ao denominado duplo grau de jurisdição, na medida em que, por meio deles, não se admite impugnação da matéria de fato e de direito. Prestam-se, muito mais, à tutela da Constituição Federal (Recurso Extraordinário) e da legislação federal infraconstitucional (Recurso Especial).

A decisão proferida pelo Supremo no RHC 79.785, negando a existência do duplo grau de jurisdição aos acusados com foro por prerrogativa de função, utilizou como uma de suas premissas o *status* hierárquico que a Suprema Corte emprestava aos tratados internacionais de direitos humanos à época, qual seja, o de lei ordinária. Ocorre que, posteriormente, houve uma mudança de paradigma por parte do Supremo, que passou a entender que os tratados internacionais de direitos humanos possuem status normativo supralegal, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.

Ora, tendo em conta que o duplo grau de jurisdição está previsto expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 8º, nº 2, “h”), resta saber se esse entendimento do Supremo Tribunal Federal negando o direito ao duplo grau de jurisdição não está a merecer mudança de posicionamento nos casos em que o corréu sem foro por prerrogativa de função é julgado pelos Tribunais em virtude da conexão ou da continência.

De acordo com a súmula 704 do Supremo, *não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados*. Da leitura da referida súmula, que não faz menção à eventual violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, depreende-se que, caso um deputado federal pratique um crime em coautoria com um cidadão que não faça jus a foro por prerrogativa de função, ambos poderão ser julgados perante a Suprema Corte. Em relação ao Deputado Federal, pensamos que a questão não apresenta maiores problemas. Afinal, se a própria Constituição estabeleceu seu foro por prerrogativa de função perante a mais alta Corte do País (art. 53, § 1º), não havendo um juízo *ad quem* que possa viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, este não terá o direito de apelar.

Todavia, bem diversa é a situação do coautor ou partícipe. De fato, o que determina o *simultaneous process* em relação a sua pessoa perante o Supremo é a continência por cumulação subjetiva, norma prevista em lei ordinária: Código de Processo Penal (art. 77, I). Ocorre que, por força desse julgamento perante o Supremo, o coautor não terá direito de

apelar. Fica a dúvida, então: poderia uma lei ordinária (CPP, art. 77, I) prevalecer sobre dispositivo que tem status normativo supralegal (Pacto de São José da Costa Rica, art. 8º, nº 2, “h”), privando o coautor do direito de apelar? Pensamos que não. Destarte, diante do status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, e considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê o direito ao duplo grau de jurisdição de maneira expressa, caso o coautor não tenha foro por prerrogativa de função, impõe-se a separação dos processos, respeitando-se, quanto a este, o direito assegurado no art. 8º, nº 2, “h”, do Dec. 678/92.

Esse entendimento acabou sendo rechaçado pelo Plenário do Supremo em Questão de Ordem suscitada na Ação Penal nº 470/MG (“Mensalão”). Para a Suprema Corte, nas causas de competência originária, não há falar em duplo grau obrigatório de jurisdição, independentemente de se tratar de acusado com foro por prerrogativa de função ou mero coautor ou partícipe julgado pelo mesmo Tribunal em virtude da conexão ou da continência. Da ponderação entre as regras do Pacto de São José da Costa Rica e da Constituição, prevalecem estas, emanadas do Poder Constituinte originário.²⁰

No julgamento do processo referente ao “Mensalão”,²¹ o Supremo também reconheceu, por maioria, o cabimento dos embargos infringentes contra decisão não unânime do Plenário que julgar procedente a ação penal, *desde que presentes pelo menos 4 (quatro) votos divergentes e vencidos pela absolvição*, nos termos do art. 333, I, do RISTF. À primeira vista, sob o argumento de que a apreciação dos embargos infringentes pelo próprio Plenário do STF não implica reexame do julgado por instância superior, já que, à época, os embargos foram examinados pelo mesmo órgão jurisdicional prolator da decisão impugnada – Plenário do Supremo –, poder-se-ia concluir, então, que o conhecimento desse recurso não corresponderia ao duplo grau de jurisdição. No entanto, a despeito da acirrada controvérsia entre os Ministros,²² acabou prevalecendo

20. STF, Pleno, AP 470/MG – 1, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 02/08/2012.

21. STF, Pleno, Ap 470 AgR – vigésimo sexto/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 18/09/2013.

22. Para os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, ao regular integralmente os recursos cabíveis em ação penal originária de competência do Supremo, a Lei nº 8.038/90, além de esgotar o rol de medidas processuais voltadas ao reexame dos julgados, teria deixado de dispor sobre os embargos infringentes. Logo, este silêncio eloquente deveria ser interpretado no sentido de que a regra regimental teria sido revogada pela Lei nº 8.038/90, que seria posterior e teria disciplinado, de modo total, o processo e julgamento das ações penais originárias no STF, não prevenindo recurso quanto ao julgamento de mérito dessa natureza. De mais a mais, como os embargos

a orientação de que o conhecimento dos embargos infringentes atenderia à exigência do duplo reexame constante do Pacto de São José da Costa Rica. Para a maioria dos Ministros, o cabimento dos infringentes nas ações penais de competência originária do STF justificar-se-ia pela posição singular de cúpula ostentada por esta Corte na organização do Poder Judiciário brasileiro. Cuidar-se-ia de decorrência lógica do sistema a exigir que, em não havendo qualquer outra instância superior que pudesse ser buscada para plena satisfação da justiça, fosse permitido ao Supremo, mediante provocação e antes da formação da coisa julgada, averiguar se cometera eventuais equívocos ou ilegalidades na condenação penal por ele imposta em decisão não unânime. Dessa maneira, a previsão dos embargos infringentes no STF representaria conformação ao princípio da pluralidade de graus jurisdicionais, permitindo ao órgão de cúpula a derradeira oportunidade de corrigir erros de fato ou de direito verificados em suas decisões de natureza penal, sobretudo porque em jogo o *status libertatis*.

Ainda em relação aos embargos infringentes de competência do Supremo Tribunal Federal, é de todo relevante destacar que, originariamente – inclusive à época do julgamento do caso “Mensalão” – toda e qualquer autoridade dotada de foro por prerrogativa de função perante aquela Corte era julgada pelo Plenário, e não pelas Turmas. Todavia, desde junho de 2014, com a entrada em vigor da Emenda Regimental n. 49, as Turmas passaram a ter competência para julgar todas as autoridades dotadas de foro perante aquele Tribunal, à exceção do Presidente da República, do Vice-Presidente da República, do Presidente do Senado Federal, do Presidente da Câmara dos Deputados, dos Ministros do STF e do Procurador-Geral da República (RISTF, art. 5º, I, c/c art. 9º, I, alíneas “j” e “k”, ambos com redação determinada pela Emenda Regimental n. 49/2014). À época, o objetivo da alteração foi conferir maior celeridade ao julgamento desses tipos de

processos e viabilizar a atuação do Plenário, então sobrecarregado com o volume de processos criminais originários.

À época, quando opostos contra decisões proferidas em processo penal de competência originária das Turmas, os embargos infringentes eram cabíveis quando proferidos dois votos minoritários de caráter absolutório em sentido próprio, não se revelando possível, para efeito de compor esse número mínimo, a soma de votos minoritários de conteúdo diverso, como, por exemplo, o eventual reconhecimento de prescrição.²³ Todavia, quando o quórum na sessão da Turma do Supremo estivesse incompleto, com, por exemplo, apenas 4 (quatro) Ministros, e não 5 (cinco), bastaria um único voto absolutório em sentido próprio para fins de cabimento dos embargos infringentes. Ora, se o quórum estava incompleto na sessão, a parte não poderia ser prejudicada. Era de rigor, portanto, o *distinguishing*, até mesmo porque a exigência de dois votos absolutórios conduziria, por si só, a absolvição do acusado.²⁴

A constitucionalidade da Emenda n. 49/2014, que, à época, transferiu a competência do Plenário para as Turmas para processar e julgar, pelo menos em regra, as autoridades dotadas de foro junto ao STF, foi objeto de análise no julgamento da **ADI n. 5.175**.²⁵ Prevaleceu o entendimento no sentido de que não haveria qualquer violação ao princípio da isonomia, nem tampouco ao princípio do juiz natural, até mesmo porque o Supremo exerce sua competência não apenas pelo Plenário, mas também pelas Turmas, pelo Presidente e por meio de cada Ministro. De mais a mais, o foro por prerrogativa de função não assegura o julgamento pelo Plenário da Corte, cabendo privativamente aos tribunais definir a competência e o funcionamento de seus órgãos, como expressão de autonomia e autogoverno do Poder Judiciário. *In casu*, a alteração regimental teria sido levada a efeito à época de modo a conciliar os inúmeros processos penais que estavam em tramitação naquela Corte ao princípio da duração razoável do processo. As Turmas, como órgãos fracionários, estão mais bem habilitadas a julgar a maior parte dos processos de índole subjetiva, em razão da maior agilidade e celeridade na prestação jurisdicional individualizada.

infringentes em questão seriam julgados pelo mesmo Plenário que já havia anteriormente condenado os recorrentes, a reapreciação de fatos e provas pelo mesmo órgão colegiado seria indevida e apenas eternizaria o julgamento. Afinal, a razão de ser dos embargos infringentes, nos casos em que permitidos, seria propiciar o reexame das decisões proferidas por *órgãos fracionários*, a possibilitar nova decisão por outro órgão, de composição mais ampla. Em divergência, os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello admitiram os embargos infringentes. Para eles, enquanto a legislação ordinária contemplaria o cabimento dos embargos infringentes para decisão não unânime de recurso em sentido estrito e de apelação (CPP, art. 609), no âmbito do STF, os embargos infringentes teriam previsão no art. 333 do RISTF, dispositivo este que não fora expressamente revogado pela Lei nº 8.038/90, sendo recepcionado pela Constituição Federal com *status* de lei ordinária.

23. Nesse sentido: STF, Pleno, AP 863 EI-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 19/04/2018; STF, Pleno, AP 946/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30/08/2018.

24. Com esse entendimento: STF, Pleno, AP 929 ED-2º julg-EI/AL, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/10/2018.

25. STF, Pleno, ADI 5.175/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22.06.2020, DJe 06.08.2020.

Ocorre que, em sessão administrativa realizada no dia 7 de outubro de 2020, os Ministros do STF decidiram que todos os inquéritos e processos penais em trâmite no Tribunal voltem a ser competência do Plenário (Emenda Regimental n. 57/2020). A proposta de alteração no Regimento Interno da Corte (RISTF), formulada pelo presidente do Tribunal, ministro Luiz Fux, foi aprovada por unanimidade. A partir do momento em que o Supremo modificou seu entendimento quanto à prerrogativa de foro, restringindo sua competência apenas aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas, a quantidade de procedimentos criminais em tramitação foi substancialmente reduzida, com a remessa de ações a outras instâncias.

3.2. Princípio da taxatividade dos recursos

Para que a parte possa se insurgir contra determinada decisão judicial, há necessidade de se verificar a previsão legal de recurso contra tal decisão, isto é, a possibilidade de revisão das decisões judiciais deve estar prevista em lei. Os recursos dependem, portanto, de previsão legal, do que se conclui que o rol dos recursos e as hipóteses de cabimento configuram um elenco taxativo. Isso porque, segundo a doutrina, “na tentativa de equilibrar as garantias do valor justiça e do valor certeza, não se pode admitir que a via recursal permaneça infinitamente aberta, o que sacrificaria o princípio da segurança jurídica”.²⁶

Esse instrumento de impugnação de decisões judiciais deve estar expressamente previsto em *lei federal*. Isso porque, segundo o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre direito processual. Por isso, os recursos estão previstos no ordenamento processual de forma exaustiva, em rol legal *numerus clausus*.

Dá, todavia, não se pode concluir pela impossibilidade de interpretação extensiva da norma processual penal, nem tampouco pela inviabilidade de aplicação analógica, como expressamente admitido, aliás, pelo art. 3º do CPP. É exatamente o que ocorre, a título de exemplo, com as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, previstas no art. 581 do CPP. Há quem diga que não é possível a interpretação extensiva do referido rol. Na verdade, o que não se admite é a ampliação para casos em que a lei evidentemente quis excluir.

3.3. Princípio da unirrecorribilidade das decisões

Por conta do princípio da unirrecorribilidade (unicidade ou singularidade), pode-se dizer que, pelo menos em regra, a cada decisão recorrível corresponde um único recurso. A título de exemplo de aplicação desse princípio, o art. 593, § 4º, do CPP, prevê que, quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra. Portanto, se, no bojo de uma sentença, houver a condenação do acusado em relação a um delito e a extinção da punibilidade quanto a outro, tem-se que o recurso cabível será o de apelação, ainda que o Ministério Público pretenda se insurgir apenas contra a extinção da punibilidade.

Admite-se a interposição concomitante de mais de um recurso contra a mesma decisão, desde que tenham a mesma natureza jurídica, o que é bastante comum quando há sucumbência recíproca. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz julga parcialmente procedente o pedido condenatório formulado pelo Ministério Público, deixando de reconhecer, no entanto, a existência de uma qualificadora constante da peça acusatória. Em tal hipótese, ainda que haja a interposição de duas apelações – uma pelo Ministério Público, objetivando o reconhecimento da qualificadora; outra pela defesa, visando um decreto absolutório –, o princípio da unicidade será preservado porque os recursos têm a mesma natureza jurídica.

Por força do princípio da unirrecorribilidade – e da própria ideia de preclusão consumativa –, na hipótese de interposição de dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão, não se conhece daquele apresentado em segundo lugar.²⁷

Se, em regra, admite-se tão somente uma espécie recursal como meio de impugnação contra cada decisão judicial (unirrecorribilidade), é certo que há decisões objetivamente complexas, com capítulos distintos, em que a própria lei prevê o cabimento concomitante de dois ou mais recursos. Como exceções ao princípio da unirrecorribilidade, a doutrina costuma citar os seguintes exemplos:

a) protesto por novo júri quanto à condenação pela prática de um delito à pena de reclusão igual ou superior a 20 (vinte) anos (v.g., homicídio qualificado) e apelação quanto ao crime conexo (v.g., estupro): esta hipótese deixou de existir com a

26. Nessa linha: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 32.

27. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.861.113-RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 22.09.2020, DJe 29.09.2020.

entrada em vigor da Lei nº 11.689/08, que extinguiu o protesto por novo júri;

b) recurso extraordinário e recurso especial: desde que presentes fundamentos constitucionais e legais que autorizem as duas impugnações, incumbe à parte interpor, simultaneamente, ambos os recursos. Nesse caso, é bom lembrar que, na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial daquele em decisão irrecorrível, sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para julgar o extraordinário (NCPC, art. 1.031, §2º). Porém, se o relator do recurso extraordinário, em decisão irrecorrível, rejeitar a prejudicialidade, devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial (NCPC, art. 1.031, §3º);

c) embargos infringentes e de nulidade contra a parte não unânime de decisão proferida pelos Tribunais de Justiça (ou TRF's) no julgamento de apelações, recursos em sentido estrito e agravos em execução (CPP, art. 609, parágrafo único), e recurso extraordinário e/ou especial se houver fundamentos constitucionais e legais que autorizem tais impugnações.

3.4. Princípio da fungibilidade

O princípio da fungibilidade está previsto expressamente no art. 579, *caput*, do CPP, segundo o qual “salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro”.

A aplicação deste princípio está condicionada à inexistência de má-fé. Na visão da melhor doutrina, para se aferir a boa-fé do recorrente, ou, *a contrario sensu*, sua má-fé, deve se demonstrar que o equívoco do recorrente não foi cometido de maneira deliberada, a fim de obter alguma vantagem de ordem processual de seu suposto lapso. A má-fé do recorrente é tida como presumida nas seguintes hipóteses:

a) quando não for observado o prazo previsto em lei para o recurso adequado: caso a parte venha a interpor o recurso errado, porém o fazendo no prazo legal do recurso adequado, presume-se que agiu de boa-fé. Por outro lado, se, a título de exemplo, a parte sucumbente, diante da perda do prazo para eventual apelação – 5 (cinco) dias, nos termos do art. 593 do CPP –, interpor recurso extraordinário para tentar se beneficiar de seu prazo mais elástico – 15 (quinze) dias –, afigura-se inviável a aplicação do princípio da fungibilidade, porquanto presumida sua má-fé;²⁸

b) erro grosseiro: a aplicação do princípio da fungibilidade só é possível quando houver dúvida objetiva sobre o recurso adequado, situação em que o ordenamento jurídico tolera a interposição do recurso inadequado, desde que dentro do prazo legal do recurso correto. Exemplificando, como há dispositivo expresso no CPP acerca do recurso adequado contra a sentença definitiva de condenação proferida por juiz singular – apelação (CPP, art. 593, I) –, deve se concluir que não será possível a aplicação do princípio da fungibilidade se, em tal hipótese, houver a interposição de recurso extraordinário pela parte prejudicada. Afinal, como a lei é expressa acerca do recurso adequado, inexistindo qualquer controvérsia doutrinária ou jurisprudencial sobre a matéria, o equívoco cometido pelo recorrente deve ser tido por grosseiro, o que acaba por inviabilizar a aplicação da fungibilidade. Na mesma linha, também caracteriza erro grosseiro a interposição de recurso de apelação em vez de recurso em sentido estrito contra decisão que desclassificou o crime determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal. Por isso, concluiu o STJ que a declinação da competência para juízo diverso não caracteriza dúvida necessária para autorizar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, a teor do art. 579 do CPP.²⁹ Na mesma linha, considerando-se não ser cabível “pedido de reconsideração” contra acórdão, ante a ausência de previsão legal ou regimental, só se vislumbrando a sua possibilidade em face de decisão monocrática, não se pode admitir a aplicação do princípio da fungibilidade para fins de se admitir referido pedido como embargos de declaração, já que se trata de erro inescusável.³⁰ Como se pode perceber, o princípio da fungibilidade não visa resguardar a parte do erro grosseiro do profissional, mas tão somente evitar que controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao recurso adequado causem prejuízo ao recorrente.³¹

manifestamente infringente, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal pressupõe a tempestividade do recurso interposto, o que não ocorrera no caso concreto: STJ, 5ª Turma, AgRg nos EDcl no Ag 1366827/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14/06/2011, DJe 28/06/2011.

29. STJ, 6ª Turma, REsp 611.877/RR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 17/04/2012. Para o STJ, o acórdão que julga recurso em sentido estrito deve ser atacado por meio de recurso especial, configurando erro grosseiro a interposição de recurso ordinário em habeas corpus. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, RHC 042.394/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 10/03/2016, DJe 16/03/2016; STJ, 6ª Turma, AgRg no RHC 037.923/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20/11/2014, DJe 12/12/2014.

30. STJ, 5ª Turma, RCD no AgRg no HC 746.844/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 08.11.2022, DJe 11.11.2022; STJ, 5ª Turma, AgRg nos EDcl no AgRg no HC 570.813/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 15/9/2020, DJe de 21/9/2020.

31. Há precedente do STJ (6ª Turma, RHC 26.283/PR, Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE –, julgado em 22/03/2011) entendendo que, com base no princípio da fungibilidade,

28. Como se pronunciou o STJ, embora seja possível receber os embargos de declaração como agravo regimental, quando tiverem caráter