

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 05/09/2013

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/35361-recursos-no-processo-penal-brasileiro-regrasgerais-do-c-digo-de-processo-penal-e-do-pls-156-2009

Autori: Bruno Rotta Almeida, Diego Alan Schöfer Albrecht

Recursos no Processo Penal Brasileiro: regras gerais do código de Processo Penal e do PLS 156/2009

RECURSOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: REGRAS GERAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DO PLS 156/2009¹

Bruno Rotta Almeida²

Diego Alan Schöfer Albrecht³

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. 3 A CLASSIFICAÇÃO E OS EFEITOS DOS RECURSOS. 4 PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL NA FASE RECURSAL. 4.1 Princípio da Jurisdicionalidade. 4.2 Princípio Acusatório. 4.3 Presunção de Inocência. 4.4 Contraditório e Direito de Defesa. 4.5 Motivação das Decisões Judiciais. 5 REGRAS DO SISTEMA RECURSAL. 5.1 Fungibilidade. 5.2 Unirrecorribilidade. 5.3 Motivação dos recursos. 5.4 Proibição da reformatio in pejus e permissão de reformatio in mellius. 5.5 Tantum Devolutum Quantum Apellatum. 5.6 Irrecorribilidade dos despachos de mero expediente e das decisões interlocutórias (simples). 5.7 Complementaridade recursal. 5.8 (In)disponibilidade dos recursos. 5.9 Extensão subjetiva dos efeitos do recurso. 6 REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DOS RECURSOS. 6.1 Requisitos objetivos. 6.2 Requisitos subjetivos. 7 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO. 8. BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DAS ALTERAÇÕES PREVISTAS PELO PLS 156/2009.

Resumo

O artigo apresenta um estudo sobre os recursos no processo penal brasileiro e as perspectivas de alterações presentes no PLS 156/2009. Para tanto, analisamos os princípios e as garantias relacionadas ao tema, bem como a classificação, os efeitos, as regras, os requisitos, os juízos de adminissibilidade e de mérito do sistema recursal. Por fim, realizamos breves comentários sobre as alterações previstas no PLS 156/2009.

Palayras-chave: Recursos. Processo Penal. PLS 156/2009.

¹ O Projeto de Reforma do Código de Processo Penal do Brasil, originalmente denominado Projeto de Lei 156/2009, do Senado Federal, encontra-se, atualmente, na Câmara dos Deputados (PLC 8.045/2010).

² Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS. Membro estudante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia da PUCRS. Pesquisador do Grupo de Iniciação à Pesquisa na Universidade Federal de Pelotas – UFPel. Coordenador do projeto de pesquisa 'A Construção do Pensamento Jurídico-Penal Brasileiro: Punição, Criminalização e Violência', cadastrado junto à UFPel. Lecionou Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal na UFPel e na Universidade Católica de Pelotas - UCPel. Bolsista CAPES. E-mail: bruno.ralm@yahoo.com.br

³ Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS - (2011). Graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2008). Coordenador do NUJUR - Núcleo de Prática Jurídica - e Professor da FAI - Faculdade de Itapiranga, onde também integra o Núcleo Docente Estruturante (NDE). Revisor/Avaliador da Revista "Direitos Humanos e Democracia", do Programa de Pós-Graduação "stricto sensu" da UNIJUÍ, e da Revista "Direito em Debate", também da UNIJUÍ. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal. Advogado, sócio-fundador do Albrecht, Lucas & Bagatini Advogados.

Abstract

The article presents a study on the resources in the Brazilian criminal process and the prospects for change present in PLS 156/2009. For this, we analyze the principles and guarantees related to the theme, as well as sorting, purposes, rules, requirements, judgments of adminissibilidade and merit in the resources system. Finally, we brief comments on the proposed amendments in PLS 156/2009.

Key words: Resources. Criminal Procedure. PLS 156/2009.

1. INTRODUÇÃO

Quando, no caminhar do processo, o órgão jurisdicional toma uma decisão, às partes restam duas ações distintas: ou silenciarem-se, concordando com o ato decisivo, ou protestarem, impugnando a tomada do juiz/tribunal. Esta última atitude expressa o direito de recorrer, em que a parte, após entender achar-se prejudicada, postula pretendendo a anulação ou substituição da decisão do julgador. De antemão, pode-se afirmar que essa exigência de levar a sentença⁴ à vista de novos olhos não se afasta do direito de defesa e do devido processo legal. A vida dos recursos nada mais representa do que desdobramentos destas duas garantias constitucionais.⁵

A partir de uma ideia geral, recurso é um remédio contra as decisões judiciais, diferenciando-se das ações autônomas de impugnação pelo fato de que estas são dirigidas, em tese, contra decisões transitadas em julgado,⁶ ao contrário daquele, o qual é exercível antes desse trânsito, visando justamente impedi-lo.⁷ Seguindo na distinção levemente tingida acima, por meio do recurso não há uma nova relação processual, ou um novo processo. Opera-se por ele, "um mero prosseguimento da relação processual já existente."

⁴ Incluem-se neste termo, também, as decisões de órgãos superiores.

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 449.

⁶ Faz-se exceção às possibilidades de ações autônomas de impugnação contra decisões não transitadas em julgado, como é o caso de vários *habeas corpus* em razão de atos jurisdicionais sem o referido trânsito.

⁷ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Recursos no Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 31.

⁸ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 32.

Em contrapartida, o método autônomo de impugnação exerce uma nova ação, iniciando-se, assim, uma nova e diferente relação processual.

Como observa Aury LOPES JR., "a própria etimologia do vocábulo 'recursus' remete à noção de 'retomar o curso', jamais à de 'estabelecer um novo curso'". Segue o professor:

o poder de recorrer é um desdobramento da pretensão acusatória (ou, para outros autores, do direito de ação) ou de defesa (resistência), não constituindo um *novo iudicium*, senão que se desenvolvem na mesma situação jurídica originária, isto é, um desdobramento do processo existente.¹⁰

Tal reflexão também foi percebida por Giovanni LEONE, ao afirmar que

La subsunción del medio de impugnación en la acción constitutiva, no puede hacer perder de vista el hecho de que la impugnación interviene en un proceso ya iniciado y del cual se ha terminado ya una fase: el procedimiento de impugnación constituye otra fase, otra etapa de la relación procesal, que caracterizamos como progresivo.¹¹

O mesmo autor chega a asseverar que, no processo penal, não existe nenhum caso de impugnação que dá lugar a uma relação processual autônoma. Segundo ele, inclusive as impugnações extraordinárias, ao provocarem a reabertura do processo transitado em julgado, comportam-se como fases de uma mesma relação processual, isto é, novas fases da relação processual anterior. Nesse sentido, quando se recorre de uma decisão, o que se buscar é o volver ao ponto causador do conflito, a fim de que seja avaliado novamente, e o órgão reexaminador se manifeste, dando uma nova direção ao embate.

O fundamento do recurso está relacionado aos argumentos de falibilidade humana e inconformidade do prejudicado. A ideia de falibilidade está traduzida na possibilidade de que os juízes podem errar ao aplicar ou interpretar a lei. Por outro lado, fica conveniente, à parte inconformada com o gravame, exigir um novo exame da decisão por um órgão superior ou pelo próprio juiz. Para Pedro ARAGONESES ALONSO, a finalidade geral dos recursos é impugnar, em algum aspecto, uma resolução judicial, a fim de que a causa seja novamente examinada por um tribunal superior, geralmente mais completo e experimentado, ditando outra resolução que confirme o critério do órgão inferior e, assim, a justiça e regularidade daquela decisão, ou a revogue totalmente ou em parte. 14

⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 452.

¹⁰ Idem.

¹¹ LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, tomo III, p. 37.

¹² Idem.

¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 449.

¹⁴ ARAGONESES ALONSO, Pedro; LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos Viada. **Curso de Derecho procesal penal**, tomo II. Madrid: [s.d.], 1974, p. 209.

Adentrando ao conceito de recurso, percebe-se a existência de um conjunto de elementos que contribuem para sua compreensão. A partir da didática de LOPES JR., 15 temos as seguintes características: (a) é ato de parte; (b) o recorrente deve ter sofrido um prejuízo; (c) é um direito que deve ser exercido no mesmo processo; (d) a decisão deve ser recorrível; (e) estabelece um julgamento sobre o julgamento (juízo sobre o juízo, de Carnelutti); (f) e por fim, permite que outro órgão jurisdicional modifique a decisão. Segundo LEONE, recurso é um remédio jurídico (um direito atribuído às partes; e em certos casos a outras pessoas, em seu próprio interesse ou em nome e interesse de uma parte) a fim de remover uma desvantagem proveniente de uma decisão do juiz, por meio de uma nova decisão. Para ele, o que caracteriza o meio de impugnação é a tendência a remover a decisão impugnada por meio de uma nova decisão. 16

Por fim, temos o conceito de recurso como aquele exposto por LOPES JR., o qual é entendido como "um meio processual através do qual a parte que sofreu o gravame solicita a modificação, no todo ou em parte, ou a anulação, de uma decisão judicial ainda não transitada em julgado, no mesmo processo onde ela foi proferida."¹⁷

Não obstante tais objeções, a noção de recurso está umbilicalmente ligada ao princípio do duplo grau de jurisdição, entendido como uma peça fundamental para o envio do caso penal a outro órgão jurisdicional. A seguir, passamos à abordagem da citada garantia de um processo penal democrático.

2. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O cerne do princípio do duplo grau de jurisdição é o direito da parte prejudicada pelo ato jurisdicional poder submeter esta decisão a uma nova avaliação por um órgão hierarquicamente superior ao primeiro. De acordo com PELLEGRINI GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES,¹⁸ existem fundamentos jurídicos e políticos do duplo grau de jurisdição: desde aspectos subjetivos, no que tange à natural inconformidade da parte vencida em relação à decisão contrária, até as possibilidades desta encontrar-se injusta e incorreta, na medida em que transcorra à sua revisão pelo juízo *ad quem.* Na seara política, nenhum ato estatal pode escapar de controle. É o chamado *controle interno*, exercido por órgãos jurisdicionais diversos daquele de primeiro grau.

¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 451.

¹⁶ LEONE, Giovanni. Op. cit. p. 4-5.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 451.

¹⁸ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 23.

Para Gustavo Henrique BADARÓ, a garantia do duplo grau de jurisdição "assegura o direito ao reexame das decisões por um órgão jurisdicional diverso daquele que as proferiu." E, invocando um fundamento político, também lembrado por BADARÓ, a ausência de controle daria ao titular da referida decisão um poder ilimitado e absoluto, o que, segundo o autor, não pode ser aceito em um Estado de Direito.

O direito ao duplo grau de jurisdição, no âmbito criminal, não está assegurado explicitamente na Constituição Federal, mas implicitamente. É o que podemos extrair do art. 5°, LV, que diz: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

Na esteira de PELLEGRINI GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES, "a garantia do duplo grau, embora só implicitamente assegurada pela Constituição brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada *jurisdição superior*." Ainda pelos mesmos autores,

apesar da inexistência de regra constitucional expressa que garanta o duplo grau de jurisdição, trata-se, segundo a melhor doutrina, de regra imanente na Lei Maior que, como as anteriores, prevê não apenas a dualidade de graus de jurisdição, mas até um sistema de pluralidade deles.²²

Entretanto, o caráter de direito fundamental encontra-se promulgado no art. 8.2, letra "h", da Convenção Americana de Direitos Humanos, que expressamente assegura, a toda pessoa acusada de um delito, o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Observa-se que o Brasil aderiu à CADH (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969) por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Cujos direitos e garantias previstos em seu interior passaram a integrar o rol dos direitos fundamentais, a teor do art. 5°, §2°, da CF,²³ tendo, portanto aplicação imediata, por força do parágrafo primeiro do mesmo artigo.²⁴ Entendemos que a referida convenção, mesmo que não tenha sido aprovada em equivalência com as emendas constitucionais,²⁵

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 25.

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 26.

²¹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 25.

²² Idem.

²³ **Art. 5°, § 2°, CF/88** - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²⁴ **Art.** 5°§ 1°, **CF/88** - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²⁵ **Art. 5º** § **3º**, **CF/88** - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

procedimento alterado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, é materialmente constitucional, mas não formalmente constitucional, justamente pelo fato de não haver procedido-se conforme o dispositivo incluído pela citada Emenda. Dessa forma, todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais. Assim, segundo LOPES JR., "toda e qualquer norma infraconstitucional que está em confronto com a CADH será destituída de eficácia, posto que inconstitucional."²⁶

No entanto, podemos encontrar um problema quando nos deparamos aos crimes que, em decorrência da prerrogativa de função do agente, são julgados originalmente pelos tribunais, ou até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. Nestes casos, não haverá, em regra, o duplo grau de jurisdição. É uma limitação ao duplo grau. Para Gilmar Ferreira MENDES, "o próprio modelo jurisdicional positivado na Constituição afasta a possibilidade de aplicação geral do princípio do duplo grau de jurisdição."²⁷ Para MENDES.

se a Constituição consagra a competência originária de determinado órgão judicial e não define o cabimento de recurso ordinário, não se pode cogitar de um duplo grau de jurisdição, seja por força de lei, seja por força do disposto em tratados e convenções internacionais.

De qualquer forma, o duplo grau de jurisdição é um importante direito, para a parte prejudicada, de provocar um novo exame da sentença, por outro órgão jurisdicional, superior e mais experiente do que o primeiro, a fim de que a decisão seja revogada ou substituída.

3. A CLASSIFICAÇÃO E OS EFEITOS DOS RECURSOS

Os recursos podem ser divididos em dois grupos: recursos ordinários e recursos extraordinários.²⁸ Os recursos ordinários são aqueles que objetivam provocar um novo exame, seja total ou parcial, do caso criminal já decidido em primeiro grau, por meio do órgão superior, alcançando matérias de direito e de fatos. Exemplo deste grupo é a apelação, art. 593, CPP. Por outro lado, os recursos extraordinários são aqueles em que há um juízo limitado ao aspecto jurídico da decisão impugnada. Há uma limitação da discussão a questões de direito, expressamente previstas em lei. São exemplos o recurso especial (art. 105, III, CF) e o extraordinário (art. 102, III, CF).

_

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 454.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 497.

²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 457.

Quanto à extensão da matéria impugnada, os recursos dividem-se em totais ou parciais. É total o recurso quando a impugnação abrange todo o conteúdo da decisão recorrida e é parcial quando o recorrente impugna apenas parte dela.²⁹ Conforme lembrado por LOPES JR.,³⁰ com o advento da Lei 11.719/2008, há a possibilidade de o juiz fixar na sentença penal condenatória um valor mínimo, líquido e exigível, como indenização pelos gravames sofridos pela vítima. Nesse caso, pode o réu condenado, apelar somente em relação ao valor fixado na sentença. Conforme o autor, tal impugnação estará alicerçada a partir de uma fundamentação exclusivamente "civilista".

Outra classificação, quanto às restrições na fundamentação, diz respeito à distinção entre os recursos de fundamentação livre e de fundamentação vinculada. Esta diferença está na hipótese de que, em certos casos, a lei não fixa limites à impugnação, podendo o recorrente atacar todo e qualquer tipo de erro da decisão. Porém, em outras situações, a lei exige que se aponte um que se enquadre na discriminação legal, ou seja, a própria lei limita a matéria que pode ser impugnada. A apelação é o exemplo típico das primeiras espécies, enquanto os recursos especial e extraordinário estão relacionados à segunda.³¹

Em atenção ao grau hierárquico, os recursos também podem ser horizontais ou verticais.³² Os primeiros resolvem-se pelo mesmo julgador que proferiu a resolução (sentença) recorrida. Exemplo: os embargos declaratórios, em que a decisão compete ao mesmo órgão que proferiu. Já os recursos verticais se resolvem pelos tribunais superiores àquele órgão que proferiu a sentença. Como exemplo, temos a apelação, o recurso especial, extraordinário etc.

Por fim, alguma parte da doutrina classifica os recursos em voluntários e obrigatórios (ou de ofício).³³ Voluntários são todos os recursos que dependem da manifestação da parte interessada. Já os recursos obrigatórios estão previstos nos artigos 574³⁴ e 746³⁵ do CPP. Ocorre que, conforme PELLEGRINI GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES,

²⁹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 34.

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 458.

³¹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 35.

³² ARAGONESES ALONSO, Pedro; LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos Viada. **Curso de Derecho procesal penal**, tomo II. Madrid: [s.d.], 1974, p. 208.

³³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 459.

³⁴ **Art. 574, CPP.** Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz: I - da sentença que conceder habeas corpus; II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art 411

³⁵**Art. 746, CPP.** Da decisão que conceder a reabilitação haverá recurso de ofício.

qualquer recurso depende da iniciativa da parte, sendo sempre um meio voluntário de impugnação. O juiz não tem interesse em recorrer e não pode impugnar a sua própria decisão. Assim, não constituem conceitualmente recursos os casos em que o ordenamento exige que a sentença de primeiro grau seja necessariamente submetida à confirmação do segundo, para passar em julgado. Trata-se de *condição de eficácia da sentença*. 36

Ainda, no caminho de LOPES JR.,³⁷ é inconstitucional a ideia do recurso de ofício, na medida em que se encontra incompatível com o art. 129, I, da Constituição, sendo uma incursão do juiz num campo que não lhe pertence, o da iniciativa acusatória. Nas ocasiões referidas alhures, o recurso é de iniciativa privativa do Ministério Público.

No que tange aos efeitos dos recursos, podem ser de caráter devolutivo e suspensivo. Mesmo assim, não olvidamos que todo e qualquer recurso impede que a decisão faça coisa julgada formal (efeito impeditivo da coisa julgada). Sendo assim, o primeiro e constante efeito dos recursos é exatamente o de impedir a preclusão.³⁸

O efeito devolutivo, conforme a didática de LOPES JR.,³⁹ subdivide-se em (a) interativos ou regressivos; (b) reiterativos ou devolutivos; e (c) misto. Os (a) primeiros são aqueles em que regressa ao mesmo juiz. É o caso dos embargos de declaração, aonde incumbe ao juiz que proferiu a sentença decidir novamente, esclarecendo a contradição, ambiguidade, obscuridade ou omissão. Os (b) efeitos reiterativos ou devolutivos são os devolutivos propriamente ditos, ou seja, devolvem o conhecimento da matéria para um tribunal *ad quem*. Exemplo: a apelação, embargos infringentes etc. Por último, (c) os de caráter misto tem efeito duplo, sendo regressivo no primeiro momento e, caso o juiz não reforme sua decisão, passa a ter o efeito devolutivo propriamente dito, com o recurso subindo ao tribunal *ad quem*. Como exemplo temos o recurso em sentido estrito e, também, o agravo da execução.

O efeito devolutivo propriamente dito possui, ainda, algumas limitações quanto à sua extensão. 40 Ou seja, a devolução da matéria para o tribunal pode estar restringida pelo *quantum* impugnado pelo recorrente, ou ainda, pela natureza do recurso. Sendo assim, será (a) total quando pode devolver o conhecimento de todas as questões discutidas no processo; (b) parcial, quando a devolução da matéria estiver, em regra, limitada ao que foi alegado pela parte interessada; e (c) no âmbito dos recursos extraordinários, em que a

-

³⁶ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 36-37.

³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 460.

³⁸ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 51.

³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 462 ss.

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 463.

impugnação fica restrita a questões de direito, não havendo a devolução da análise de fatos, como ocorre no recurso especial e extraordinário.

Sobre o efeito suspensivo, podemos dizer que, em certas ocasiões, a interposição do recurso impede a produção imediata dos efeitos da decisão. O recurso suspende toda a eficácia do referido ato jurisdicional, e não apenas a eficácia executiva da sentença condenatória. Também para LEONE, são suspensivos os recursos que suspendem a execução da decisão impugnada. Sendo, no processo penal, a liberdade a regra; e a prisão, uma exceção, os recursos proferidos contra a sentença penal condenatória devem ter efeito suspensivo, garantindo-se ao réu o direito de recorrer em liberdade e assim permanecer até o trânsito em julgado. Porém, como bem afirma LOPES JR., basta a existência fundamentada do *periculum libertatis* (art. 312, CPP) para que o réu seja preso. Dessa forma, o efeito suspensivo visa suspender aquilo que manda a decisão do juiz, impossibilitando a execução da sentença recorrida, devendo se observar, sempre, a regra de o réu manter-se em liberdade.

4. PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL NA FASE RECURSAL

Retornando à ideia de que estamos diante de um simples desdobramento da fase processual, os princípios do processo penal também (na verdade: ainda) existem e coexistem na relação processual, sendo assim, no sistema recursal. Partimos da doutrina de LOPES JR.,⁴⁵ ao apontar cinco princípios que fundamentam a instrumentalidade constitucional do processo penal.

4.1. Princípio da Jurisdicionalidade

Por meio do princípio da jurisdicionalidade, exige-se ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Carta Magna. De um modo geral, o juiz tem que se encontrar na função de proteção dos direitos fundamentais da pessoa, devendo tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas legais e suficientes à condenação.

⁴¹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 53.

⁴² LEONE, Giovanni. Op. cit. p. 19.

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 464.

⁴⁴ **Art. 312**, **CPP**. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 464 ss.

Segundo Luigi FERRAJOLI, 46 a garantia da jurisdição (nulla culpa sine iudicio) pode ser compreendida em dois sentidos diversos: em sentido estrito e sentido lato. Em sentido estrito, o juízo é simplesmente uma exigência do conjunto das garantias penais materiais; em sentido lato, está relacionada com o conjunto das garantias processuais penais. Semelhantemente, LOPES JR. afirma que a garantia jurisdicional pode ser significada

> não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei.47

Assim, extrai-se, do referido princípio, algumas ponderações: o direito que todo cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processá-lo e o juízo que vai julgálo (juiz natural); o direito que o cidadão tem de ser julgado em um prazo razoável (aqui, relaciona-se a idéia com o princípio da celeridade, visando o não prejuízo do acusado em razão do [geralmente] tempo duradouro do processo); e a garantia da imparcialidade do julgador. Como lembra LOPES JR., 48 no âmbito do presente exame, o recurso, salvo se tiver efeito regressivo, deve ser julgado por um órgão jurisdicional superior àquele que proferiu a sentença, imparcial, competente em razão da matéria, lugar e pessoa, com essa competência previamente definida em lei. O problema, em relação à imparcialidade do juízo, está nas regras de prevenção existentes no modelo brasileiro. Pois, é um tanto quanto criticável que um mesmo órgão (Câmara Criminal) julgue, em determinado processo, desde o primeiro habeas corpus interposto diante da prisão em flagrante, até o recurso contra a sentença.49

4.2. Princípio Acusatório

A seguir, encontra-se a garantia acusatória que, no entanto, para a conhecermos, faz-se necessário um breve comentário sobre os Sistemas Inquisitório e Acusatório. No Sistema Inquisitório, confundem-se as atividades do juiz e acusador, sendo o magistrado, ao mesmo tempo, denunciante e julgador.

Conforme Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, o referido sistema "tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 495.

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 109.

⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*. Vol. II. 2. ed., p. 465.

⁴⁹ Idem.

qual detém a *gestão da prova*. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor."⁵⁰

Para o Sistema Acusatório, há uma clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, o juiz se mantém como terceiro imparcial. São respeitados os princípios processuais do acusado, e este é compreendido como um sujeito processual, inclusive podendo trajar iniciativa probatória. Em tese, o Brasil adota o Sistema Misto, em que a fase investigatória (inquérito policial) é inquisitória e a fase processual (após a denúncia ou queixa) é acusatória. A Constituição brasileira possui uma série de regras vinculadas ao modelo acusatório, inconciliáveis com o inquisitório: a exclusiva titularidade da ação penal pública do Ministério Público; a ampla defesa e o contraditório; a presunção de inocência etc. Assim, como bem observa LOPES JR.,⁵¹ o modelo constitucional é acusatório, já o CPP é claramente inquisitório. De modo que, todos os dispositivos do CPP que sejam de natureza inquisitória são fundamentalmente inconstitucionais. Por meio da garantia acusatória, o juiz não deve ter qualquer tipo de atitude probatória, pois essa função é do acusador e não do julgador. A atribuição de poderes instrutórios aos magistrados ocasiona a destruição completa da idéia de Processo Penal democrático, de modo que, com o recolhimento da prova pelo juiz antecipa-se a formação do julgamento.

Segundo Nereu José GIACOMOLLI, "o princípio acusatório há que ser entendido em seu aspecto formal e material. Assim, o sujeito que investiga, e/ou acusa, não tem legitimidade para julgar ele mesmo o caso, e não haverá sentença com legitimidade constitucional sem que haja acusação formalizada".⁵²

No âmbito do sistema recursal, há uma manifesta incompatibilidade do princípio acusatório com os recursos de ofício. Outro risco é a leitura do art. 616, do CPP,⁵³ afastada da Constituição. Ocasião que possibilita ao tribunal produzir prova de ofício, isto é, sem que haja qualquer pedido da parta (unicamente e exclusivamente) interessada.⁵⁴

4.3. Presunção de Inocência

⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais nº 1**. Porto Alegre: Notadez/!TEC, 2001, p. 28.

⁵¹ LOPES JÚNIOR. Aury. Op. cit., Vol. I, 3.ed. p. 176.

⁵² GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 48-49.

⁵³ **Art. 616, CPP**. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.

⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*. Vol. II. 2. ed., p. 466.

Já o princípio da presunção de inocência, impõe um adequado dever de tratamento, exigindo que o réu seja tratado como inocente. Conforme LOPES JR.,⁵⁵ tal garantia atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. No sentido interno, o tratamento é destinado ao magistrado, delimitando que a carga probatória seja do acusador e que, em razão de dúvida, acarreta-se à absolvição. Na dimensão externa ao processo, exige-se uma preservação do réu à exploração abusiva da mídia, evitando-se, assim, a censura precoce do indivíduo.

Segundo Paulo Cláudio TOVO e João Batista MARQUES TOVO, exaltando a idéia do princípio da presunção de inocência como um *direito potetivo dos inocentes*, afirmam que

por mais evidente que seja o crime, por mais perverso ou velhaco que nos pareça o criminoso, não lhe poderemos negar o exercício da proteção jurídica em todo o desenrolar do procedimento penal. Daí dizer-se: cada dispositivo do Código de Processo Penal constitui um verdadeiro escudo de proteção. ⁵⁶

Faz-se mister frisar que, como bem afirma GIACOMOLLI, "para determinados acusados, o fato de responder a um processo criminal, de ser objeto de investigação, de comparecer às audiências, é mais danoso que a aplicação de uma sanção penal, como ocorre com os acusados de um delito, cuja sanção final é uma multa". ⁵⁷ Parece-nos, assim uma exigência de economia processual, a fim de se evitar a estigmatização do ser humano e a violação da dignidade da pessoa humana, resguardando a esta um mínimo de amparo.

Adentrando ao mundo recursal, os recursos têm como efeito necessário o impedimento de que se produza a coisa julgada, exigindo a plena eficácia da presunção de inocência. É, então, conforme LOPES JR., inadmissível qualquer tipo de prisão obrigatória, pelo simples fato de tal ou qual recurso não ter efeito suspensivo.⁵⁸

4.4. Contraditório e Direito de Defesa

Em sua conjuntura, o princípio do contraditório, enquanto direito fundamental da pessoa humana, está profundamente ligado à ampla defesa. Tal garantia refere-se ao direito de contestar, de buscar a verdade, mediante exame mútuo, o direito de apresentar a contraprova, a fim de se investigar a verdade. Conforme LOPES JR., "o contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em

⁵⁵ LOPES JÚNIOR. Aury. *Op. cit.*, Vol. I, 3.ed., p. 182.

⁵⁶ TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 48-49.

⁵⁷ GIACOMOLLI, Nereu. *Op. cit.*, p. 79.

⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*. Vol. II. 2. ed., p. 467.

relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *inter* procedimental".⁵⁹

Para COUTINHO, "traduz-se, então, na necessidade de se dar às partes a possibilidade de exporem suas razões e requererem a produção das provas que julgarem importantes para a solução do caso penal".⁶⁰

No quadro recursal, o tratamento igualitário das partes também deve se fazer. Nesse embalo, é importante evitar que recursos sejam julgados sem a respectiva manifestação da parte contrária. Situação interrogada pela redação do art. 601, do CPP, 61 o qual se admite o recurso sem as razões. No entanto, mesmo que expresso de forma contrária, tem-se entendido, acertadamente, que o recurso não pode subir sem razoes, violando-se, de outra maneira, o direito de defesa. 62

4.5. Motivação das Decisões Judiciais

No histórico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a prever, expressamente, a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais. Eis o teor do art. 93, inc. IX: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]."

A inserção de um dispositivo dessa natureza, em que pese configurar uma novidade na realidade brasileira, segue uma tendência presente em um número cada vez maior de textos fundamentais dos Estados democráticos contemporâneos, a de conferir status constitucional às garantias do processo. Para que atenda às finalidades que determinaram sua previsão constitucional, a motivação deve ser clara, coerente e completa. Neste último requisito reside a maior dificuldade de análise. Com efeito, não restam dúvidas de que as teses argüidas pelas partes devem ser, obrigatoriamente, analisadas pelo juiz, sob pena de nulidade absoluta por falta de motivação. Ainda, é necessário que a análise seja feita na exata profundidade exigível em razão da menor ou maior complexidade da matéria.

.

⁵⁹ LOPES JÚNIOR. Aury. *Op. cit.*, Vol. I, 3.ed., p. 182.

⁶⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 45.

⁶¹ **Art. 601, CPP.** Findos os prazos para razões, os autos serão remetidos à instância superior, com as razões ou sem elas, no prazo de 5 (cinco) dias, salvo no caso do art. 603, segunda parte, em que o prazo será de trinta dias

⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit.. Vol. II. 2. ed., p. 467.

Para GOMES FILHO,⁶³ a exigência de motivação das decisões assegura dois aspectos: em primeiro lugar, garante os limites da independência do juiz, evitando que a autonomia em face dos demais poderes do Estado ou de outros órgãos judiciários possa se converter em arbítrio ou representar o perigo de uma "ditadura judicial"; num segundo contexto, a obrigatoriedade de apresentação das razões da decisão representa um forte estímulo à efetiva imparcialidade e ao exercício independente da função judiciária, impedindo escolhas subjetivas ou que constituam resultado de eventuais pressões externas.

No sistema recursal, como observa LOPES JR., 64 o problema está na fundamentação deficiente e, principalmente, na mera transcrição da sentença de primeiro grau ou do parecer do Ministério Público. A situação se torna ainda pior quando a motivação da decisão judicial é extraída do parecer o representante do *parquet*. Há, aqui, uma total violação à garantia da motivação, além de uma perigosa e inaceitável confusão de atores judiciários, ou seja, o juiz atuando como um ator acusador, na medida em que adota as razões do acusador como fundamento de decidir. Sendo assim, decisões que apenas traduzem e transcrevem fundamentos de outro julgador ou, ainda mais insensato, do membro do órgão acusador não podem ser admitidas, por violarem o postulado constitucional da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais.

5. REGRAS DO SISTEMA RECURSAL

Como BARROSO e BARCELLOS bem definem, "regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações." Entretanto, essa análise de correspondência entre descrição e fato não pode jamais descurar da finalidade que lhe dá suporte ou dos princípios que lhe são axiologicamente adjacentes. Em uma análise interessada, são verdadeiras regras para o juízo do juiz, ou seja, limites que devem ser observados pelo Tribunal quando do julgamento do recurso. 67

⁶³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: RT, 2001, p. 98.

⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit.. Vol. II. 2. ed., p. 468.

⁶⁵ BARROSO, Luís Alberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. **A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. Acesso em 27 de Nov. 2009, p. 11.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78.

⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II., 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 433.

5.1. Fungibilidade

Em determinadas situações, a realidade processual dificulta a visualização do recurso cabível à situação concreta. Nesse sentido, "para evitar qualquer prejuízo face a um possível lapso sobre a forma, impedindo a efetiva finalidade processual, firmou-se o princípio da fungibilidade."68 A regra da fungibilidade está prevista no art. 579 do Código de Processo Penal.⁶⁹ De forma muito simples, o sistema brasileiro permite o aproveitamento do recurso equivocadamente interposto, que será recebido como se correto fosse. Esse aproveitamento é possível desde que afastada a má-fé do recorrente. Contudo, o conceito de má-fé é deveras aberto, amplo, de modo que a doutrina e a jurisprudência tem se valido, para a sua afirmação, de critérios como o erro grosseiro, o pacífico entendimento jurisprudencial e a interposição do recurso errado fora do prazo do recurso correto. Esse último aspecto constitui um grande limitador do campo de incidência da fungibilidade, na medida em que o normal é que a parte interponha o recurso que repute correto dentro do prazo que lhe é assinalado pela lei. Exigir comportamento diverso é de uma ilogicidade absurda. 70 Aliás, como com propriedade se manifesta parte da doutrina, "é exatamente nesse caso [em que a parte interpõe o recurso errado dentro do seu prazo] que se deveria falar propriamente em fungibilidade."⁷¹ Enfim, a fungibilidade somente deveria ser afastada nas hipóteses em que a má-fé fosse absolutamente evidente.

5.2. Unirrecorribilidade

A regra geral é que a cada decisão corresponda um único recurso.⁷² Nesse sentido é o art. 593, § 4°, do CPP, que impede a utilização de recurso em sentido estrito nos casos em que é cabível a apelação, mesmo que o recurso seja parcial.⁷³ A unirrecorribilidade possui uma exceção: recurso especial e recurso extraordinário. Esses recursos são cabíveis simultaneamente quando um acórdão violar, ao mesmo tempo, uma lei federal e a

⁶⁸ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

⁶⁹ Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro. Parágrafo único. Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível.

⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 433-434.

⁷¹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Recursos no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2008, p. 40.

⁷² PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 36.

⁷³ Art. 593 [...] § 4°. Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra

Constituição. Nessa hipótese, a parte deverá interpor, no mesmo prazo (15 dias), ambos os recursos, sob pena de preclusão.⁷⁴

5.3. Motivação dos recursos

Também chamado de princípio da dialeticidade, esta regra exige que todo e qualquer recurso deva ser fundamentado, expondo-se as razões de fato e de direito, de forma a possibilitar que a parte contrária apresente contra-razões e, assim, perfaça-se o contraditório. Nesse aspecto, o art. 601 do CPP, que permite a subida da apelação ao Tribunal, com ou sem razões, "tem sido objeto de uma (re)leitura constitucional, de modo que, em nome da ampla defesa e do contraditório, os tribunais têm determinado o retorno dos autos à comarca de origem para que sejam apresentadas as razões, inclusive com a nomeação de defensor dativo para apresentá-las se não o fizer o constituído."

5.4. Proibição da Reformatio in Pejus e a Permissão da Reformatio in Mellius

A reforma da decisão em benefício do réu é sempre permitida, havendo, inclusive, possibilidade de reconhecimento de ofício de nulidades processuais que o beneficiem.⁷⁷

Por outro lado, a reforma para pior está vedada pelo sistema processual brasileiro. Evidentemente, esta regra aplica-se quando o recurso for exclusivo da defesa. A resente regra também veda a *reformatio in pejus* indireta, que pode ser contemplada no seguinte exemplo: o juiz condena o réu a uma pena de 3 anos. Acolhendo recurso da defesa, o tribunal anula a sentença, determinando a repetição do ato. Na nova decisão, o juiz condena o réu a 5 anos de reclusão. Essa piora, causada indiretamente pela decisão do tribunal, levará a uma nova nulidade do ato.

⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 434-435.

⁷⁵ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 40.

⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 435.

⁷⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., p. 435.

⁷⁸ Nesse sentido é o teor do art. 617 do CPP: O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado.

5.5. Tantum devolutum quantum apellatum

De forma simples, significa que "ao tribunal é devolvido o conhecimento da matéria objeto do recurso." Essa regra, que se vincula ao efeito devolutivo, possui um campo limitado de aplicação, porquanto está submetida à regra anteriormente relatada, a da vedação da *reformatio in pejus* e permissão da *reformatio in mellius*. Dita limitação nos leva a pensar, no seguimento de LOPES JR., que o "tantum devolutum quantum appellatum é acima de tudo, uma limitação recursal ao acusador." Em relação ao Projeto 156, essa regra tende a ser ainda mais mitigada, em razão da redação do art. 449, § 2°: o recurso da defesa devolve integralmente o conhecimento da matéria ao tribunal.

5.6. Irrecorribilidade dos despachos de mero expediente e das decisões interlocutórias (simples)

De um modo geral, a doutrina afirma que as decisões interlocutórias são irrecorríveis. Trata-se, porém, de uma regra incompleta, em primeiro lugar, porque não diferencia decisões interlocutórias simples e mistas, sendo estas recorríveis; em segundo lugar, pois nada diz acerca dos despachos de mero expediente, que são efetivamente irrecorríveis, uma vez que não possuem cunho decisório e não causam gravame. ⁸¹ Como LOPES JÚNIOR bem adverte, "o problema está nas decisões interlocutórias simples, em que existe um mínimo de poder decisório e, muitas vezes, causa um gravame para a parte atingida." Nesses casos, a irrecorribilidade é a regra, excetuando-se as hipóteses previstas no art. 581, que regula o recurso em sentido estrito.

Ao que tudo indica, o Projeto 156 tende a eliminar essa problemática, na medida em que dispõe, em seu art. 447, que "as decisões poderão ser impugnadas no todo ou em parte." Logo, à exceção das hipóteses previstas no art. 463, que prevê o agravo de instrumento, as demais decisões poderão ser impugnadas também pelo recurso de agravo, porém, na sua forma retida.

5.7. Complementaridade recursal

⁷⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 436.

⁸⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., p. 436.

⁸¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., p. 437.

⁸² LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., p. 438.

De acordo com essa regra, "o recorrente poderá complementar a fundamentação de seu recurso se houver integração ou complementação da decisão, em virtude do acolhimento dos embargos de declaração." Significa que, caso haja mudança substancial na fundamentação ou na decisão (efeito modificativo), em razão da oposição de embargos declaratórios, deve-se oportunizar prazo para a complementação das razões apresentadas por aquele que recorreu anteriormente à resposta dos embargos.

5.8. (In)Disponibilidade dos recursos

Os recursos constituem uma continuidade da situação jurídico-processual já instaurada, de modo que a regra da indisponibilidade dos recursos deve ser lida a partir desse contexto. Nesse sentido, nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada, o querelante poderá renunciar ao ou desistir do recurso no momento que bem entender, porquanto vige a disponibilidade.⁸⁴ Situação distinta ocorre nos casos em que a ação penal é de iniciativa pública, na qual o Ministério Público, seja por força do art. 576⁸⁵, seja em razão da natureza da ação penal, não poderá dispor do recurso. Logo, não poderá renunciar expressamente ao recurso, tampouco desistir daquele que haja interposto.

Em relação ao acusado, a disponibilidade do recurso estará sujeita à existência de consenso entre ele e o seu defensor. Havendo divergência, o correto é que se assegure a manutenção do recurso, determinando-se o seu processamento.

Nesse aspecto, a leitura das Súmulas 705 e 708 do STF:

Súmula 705 do STF: a renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta.

Súmula 708 do STF: é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.

Por outro lado, vale ressaltar o entendimento de GIOVANNI LEONE, que diverge do que foi até aqui apresentado. De acordo com este autor,

mientras en el procedimiento de primera instancia rige el princípio de indisponibilidad, en sede de impugnación rige de ordinario, por el contrario, el princípio dispositivo, en virtud del cual las partes tienen el poder de influir en el desarollo de la relación procesal (nacimiento, modificación, extinción). 86

⁸³ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 38.

⁸⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., p. 439.

⁸⁵ Art. 576: o Ministério Público não poderá desistir do recurso que haja interposto.

⁸⁶ LEONE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo III, p. 49.

Essa inversão no tocante ao princípio da indisponibilidade levaria a uma configuração das partes no processo de impugnação distinta da configuração das partes no processo de primeira instância. Nesse sentido, então,

Donde rige el principio de indisponibilidad, las partes tienen un rol exclusivamente procesal; em cambio, donde rige el principio de disposición, a cada una de las partes se le asigna una función propia y particular, caracterizada por una posición que se vincula a la contraposición antagônica entre el derecho a castigar por parte del Estado y el derecho del imputado a la libertad.⁸⁷

Nessa linha de raciocínio, o autor nos traz a ideia de que, ao iniciar a ação penal e durante o processo de primeira instância, o Ministério Público não tem outra função senão a de pedir a decisão sobre o fato relatado e que é aparentemente criminoso. Em contrapartida, durante o processo de impugnação, o Ministério Público deduz uma pretensão concreta, formula uma demanda, visa a atingir um fim, que não é o de uma decisão, senão o de obter uma determinada decisão. Logo, salvo melhor juízo, poderá dispor do recurso da forma que bem entender.

Por fim, apenas por questão de justiça, muito embora faça referência a *proceso de primera instancia* e *proceso de impugnación*, LEONE deixa claro que está de acordo com o entendimento dominante, "que designa el procedimiento de impugnación como una fase de la relación procesal."⁸⁹

5.9. Extensão subjetiva dos efeitos do recurso

CARNELUTTI refere-se a esta regra como extensão da eficácia devolutiva da impugnação. Para o autor italiano, "se trata de saber si la impugnación de alguno de ello [imputados] tiene efecto devolutivo, y dentro de qué límites, también respecto a los otros."90

O fundamento da presente regra, segundo MANZINI, reside na necessidade de se

prevenir la posibilidad de que en un mismo procedimiento la sentencia adquiera autoridad de cosa juzgada respecto de algunos imputados y se la reforme o anule, em cambio, respecto de los demás, sin que la diversidad de tratamiento este justificada por la diferencia de las condiciones subjetivas de eses mismos imputados. 91

⁸⁷ LEONE, Giovanni. Op. Cit., p. 50.

⁸⁸ LEONE, Giovanni. Op. Cit., p. 50.

⁸⁹ LEONE, Giovanni. Op. Cit., p. 38.

⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal, vol. IV, p. 159.

⁹¹ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V, p. 11-12.

Na discursividade jurídica brasileira, a presente regra está prevista no art. 580 do Código de Processo Penal.⁹² Não se trata propriamente, como sustenta alguma doutrina, de um efeito dos recursos, mas da extensão dos efeitos do recurso, ou melhor, dos efeitos da decisão proferida no julgamento do recurso, aos demais réus que não recorreram.⁹³

Trata-se de mais uma relativização da regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, pois se permite a extensão dos efeitos da decisão àquele que sequer recorreu e, portanto, nada devolveu a conhecimento do tribunal. Por outro lado, uma advertência aqui é pertinente: não há que cogitar da extensão subjetiva quando o recurso é do acusador.⁹⁴

6. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DOS RECURSOS

Doravante, a despeito das referências a construções diversas, valeremo-nos da elaboração do Prof. Aury Lopes Júnior em relação aos requisitos – objetivos e subjetivos – dos recursos. Há certo consenso no tocante ao entendimento de que os recursos não estabelecem uma nova situação jurídica, senão que configuram uma continuidade ou uma nova fase do processo já em curso. Frata-se, como LOPES JÚNIOR bem observa, de uma "continuidade do exercício da pretensão acusatória ou da resistência defensiva, conforme o caso. Logo, não há exercício de nova ação penal – entendida como o poder político constitucional de invocação do poder jurisdicional que, uma vez exercido, dá lugar à jurisdição e ao processo –, de modo que, por conseguinte, não há que falar em condições da ação. Aliás, as condições até podem fazer parte do mérito recursal, mas não se pode cogitar de uma nova exigência em relação a elas. Frata-se, como LOPES JÚNIOR bem observa, de uma nova exigência em relação a elas.

Por outro lado, a tentativa de aproximação entre *pressupostos processuais* e *pressupostos recursais* é igualmente criticável. Em primeiro lugar, porque processo já existe. Em segundo lugar, pois tal construção, que remete a Bülow, é nebulosa, uma vez que não se trataria de pressupostos processuais, no sentido de exigências para o nascimento do processo, mas de *pressupostos da decisão sobre o mérito*. 98

⁹² Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

⁹³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 440. No mesmo sentido, PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 57.

⁹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., p. 441.

⁹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 448. PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 29. LEONE, Giovanni. *Op. Cit.*, p. 38. MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V, p. 4.

⁹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., p. 448.

⁹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., p. 448.

⁹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 449.

A despeito dessas críticas, alguma doutrina busca fazer aproximações de tal natureza, também certamente arraigada que está a uma funesta teoria geral do processo. Nesse sentido, PELLEGRINI GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES apresentam, em síntese, a seguinte proposta⁹⁹: Condições de admissibilidade dos recursos: a) possibilidade jurídica (previsão legal - cabimento); b) interesse em recorrer (necessidade ou utilidade + adequação); c) legitimação ao recurso. Pressupostos recursais para a constituição de uma fase procedimental válida: a) investidura do juiz; b) capacidade de quem formula o recurso; c) regularidade formal da interposição do recurso (substituto da demanda: tempestividade + regularidade procedimental); d) inexistência de fato impeditivo ou extintivo.

Em compreensão distinta, LOPES JÚNIOR situa a questão na dimensão de *requisitos recursais* e não de condições ou pressuposto, já que não se trata de novo processo. ¹⁰⁰ Analisemo-los, então.

6.1. Requisitos objetivos

a) Cabimento e adequação

Conquanto constituam requisitos distintos, dada a sua íntima relação, cabimento e adequação podem ser analisados conjuntamente. O **cabimento** deve ser entendido no sentido de "pressupor a <u>in</u>existência de uma decisão imutável e irrevogável. A existência de coisa julgada formal é um fator impeditivo da admissão de um recurso." A **adequação**, por sua vez, traduz a exigência de que a parte eleja o meio de impugnação adequado para atacar aquela decisão específica, ou seja, é a compatibilidade entre o recurso interposto e a decisão proferida. 102

⁹⁹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 70-73.

¹⁰⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., p. 450.

¹⁰¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., p. 451.

¹⁰² LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 451.

Ademais, a adequação manifesta-se em outro aspecto: a regularidade formal da interposição. Como regra, os recursos são interpostos em petição, embora, excepcionalmente, possam sê-los por termo nos autos. Nesse sentido é o art. 578 do Código de Processo Penal, que permite que a própria parte interponha o recurso, por meio da redução à forma escrita da manifestação oral. A finalidade do dispositivo legal referido não é outra senão facilitar o acesso das partes aos recursos em sentido estrito e de apelação. Isso porque dita faculdade somente pode ser exercida em relação aos recursos que possuem dois momentos distintos de processamento: o primeiro, da interposição, e o segundo, da apresentação das razões. Apenas a interposição poderá ser feita por termo nos autos. Não há, portanto, como cogitar de uma interposição por termo de um recurso constituído por uma única peça.

No entanto, essa regra tende a ser flexibilizada em razão do que dispõe o art. 449, § 1°, do Projeto 156.¹⁰⁵ Isso porque, em que pese o Projeto não prever qualquer recurso que possua dois momentos distintos de processamento, manteve a possibilidade de interposição por termo nos autos, de acordo com a dicção do citado dispositivo legal.

b) Tempestividade

A tempestividade significa que o recurso foi interposto dentro do prazo legal. Nesse aspecto, cada recurso possui uma regulamentação específica. Naqueles em que há dois momentos distintos de processamento (interposição, de um lado, e apresentação de razões, de outro), a tempestividade é aferida no primeiro deles, ou seja, na interposição. Nos demais casos, em que a interposição e a apresentação de razões ocorrem em momento único, não há tal distinção. Ademais, lembrando que, no processo penal, os prazos contam-se da data da intimação (art. 798 do CPP e Súmula 710 do STF), havendo intimação do réu e do defensor, o prazo para interposição do recurso conta-se a partir da efetivação da última intimação.

¹⁰³ Art. 578. O recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante.

¹⁰⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 442.

¹⁰⁵ Art. 449. O recurso poderá ser interposto pelas partes e, nas hipóteses previstas em lei, pela vítima, assistente ou terceiro prejudicado. § 1º Ao acusado é facultado interpor o recurso pessoalmente, por petição ou termo nos autos, devendo nessa hipótese proceder-se à intimação pessoal do defensor para o oferecimento de razões.

¹⁰⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 451-452.

Questão interessante se apresenta em razão do teor da Lei n.º 9.800/99, que franqueia a prática de atos processuais por meio de fac-símile. Nesse caso, deve-se atentar para a exigência de que os originais sejam entregues em juízo em até 5 (cinco) dias após o término do prazo previsto para o ato processual (em se tratando de recursos, cinco dias após o término do prazo de interposição, e não cinco dias após a recepção do material, hipótese aplicável apenas aos casos em que a lei nada diz sobre o prazo para a realização do ato).

c) Preparo

Trata-se de um requisito aplicável exclusivamente aos recursos nos crimes de ação penal de iniciativa privada. Significa que o recorrente deverá pagar as custas previstas para que o recurso seja julgado, sob pena de deserção. 107 A deserção leva ao não-conhecimento do recurso interposto. Trata-se, portanto, como LOPES JÚNIOR bem refere, de uma "questão impeditiva do julgamento do recurso. A deserção, em última análise, é uma punição processual pelo não pagamento das custas legalmente devidas pelo recorrente." 108 Sua evitação se dá com o pagamento das custas, que deverá ser feito no prazo conferido pelo juiz.

Esse requisito, todavia, tende a ser abandonado, em razão do que prevê o art. 460 do Projeto 156: "os recursos serão interpostos e processados independentemente de preparo e de pagamento de custas ou despesas." Por outro lado, o Código de Processo Penal, em seu art. 595, ainda prevê outro caso de deserção: "se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação."

Trata-se, sem delongas, de uma disposição que não se coaduna com o sistema constitucional vigente. Em primeiro plano, confunde institutos distintos, a saber, prisão cautelar e direito de defesa. Por outras palavras, o exercício do direito de recorrer não pode se vincular ao recolhimento à prisão. Existe uma separação, de um lado estando o direito ao duplo grau de jurisdição e, de outro, o direito de recorrer em liberdade. 109

Por fim, importante a transcrição da Súmula 347 do STJ: "o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão." Portanto, entende-se que o caso de

¹⁰⁷ Art. 806. Salvo o caso do art. 32, nas ações intentadas mediante queixa, nenhum ato ou diligência se realizará, sem que seja depositada em cartório a importância das custas. [...] § 2º A falta de pagamento das custas, nos prazos fixados em lei, ou marcados pelo juiz, importará renúncia à diligência requerida ou deserção do recurso interposto.

¹⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., p. 445.

¹⁰⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 446-447.

deserção previsto no art. 595 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição.

6.2. Requisitos subjetivos

a) Legitimação

De acordo com LEONE, "la titularidad del derecho de impugnación (*legitimatio ad causam*) consiste en la atribución del derecho de impugnación a los sujetos singulares." ¹¹⁰ A legitimação recursal constitui, nos dizeres de LOPES JÚNIOR, "um pressuposto do interesse em impugnar, [...] pois não se pode conceber um interesse (recursal penal) que não possua, antes, uma pessoa que o porte." ¹¹¹ Sua análise deve se dar segundo a situação jurídica vigente, a partir da definição das partes passiva e ativa. Entretanto, devemos atentar para o fato de que o assistente da acusação também pode recorrer, embora sua atividade recursal seja supletiva, ou seja, somente poderá fazê-lo se o Ministério Público não o fizer. Por outro lado, caso o Ministério Público recorra, o assistente poderá arrazoar, dependendo do recurso utilizado. ¹¹²

O Projeto 156 parece regulamentar de forma mais específica a questão da legitimação para recorrer. Eis o teor do art. 449, caput: "o recurso poderá ser interposto pelas partes e, nas hipóteses previstas em lei, pela vítima, assistente ou terceiro prejudicado." Prevê, portanto, uma melhor sistematização da legitimidade aos recursos, em comparação com o que hoje dispõe o Código de Processo Penal.

b) Interesse

MANZINI refere que "se puede reconocer interes directo en impugnar sólo cuando hay la possibilidad de que la providencia produzca la lesión de un derecho subjetivo o de otro interés jurídico (y no simplemente moral o doctrinal)." LOPES JÚNIOR, por sua vez, no seguimento de Goldschmidt, entende

que todo recurso supõe, como fundamento jurídico, a existência de um gravame (prejuízo) para a parte recorrente, isto é, uma diferença injustificada (na perspectiva de quem recorre, é claro), desfavorável para ela, entre sua pretensão

¹¹⁰ LEONE, Giovanni. Op. Cit. [n. 22], p. 50.

¹¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., p. 452.

¹¹² LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 453.

¹¹³ MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo V, p. 27.

(ou resistência, no caso do réu) e que foi reconhecido e concedido na sentença impugnada. 114

Na doutrina brasileira, a questão é normalmente posta na dimensão do interesse, visto a partir do binômio adequação mais necessidade ou utilidade.¹¹⁵ Porém, como visto anteriormente, o adequação constitui uma categoria autônoma, de modo que se pode situar o debate em torno dos binômios interesse-necessidade e interesse-utilidade. O primeiro aspecto (interesse-necessidade) "implica a exigência de se lançar mão do recurso, para atingir-se o resultado prático que o recorrente tem em vista." 116 Já o interesse-utilidade deve ser compreendido numa ótica prospectiva antes que retrospectiva, concebendo-se a utilidade como o proveito que a futura decisão seja capaz de propiciar ao recorrente, e não no contraste entre a situação da sentença e a expectativa das partes.¹¹⁷ Nesse sentido, percebe-se que o processo penal não é palco para a solução de questões acadêmicas, a partir do que se podem extrair algumas conclusões, entre elas a de que "los medios de impugnación se dirigen contra la parte dispositiva de la providencia, y no contra la motivación"¹¹⁸ e a de que é inadmissível o recurso em que as razões de impugnação versem apenas sobre um dos fundamentos da decisão impugnada, quando os demais sejam suficientes para justificá-la.¹¹⁹ Portanto, conclui-se que o interesse liga-se diretamente ao gravame sofrido pelo titular do direito de impugnar.

7. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO

Tratando-se de recursos, exige-se um duplo juízo para a sua admissão. LEONE fala em duas fases, sendo a primeira delas destinada à declaração de certeza acerca das condições de admissibilidade da relação processual de impugnação, e a segunda destinada à declaração de certeza do fundamento da impugnação. O segundo momento pressupõe o primeiro, ou seja, somente haverá um juízo sobre o mérito recursal se o juízo de admissibilidade for positivo, o que acarreta o conhecimento do recurso. Portanto, um

¹¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 453.

¹¹⁵ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 80.

¹¹⁶ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 81.

¹¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 454. E também PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 83.

¹¹⁸ LEONE, Giovanni. *Op. Cit.* [n. 22], p. 34.

¹¹⁹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 84.

¹²⁰ LEONE, Giovanni. *Op. Cit.* [n. 22], p. 44.

recurso pode ser conhecido ou não e, somente se conhecido, poderá ser provido. Essa distinção é importante, pois determinará qual será a decisão vigente a partir de então e que servirá, assim, de marco para as eventuais futuras impugnações. Nesse sentido, "se o recurso não é conhecido, estabiliza-se a decisão do juízo *a quo*. Mas se o recurso é conhecido, ainda que improvido pelo mérito, a decisão do órgão *ad quem* substitui sempre a decisão impugnada."¹²¹

O juízo de admissibilidade é feito, inicialmente, no juízo *a quo*, onde é interposto o recurso. Contudo, trata-se de um juízo superficial, que não vincula o juízo *ad quem* e que, no caso de dúvida, deve ser positivo. Apenas quando o recurso for manifestamente incabível ou inadequado, intempestivo, for caso de deserção, a parte for ilegítima ou faltar interesse recursal é que o juízo *a quo* poderá obstar a subida do recurso.¹²²

8. BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DAS ALTERAÇÕES PREVISTAS PELO PROJETO 156

I) quanto às alterações nas disposições gerais

As principais alterações nas disposições gerais atinentes aos recursos foram listadas, salvo melhor juízo, concomitantemente ao desenvolvimento dos assuntos. Contudo, nunca é demais repeti-las, sob a forma de tópicos:

- **a**) não mais há previsão de *recurso* de ofício, a exemplo do que prescreve o art. 574 do Código de Processo Penal.
- **b)** o agravo nas formas retida e de instrumento substitui recurso em sentido estrito. Além disso, a carta testemunhável desaparece no novo rol de recursos.
- c) a art. 449 permite a interposição de recurso também pela vítima ou pelo terceiro prejudicado, nas hipóteses legais. Trata-se de uma melhor sistematização da questão da

¹²¹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. Cit.*, p. 66.

¹²² LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., p. 456.

legitimidade, na medida em que contempla os titulares do direito de impugnar em um mesmo dispositivo legal.

- **d**) a interposição e as razões passam a ser exigidas em um só momento, ou seja, não há mais qualquer recurso que possua dois momentos distintos de processamento. Salvo melhor juízo, exceção há nas hipóteses de interposição feita pelo próprio réu, quando então o juiz deve intimar o defensor para apresentar razões (art. 449, § 1°).
- e) o efeito devolutivo do recurso da defesa passa a ser total, ou seja, o recurso do réu devolve integralmente o conhecimento da matéria ao tribunal (art. 449, § 2°).
- **f**) o art. 453, § 2°, prevê expressamente a possibilidade de transmissão da petição do recurso, dentro do prazo para a sua interposição, por meio eletrônico, com aviso de recepção, na forma da lei e do regimento interno.
- **g**) a resposta do defensor constitui condição de validade do recurso, mês que a decisão seja anterior ao recebimento da denúncia (art. 455).
- **h**) dispensam-se o preparo e o pagamento de custas ou despesas para a interposição e processamento de qualquer recurso.
- i) no art. 461 prevê que, das decisões relativas ao provimento ou não provimento dos recursos, caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, devendo as partes ser intimadas para a sessão de julgamento, admitida a sustentação oral de suas razões. Caso não haja retratação, o processo será apresentado em mesa.

II) quanto às alterações no processamento e julgamento dos recursos nos tribunais

- **a)** o relator tem o poder de negar seguimento a recurso intempestivo, manifestamente inadmissível ou prejudicado (art. 505).
- **b**) caso a **decisão** esteja em desacordo com súmula ou jurisprudência dominante do STF, STJ ou do próprio tribunal, o relator poderá dar provimento ao recurso. Por outro lado, caso haja súmula ou jurisprudência dominante do STF ou STJ no sentido do acórdão recorrido, o relator poderá conhecer do agravo para negar provimento ao recurso (art. 506).
- c) no caso de recurso de agravo de instrumento ou de apelação, salvo requerimento expresso de efeito suspensivo, os autos serão remetidos ao Ministério Público, para manifestação em dez dias (art. 507, caput).
- c¹) O parágrafo único do art. 507 refere que o relator decidirá sobre a concessão ou não do efeito suspensivo e acerca da necessidade de manutenção ou substituição das

medidas cautelares, com comunicação da decisão ao juízo e posterior encaminhamento dos autos ao Ministério Público.

- **d**) art. 508: após a conclusão dos autos, o relator tem dez dias para examiná-los; findo o prazo, deverá enviá-los ao revisor, que terá o mesmo prazo para se manifestar.
- e) art. 509: não haverá revisor no julgamento de recursos de agravo e de apelação, exceto na hipótese de processo de competência do Tribunal do Júri.
- **f**) o art. 510 permite que o recorrente sustente oralmente suas razões, cabendo ao recorrido manifestar-se no mesmo prazo. Porém, se o recurso for da defesa, ela poderá se manifestar novamente, após o Ministério Público.
- g) art. 512: a decisão se dará por maioria de votos; no caso de empate, prevalece a decisão mais favorável à defesa (antes, o presidente votava, caso ainda não o tivesse feito).

III) quanto ao recurso de agravo

Essa certamente será a maior mudança no que diz respeito aos recursos: a substituição do recurso em sentido estrito pelo recurso de agravo, nas formas retida e de instrumento, o que demonstra uma clara e lamentável influência do processo civil no processo penal.

O art. 462 prescreve que "das decisões proferidas no curso do processo e, na fase de investigação, pelo juiz das garantias, cabe agravo, no prazo de 10 (dez dias). Como regra, o agravo será retido, podendo ser processado por instrumento nas hipóteses previstas no art. 463, a saber:

- I receber, no todo ou em parte, a denúncia ou a queixa subsidiária;
- II declarar a incompetência ou afirmar a competência do juízo (antes, apenas da declaração de incompetência);
 - III rejeitar exceção processual (antes, julgar procedente a exceção);
 - IV pronunciar o acusado;
- V deferir, negar, impor, revogar, prorrogar, manter ou substituir quaisquer das medidas cautelares, reais ou pessoais (RSE fala só da prisão);
 - VI arbitrar, cassar, julgar idônea ou quebrada a fiança ou perdido o seu valor;
 - VII conceder ou negar liminar em *habeas corpus* (CPP fala em ordem);
 - VIII indeferir pedido de extinção da punibilidade;
- IX conceder, negar ou revogar a suspensão condicional do processo (RSE fala em
 SC da pena);

X – decidir sobre a ilicitude da prova e seu desentranhamento;

XI – anular parcialmente o processo (o RSE fala no também no todo);

XII – recusar a homologação do acordo no processo sumário;

XIII – for proferida pelo juiz das garantias;

XIV – for proferida pelo juiz da execução

As principais alterações em relação ao recurso em sentido estrito ficam por conta dos incisos I, X, XII, XIII e XIV.

No que diz respeito à regulamentação o recurso, o art. 464 refere que o agravo retido tem apenas o efeito devolutivo, enquanto que o de instrumento tem também o efeito suspensivo, ns casos em que, a critério do juiz e sendo relevante a fundamentação do pedido, da decisão puder resultar lesão grave ou de difícil reparação (importação de conceito do processo civil).

O art. 465 regula o agravo retido, que deve ser interposto perante o juízo recorrido, sendo requisito necessário ao conhecimento do recurso o requerimento (feito nas razões ou na resposta) no sentido de que o tribunal dele conheça preliminarmente ao julgamento da apelação.

O agravo de instrumento, por sua vez, é abordado no art. 466, o qual prescreve que este recurso deve ser interposto perante o juízo recorrido, com a indicação das peças a serem trasladadas ao instrumento. Constituem peças obrigatórias: a denúncia ou queixa subsidiária, aditamentos e respectivas decisões de recebimento ou rejeição, a decisão agravada e certidão da respectiva intimação, a procuração ou nomeação de defensor do agravante ou do agravado e as demais peças indiadas pelo agravante.

Além disso, é importante referir o teor do art. 469: "se o juiz, em qualquer caso, reformar a decisão agravada, a parte contrária poderá agravar, quando cabível, sendo vedado ao juiz modificá-la." Embora o Projeto mantenha a possibilidade de recurso pela nova parte prejudica, não mais permite que este recurso se dê por simples petição, como prevê o Código de Processo Penal.

IV) quanto ao recurso de apelação

O recurso de apelação não sofrerá grandes alterações. As principais talvez sejam a mudança da redação do seu artigo inicial e o prazo para interposição. A propósito, eis o

teor do art. 471, caput: "da decisão que extingue o processo, com ou sem resolução do mérito, caberá apelação no prazo de 15 (quinze) dias."

De acordo com o art. 472, parágrafo único, o prazo para o assistente interpor recurso de apelação permanece sendo de 5 (cinco) dias. Portanto, o assistente, que possui atividade recursal supletiva, não será agraciado com a dilação do prazo prevista pelo Projeto. Por outro lado, se agora o assistente possui apenas três dias para arrazoar o recurso do Ministério Público, com o Projeto 156 passará a ter cinco dias.

O art. 475, parágrafo único, refere que, caso haja mais de um apelado, o prazo será comum, contado em dobro, devendo o juiz assegurar aos interessados o acesso aos autos.

Por fim, é importante referir o disposto no art. 476, no sentido de que, durante o processamento da apelação, as questões relativas à situação do preso provisório serão decididas pelo juiz da execução.

V) quanto ao recurso dos embargos infringentes

A proposta restringiu o cabimento dos embargos infringentes, como é o texto do art. 478 do Projeto 156: "Do acórdão condenatório não-unânime que, em grau de apelação, houver reformado sentença de mérito, em prejuízo do réu, cabem embargos infringentes a serem opostos pela defesa, no prazo de 10 (dez) dias, limitados à matéria objeto da divergência no tribunal."

Encontram-se expressas algumas constatações originais. De acordo com o art. 479, abrir-se-á vista ao recorrido para contrarrazões, no mesmo prazo para oposição do recurso, ou seja, 10 (dez) dias.

Ainda, o artigo 481, quando do sorteio do novo relator, contempla a ideia da impossibilidade (exclusão) da participação do juiz que exerceu tal função no julgamento da apelação.

VI) quanto ao recurso dos embargos de declaração

Descrito no art. 482, do Projeto 156, os embargos de declaração, na nossa interpretação, estão destinados tanto ao juiz singular como aos tribunais. O prazo do referido recurso será de 5 (cinco) dias. Além disso, há previsão expressa da interrupção do prazo para interposição de recursos, para qualquer das partes, ainda quando não admitidos, conforme o art. 483 do mesmo Projeto.

VII) quanto ao recurso ordinário constitucional

O recurso ordinário constitucional segue o disposto nos artigos 102, II, e 105, II, da CF, respectivamente referentes à competência recursal do STF e do STJ.

VIII) quanto aos recursos especial e extraordinário

No Anteprojeto do CPP, cuidaram-se, em regramento cuidadoso, dos referidos recursos. O que está expresso é todo um procedimento para a interposição do recurso especial e extraordinário, coerente ao previsto na Constituição Federal, na Lei nº 8.038/90 e no Código de Processo Civil.

Algumas inovações estão destacadas. Como é o caso do art. 489, parágrafo único: "Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repertório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na *internet*, com indicação da respectiva fonte, demonstrando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados."

Ainda, ao conceito de repercussão geral está integrado a grave violação dos direitos humanos, conforme o art. 492, §1°, do Projeto.

IX) quanto ao recurso dos embargos de divergência

Os embargos de divergência também estão cuidadosamente regrados, o qual será embargável, no prazo de 15 (dez) dias, a decisão da turma que: (I) em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou da corte especial; (II) em recurso extraordinário, divergir do julgamento de outra turma ou do pleno.

Além disso, observar-se-á, em relação ao recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno do tribunal.

REFERÊNCIAS

ARAGONESES ALONSO, Pedro; LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos Viada. Curso de **Derecho procesal penal**, tomo II. Madrid: [s.d.], 1974.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BARROSO, Luís Alberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. Acesso em 27 de Nov. 2009, p. 11.

CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal, vol. IV. Buenos Aires: Bosch y Cia., 1950.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais nº 1. Porto Alegre: Notadez/! TEC, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**. 5.ed. São Paulo: RT, 2008.

LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**: tomo III: impugnaciones, proceso de prevencion criminal. Ejecucion. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E, J. E. A., [s.d.].

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

______, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, 1. ed. Rio de Janeiro: lumen juris, 2009.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo V. Buenos Aires: E.J.E.A., 1954.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Recursos no Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.