

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

SYLVESTER VIEIRA ROCHADEL DA SILVA

A (IN)VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE  
RECURSAL EM FACE DA OCORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO NA INTERPOSIÇÃO  
DE UM RECURSO NO PROCESSO PENAL

Florianópolis

2014

SYLVESTER VIEIRA ROCHADEL DA SILVA

A (IN)VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE  
RECURSAL EM FACE DA OCORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO NA INTERPOSIÇÃO  
DE UM RECURSO NO PROCESSO PENAL

Monografia submetida à Universidade Federal  
de Santa Catarina para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

Florianópolis

2014



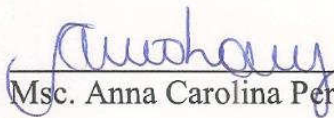
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

### TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “A (in)viabilidade da aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal em face da ocorrência de Erro Grosseiro na interposição de um recurso no Processo Penal”, elaborada pelo acadêmico **Sylvester Vieira Rochadel da Silva**, defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (D-7), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 1º de julho de 2014.

  
Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

  
Msc. Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco Lamy

  
Aline Gostinski

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso analisa a possibilidade ou não de se aplicar o Princípio da Fungibilidade Recursal quando configurado Erro Grosseiro na interposição de um Recurso. Busca-se, com base em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, classificar as Decisões no Código de Processo Penal para, partindo da decisão emanada, avançar ao Sistema Recursal do Processo Penal Brasileiro, identificando-se os princípios e pressupostos recursais, bem como a analisando os recursos em espécie. Dentre os pressupostos recursais analisados está o da adequação, consistente na necessidade de interposição do recurso correto, previsto em lei, contra a decisão proferida. Ver-se-á que, com a aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal, previsto no art. 579 do Código de Processo Penal, esse pressuposto pode ser abrandado, admitindo-se o conhecimento de um recurso por outro. Entretanto, a fungibilidade não pode ser aplicada em todos os casos: o referido dispositivo prevê, em sua parte inicial, que não deve haver má-fé na interposição do recurso errado, bem como Erro Grosseiro, construção doutrinário-jurisprudencial. O Erro Grosseiro consiste na interposição do recurso errado quando inexiste dúvida sobre o correto. Essa certeza decorre de expressa previsão legal do recurso cabível e de ausência de divergência na doutrina e jurisprudência sobre o tema. Dessa forma entendem a maioria da doutrina pesquisada e da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Ao final desse trabalho, chegar-se-á à conclusão de que a ocorrência de Erro Grosseiro inviabiliza a aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal, pois se destina a evitar prejuízo ao recorrente quando existentes divergências sobre o cabimento de um recurso, não a proteger ou corrigir erro do profissional.

Palavras-chave: Processo Penal. Decisões. Sistema Recursal. Adequação. Fungibilidade Recursal. Erro Grosseiro.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>4</b>
<b>1 DECISÃO E SISTEMA RECURSAL NO CPP .....</b>	<b>6</b>
1.1 As decisões no código de processo penal .....	6
1.2 Recorribilidade no código de processo penal .....	13
1.3 Recursos em espécie .....	21
<b>2 REQUISITOS E PRESSUPOSTOS RECURSAIS .....</b>	<b>25</b>
2.1 Recurso em sentido estrito .....	30
2.2 Apelação .....	39
2.3 Demais recursos .....	45
<b>3 ERRO GROSSEIRO E SUA ANÁLISE PELA JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>50</b>
3.1 O que é Erro Grosseiro .....	51
3.2 A jurisprudência do STF .....	55
3.3 A jurisprudência do STJ .....	57
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

O tema central desse trabalho de conclusão de curso consiste na análise da relação existente entre o Princípio da Fungibilidade Recursal no Processo Penal e o Erro Grosseiro na interposição de um recurso. Buscar-se-á demonstrar as hipóteses de aplicação do referido princípio e a discussão sobre a inviabilidade de sua aplicação nos casos de configuração de Erro Grosseiro na interposição dos recursos.

A Fungibilidade Recursal e o Erro Grosseiro no processo penal, embora não sejam temas novos, são atuais, possuindo extrema relevância, pois encarados com frequência pelo Poder Judiciário, desde a primeira instância, quando da análise do cabimento de um recurso ao Tribunal de Justiça pelo Magistrado Singular, até os Tribunais Superiores, como se verá no desenvolver do trabalho.

A análise da aplicação ou não do Princípio da Fungibilidade Recursal é de importância considerável, pois impacta diretamente a vida do jurisdicionado, que tem direito à uma prestação jurisdicional correta, bem como a dos operadores do Direito, que têm que lidar com o tema.

Iniciar-se-á o presente trabalho, como introdução ao estudo do princípio da fungibilidade, com uma pesquisa sobre as Decisões no Código de Processo Penal, demonstrando-se as classificações trazidas pela doutrina (e as divergências encontradas), seus objetivos e recorribilidade.

Após, analisar-se-á o Sistema Recursal do Código de Processo Penal, através de seus princípios e classificações. Em seguida, ver-se-á as características principais dos Recursos em Espécie do Processo Penal.

Posteriormente, identificar-se-á os requisitos/pressupostos recursais "gerais", como trazidos pela doutrina pesquisada, enfatizando-se o pressuposto da adequação, que engloba o Princípio da Fungibilidade Recursal, que será analisado mais detalhadamente quanto a seu conceito, características e hipótese de cabimento, de acordo com o entendimento doutrinário.

Seguindo, analisar-se-á os requisitos/pressupostos específicos dos demais recursos, que podem levar à não aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal e, de forma mais detalhada,

os requisitos/pressupostos dos recursos de Apelação e em Sentido Estrito, com especial atenção às hipóteses de cabimento e à tempestividade na interposição.

Definir-se-á o conceito de Erro Grosseiro através de pesquisa doutrinária sobre o tema, com análise das hipóteses de sua configuração, especialmente no tocante aos recursos de Apelação e em Sentido Estrito, e da viabilidade ou não da aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal.

Por fim, analisar-se-á a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, buscando estabelecer os pressupostos e fundamentos para a configuração do Erro Grosseiro na interposição de um recurso e sua influência na aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal. Ainda, estabelecer-se-á relação do entendimento jurisprudencial com aquele majoritário trazido pela doutrina pesquisada.

## 1 DECISÃO E SISTEMA RECURSAL NO CPP

O Estado possui a atribuição de administrar a Justiça, exercendo, exclusivamente, o *jus puniendi*. Para que isso possa acontecer, disponibiliza aos jurisdicionados órgãos adequados ao acesso à Justiça.

Segundo Tourinho Filho (2010, vol. 1, p. 129), o Estado, através das normas, estabeleceu limitações à conduta humana, para manter a harmonia e a ordem no meio social, regular as relações entre os homens e assegurar o equilíbrio e a paz sociais.

Ainda conforme o mesmo autor (2012, pp. 27-28), quando há violação dos direitos tutelados pela norma penal, transposição dessas limitações estabelecidas pelo Estado, como, por exemplo, o direito à vida, à honra, à integridade física, dentre outros, ocorre o que se chama de ilícito penal, ou infração penal, o que requer a atuação do Estado, que “não permite que a aplicação do preceito sancionador ao transgressor da norma de comportamento, inserida na lei penal, fique ao alvedrio do particular, mas a ele próprio, Estado (que é a própria sociedade politicamente organizada)” (TOURINHO FILHO, 2012, pp. 27-28).

Embora grande parte do conteúdo que chega aos órgãos jurisdicionais não seja por iniciativa do particular, ele é beneficiário de sua atuação, direta ou indiretamente, seja através da resposta à provocação ou pela garantia da segurança/ordem pública.

Esse poder-dever de punir do Estado é investido na figura do Juiz que conduz o processo e responde aos interessados com a aplicação da Lei Penal ao caso concreto, como prevê o art. 251, do Código de Processo Penal<sup>1</sup>.

### 1.1 As decisões no código de processo penal

Inicialmente, cabe ressaltar que o Código de Processo Civil, em seu art. 162, define os atos do Juiz, consistentes em *sentenças*, *decisões interlocutórias* e *despachos*, conceituando-os em seus parágrafos 1º a 3º, senão vejamos:

Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

---

<sup>1</sup> Art. 251. Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública.



§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

[...]

Como visto acima, o §1º do referido dispositivo, ao conceituar a Sentença, nos remete aos arts. 267 e 269 do mesmo diploma legal, que descrevem as causas de extinção do processo com e sem resolução de mérito.

Não há, no Direito Processual Penal, dispositivo legal tratando do assunto como no Processo Civil, sendo que a conceituação e classificação das decisões se dá, basicamente, através da doutrina, inexistindo consenso para tanto (LIMA, 2013, p. 1495).

Cumprе salientar, ainda, que a ausência de uma classificação uniforme das decisões pode dar causa, no caso concreto, à escolha de um recurso inadequado para impugnar a decisão proferida.

Apesar de inexistir uniformidade, percebe-se pontos em comum na classificação das decisões, que costumam ser separadas, em um primeiro momento, em despachos de mero expediente, decisões interlocutórias e decisões definitivas/sentenças.

Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 1496) define os despachos de mero expediente como “aqueles destinados ao impulso do processo, desprovidos de qualquer carga decisória, cujo objetivo é impulsionar o curso do procedimento em direção ao ato culminante, que é a sentença”. Cita como exemplos a determinação de intimação de testemunhas para audiência e de ciência às partes sobre juntada de laudo pericial.

Para o autor, são, em regra, irrecorríveis, podendo ser atacados por correção parcial nos casos e, que importem em inversão tumultuária do processo.

No mesmo sentido estão as definições de Aury Lopes Jr. (2012, p. 1078-1079), Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, vol. 1, p. 950) e Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 674).

Quanto às decisões interlocutórias, Aury Lopes Jr. (2012, p. 1079) as divide em interlocutórias simples e mistas. Sobre a primeira, leciona:

[...] já possui um mínimo de caráter decisório e gera gravame para uma das partes. Como regra, não cabe recurso dessa decisão, salvo expressa disposição legal [art. 581, do Código de Processo Penal – Recurso em sentido estrito], sem negar-se contudo, a possibilidade de utilização das ações impugnativas,

como habeas corpus e mandado de segurança”. Como exemplo, cita decisão de recebimento da denúncia ou queixa e que indefere pedido de habilitação como assistente de acusação. (Grifos no original)

As mistas, segundo Aury, encerram o processo sem julgamento de mérito (terminativas) ou finalizam um procedimento (não terminativas). São normalmente atacadas por Recurso em sentido estrito, salvo os casos que a lei prevê Apelação.

Cita, como exemplos, as decisões de rejeição da denúncia ou queixa e pronúncia (não terminativas), impronúncia (terminativa, atacada por Apelação), desclassificação, exceção de coisa julgada ou litispendência, entre outras.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, vol. 1, p. 950) utiliza-se dessa mesma classificação, trazendo como exemplos de decisões interlocutórias simples, além dos já apresentados, a decisão de decretação de prisão preventiva e aquela que desacolhe arguição de exceção.

Corroboram essa classificação as lições de Fernando Capez (2012, pp. 527-528), Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 675) e Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 1497).

O terceiro elemento dessa classificação são as decisões definitivas ou sentenças.

Aury Lopes Jr. (2012, p. 1079) descreve as sentenças como “Atos jurisdicionais por excelência, com pleno cunho decisório e que geram prejuízo para a parte atingida. Como regra, o recurso cabível é o de Apelação. São exemplos as sentenças penais condenatórias, absolutórias, a absolvição sumária [...]”.

Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 674) conceitua a sentença em sentido estrito como “[...] a decisão terminativa do processo e definitiva quanto ao mérito, abordando a questão relativa à pretensão punitiva do Estado, para julgar procedente ou improcedente a imputação”.

Fernando Capez (2012, pp. 528-529) ensina que a sentença em sentido estrito “é a decisão definitiva que o juiz profere solucionando a causa. Melhor dizendo, é o ato pelo qual o juiz encerra o processo no primeiro grau de jurisdição, bem como seu respectivo ofício”.

O conceito de decisões definitivas ou sentenças, trazido por Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, vol. 1, pp. 950-951), caminha no mesmo sentido.

Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 1498) afirma que, para o Código de Processo Penal, sentença é apenas a decisão que “[...] julga o mérito principal, ou seja, a decisão judicial que condena ou absolve o acusado”, sendo que as que não julgam mérito seriam decisões interlocutórias mistas.

Nesse ponto, as divergências se tornam mais evidentes, pois, como dito anteriormente, o Código de Processo Penal não dispõe expressamente sobre o tema.

Nucci (2013, p. 674) afirma, entretanto, que o Código de Processo Penal utiliza o termo sentença genericamente, abrangendo, inclusive, as decisões interlocutórias mistas, e as definitivas que não avaliam o mérito.

Lima (2013, p. 1498) diz que sentença, em sentido estrito, é a manifestação do juízo de 1º grau (monocrático), mas o Código de Processo Penal também trata como tal as “[...] decisões finais de juízos colegiados de 1º grau, tais como aquelas oriundas do Tribunal do Júri e dos Conselhos de Justiça, no âmbito da Justiça Militar”, e que, em sentido amplo, o conceito abrange também os Acórdãos dos Tribunais, quando há julgamento de mérito.

Em suas obras, Capez (2012), Nucci (2013) e Tourinho Filho (2010, vol. 1), classificam as *sentenças* em três modalidades: condenatórias, absolutórias, essas subdivididas em próprias e impróprias, e decisões definitivas em sentido estrito, ou terminativas de mérito. Vejamos:

As sentenças condenatórias são aquelas que julgam procedente a acusação (NUCCI, 2013, p. 674), total ou parcialmente (CAPEZ, 2012, p. 528).

Tourinho Filho (2010, vol. 1, pp. 950-951), ainda classifica as sentenças condenatórias em próprias e impróprias: “Aquelas são as que impõem uma pena que deve ser cumprida, nos termos da lei. Estas, embora condenatórias e também inflijam pena, não serão cumpridas. É o que se verifica nas hipóteses em que o juiz concede o perdão”.

As sentenças absolutórias, que não acolhem o pedido de condenação, julgando-o improcedente, são subdivididas, pelos três autores recém citados, em próprias e impróprias.

As próprias são aquelas que julgam improcedente o pedido de condenação com fundamento nos incisos I a VII do art. 386, do Código de Processo Penal<sup>2</sup>; as impróprias, por sua vez, implicam a aplicação de medida de segurança ao réu (art. 386, parágrafo único, inciso III, do mesmo diploma legal).

---

<sup>2</sup>Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII - não existir prova suficiente para a condenação.

As decisões definitivas em sentido estrito, também chamadas de terminativas de mérito, são aquelas que julgam o mérito, mas não absolvem ou condenam o réu, como por exemplo, nas decisões que extinguem a punibilidade do acusado (CAPEZ, 2012, p. 528), ou que resolvem o incidente de restituição de coisa apreendida (TOURINHO FILHO, 2010, vol. 1, fl. 951).

Távora e Alencar (2013) e utilizam classificação semelhante, chamando as sentenças de condenatórias, absolutórias próprias e impróprias, e declaratórias de extinção de punibilidade (terminativas de mérito ou definitivas).

Ao classificar as sentenças, Lima (2013, p. 1499) as divide em sentenças definitivas, englobado as condenatórias e absolutórias, decisões definitivas em sentido estrito (ou terminativas de mérito), e decisões com força de definitivas (ou interlocutórias mistas), já tratada anteriormente.

Existem, ainda, classificações das decisões que levam em consideração outros aspectos:

Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, vol. 1, p. 381) e Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 1499) classificam as decisões em executáveis, não executáveis, e condicionais, quanto ao momento da produção de seus efeitos:

As decisões executáveis são aquelas que podem, desde sua prolação, ser executadas, como a sentença que não permita que o réu apele em liberdade ou a sentença absolutória, que leva a soltura do acusado imediatamente.

As decisões não executáveis são aquelas que não admitem execução imediata, como a sentença condenatória, que depende de seu trânsito em julgado, ou, no caso de recurso, a que permita que o réu apele em liberdade.

Por fim, as decisões condicionais são as que necessitam de um acontecimento futuro e incerto para produzir efeitos, como no caso das decisões de extinção de punibilidade por decurso do período de prova da suspensão condicional do processo e verificação do cumprimento das condições ou a que concede o *sursis*.

Há, também, a classificação das decisões de acordo com o órgão prolator. Capez (2012, pp. 528-529), Lima (2013, pp. 1499-1500) Nucci (2013, p. 676), Távora e Araújo (2012, p. 513) e Tourinho Filho (2010, vol. 1, pp. 951-952) as classificam assim:

As decisões subjetivamente simples (ou sentenças simples) são as proferidas por juízo singular, monocrático, como as sentenças prolatadas por juiz de 1º grau.

As decisões subjetivamente plúrimas são aquelas proferidas por órgão colegiado homogêneo, como os Acórdãos nos Tribunais. “Os membros de Câmara ou Turma de um Tribunal, quando apreciam um recurso, manifestam-se com igual competência sobre toda a matéria. Não há divisão ou separação de funções, tal como ocorre nos julgamentos do Tribunal do Júri” (TOURINHO FILHO, 2010, vol. 1, p. 952).

E as decisões subjetivamente complexas são, justamente, as proferidas por um órgão colegiado heterogêneo, como o Tribunal do Júri, composto pelo Conselho de Sentença e o Juiz Presidente, com competências diferentes.

Em suas obras, Lima (2013) e Nucci (2013), classificam as decisões em relação a natureza jurídica. Nucci (2013, p. 675) classifica as decisões em condenatória, declaratória, constitutiva e mandamental.

São condenatórias quando julgam procedente a pretensão punitiva do Estado, fixando sanção penal ao acusado.

São declaratórias quando absolvem o acusado ou julgam extinta sua punibilidade, apenas declarando uma situação jurídica preexistente.

As constitutivas são aquelas em que o Estado revê a situação do condenado, como a que lhe concede a reabilitação criminal.

As mandamentais, por sua vez, contêm uma ordem judicial, que deve ser cumprida de imediato, como no caso do *habeas corpus* e do mandado de segurança.

O autor ainda fala em sentenças de natureza mista, como a que concede o perdão judicial: “Através de um raciocínio condenatório, considerando o réu culpado por determinado delito, chega o magistrado a proferir uma decisão declaratória de extinção de punibilidade. [...] Logo, declara que não há direito de punir e não confere ao Estado direito algum” (NUCCI, 2013, p. 676).

Para Lima, (2013, p. 1500) a decisão constitutiva é a que “[...] tem como eficácia preponderante a modificação de situação jurídica [...]”. Considera que existem as positivas, como a já citada reabilitação criminal, que cria uma nova situação jurídica, e as negativas, que desconstituem ato jurídico anterior, como a Revisão Criminal.

Além disso, o autor acrescenta uma eficácia não citada por Nucci em sua classificação, a *executiva*, como por exemplo na medida assecuratória de sequestro de bem proveniente de

infração penal<sup>3</sup>. “A eficácia executiva fica evidenciada a partir da autorização de venda dos bens inscritos no registro de imóveis após a sentença condenatória transitada em julgado (CPP, art. 133<sup>4</sup>)” (LIMA, 2013, p. 1501).

A decisão pode ser também suicida, vazia ou autofágica. As obras de e Lima (2013, p. 1500) e Távora e Araújo (2012, p. 513) trazem essa classificação.

Uma decisão é suicida quando a parte dispositiva não está de acordo com a fundamentação. Segundo Lima (2013, p. 1500), é considerada nula, podendo o vício ser sanado através da oposição de Embargos de Declaração.

A decisão vazia carece de fundamentação, sendo nula, conforme o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal

A decisão autofágica é a que reconhece a imputação, mas declara extinta a punibilidade. É o que ocorre com a sentença que concede o perdão judicial ou reconhece a prescrição.

Nucci (2013, p. 676) ainda traz a classificação das sentenças em materiais e formais. Aquelas, são as que decidem o mérito da causa; estas, decidem questões meramente processuais.

Por fim, considera-se válida a citação de trecho da obra de Norberto Avena (2012), que se propõe, através de alguns questionamentos, a identificar um provimento judicial:

- 1) Trata-se de um mero comando de impulso processual? Em caso afirmativo, haverá **despacho de mero expediente**.
- 2) Trata-se de uma decisão condenatória ou absolutória proferida pelo magistrado após esgotar todas as fases do procedimento respectivo? Em caso positivo, haverá **sentença**.
- 3) Trata-se de uma decisão que, não sendo despacho nem sentença, põe termo ao procedimento, importando em seu arquivamento após o trânsito em julgado? Em caso positivo, haverá **decisão interlocutória mista terminativa**.
- 4) Trata-se de uma decisão que, não sendo despacho nem sentença, põe termo a uma fase do procedimento, dando início a outra, sem importar, contudo, em arquivamento após o trânsito em julgado? Em caso positivo, haverá **decisão interlocutória mista não terminativa**. (AVENA, 2012, p. 1059 - grifos no original).

---

<sup>3</sup> Art. 125. Caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

<sup>4</sup> Art. 133. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público.

Parágrafo único. Do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

## 1.2 Recorribilidade no código de processo penal

Concedido o provimento judicial em primeira instância (com exceção dos despachos de mero expediente que, como visto, são geralmente irrecuráveis) a parte interessada tem direito de recorrer à instância superior.

Eis o âmago do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, que será visto oportunamente.

Da lição de Aury Lopes Jr. (2012, p. 1154), extrai-se que recurso é “[...] um meio processual através do qual a parte que sofreu gravame solicita a modificação, no todo ou em parte, ou anulação de uma decisão judicial ainda não transitada em julgado, no mesmo processo em que ela foi proferida”.

Fernando Capez (2012, p. 741) define recurso como:

[...] a providência legal imposta ao juiz ou concedido à parte interessada, consistente em um meio de se obter nova apreciação da decisão ou situação processual, com o fim de corrigi-la, modificá-la ou confirmá-la. Trata-se do meio pelo qual se obtém o reexame de uma decisão.

[...] é um retorno ao estágio inicial do processo, anterior à prolação da decisão, propiciando à parte uma nova oportunidade no julgamento de sua pretensão.

Para Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, vol. 2, p. 319), é “[...] o direito público e subjetivo de pedir o reexame de uma decisão”.

Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 1635) leciona que “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”.

Távora e Alencar (2013, p. 919) afirmam que “O recurso é o meio voluntário destinado à impugnação das decisões, afigurando-se como remédio de combate a determinado provimento, dentro da mesma relação jurídica processual, propiciando sua re-análise [*sic*]”.

Desse modo, resta claro que recurso é o instrumento previsto em lei que possibilita à parte o reexame da decisão em instância superior, antes de seu trânsito em julgado e no mesmo processo em que foi proferida, buscando sua modificação no todo ou em parte.

Em relação à Natureza Jurídica dos recursos, existem três correntes doutrinárias, dentre as quais a primeira é a majoritária: a) o recurso é decorrência/desdobramento do direito de ação;

b) o recurso é uma nova ação dentro do mesmo processo; e c) o recurso é qualquer forma/meio de reformar a decisão.

Adotando a primeira corrente, Lima (2013, p. 1636) afirma que o recurso consiste em “[...] uma fase do mesmo processo, um desdobramento da mesma ação”. No mesmo sentido está o entendimento de Távora e Alencar (2013, pp. 920-921), quando dizem que “O recurso seria uma continuidade da relação jurídica processual que subsiste pelo inconformismo de uma das partes, ou de ambas, com o provimento jurisdicional obtido em primeiro grau”.

Lopes Jr. (2012, p. 1154) concorda com essa corrente, entretanto, considera o poder de recorrer um desdobramento da pretensão acusatória (não do direito de ação) ou de defesa.

É consenso entre Lima (2013, pp. 1636-1637), Lopes Jr. (2012, p. 1151), Távora e Alencar (2013, p. 922) e Tourinho Filho (2010, vol. 2, p. 321) que os fundamentos do sistema recursal são a falibilidade humana e o inconformismo das pessoas ou a necessidade psicológica do vencido.

Falhas são inerentes ao ser humano e, como tais, os juízes podem cometer (e cometem) erros, sendo necessário instrumento que leve ao reexame de sua decisão, caso alguma parte considere seu direito lesionado.

Do mesmo modo, é natural o inconformismo das pessoas quando obtém um julgamento contrário a seus interesses ou expectativas, e, justamente por conhecer a falibilidade humana, sentem a necessidade psicológica de ter sua tese reexaminada.

Os órgãos de hierarquia superior que analisam os recursos tendem a cometer menos erros, pois são compostos de uma pluralidade de membros, o que possibilita uma melhor ponderação das teses apresentadas, sendo os julgadores, em regra, mais experientes.

Tratados por parte da doutrina como características, como em Nucci (2013), Lopes Jr. (2012) considera os alicerces normativos dos recursos regras específicas, enquanto Lima (2013) e Távora e Alencar (2013) os tratam como princípios.

Como princípio basilar do sistema recursal, temos o Duplo Grau de Jurisdição:

Lima (2013, p. 1636) descreve tal princípio “[...] 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”.

Para Avena (2012, p. 1122):



O duplo grau, em última análise, objetiva assegurar a efetiva prestação jurisdicional, traduzindo-se como um pressuposto necessário à justa composição da lide. Afinal, é evidente que uma segunda análise do contexto fático-jurídico que conduziu à decisão recorrida minimiza os riscos de uma eventual injustiça.

Mirabete<sup>5</sup> *apud* Távora e Alencar (2013, p. 922) diz que o “princípio do duplo grau dá maior certeza à aplicação do direito, com a proteção ou restauração do direito porventura violado [...]”.

O Princípio da Taxatividade trata da necessidade de expressa previsão legal de um recurso para que ele possa ser manejado.

Segundo Nucci (2013, p. 871) e Grinover *et al* (2001, p. 36), não se pode dar abertura infinita à via recursal, a fim de garantir a segurança jurídica e evitar atitudes protelatórias.

No mesmo sentido está o entendimento Távora e Alencar (2013, p. 924), ao dizerem que "A previsão legal é condição necessária para que a decisão seja recorrível, e para que o recurso exista."

Pelo princípio da Unirrecorribilidade, também chamado de unicidade ou singularidade, a cada decisão cabe apenas uma espécie de recurso, devendo a parte optar pela opção mais adequada.

Lima (2013, p. 1646) destaca que há exceções a esse princípio, como no caso do extinto protesto por novo júri, em que caberia também apelação em relação a um crime conexo; no caso de interposição simultânea de recursos especial e extraordinário, presentes dispositivos constitucionais e legais que autorizem a interposição de ambos; e, ainda, no caso de embargos infringentes e de nulidade contra parte não unânime da decisão concomitante à interposição de recurso especial/extraordinário no que couber.

Em relação à interposição de embargos infringentes e de nulidade juntamente com recurso especial/extraordinário, Távora e Alencar (2013, p. 926) entendem que a exceção ao princípio da unirrecorribilidade é "[...] meramente aparente, especialmente se for considerado que cada um dos recursos simultâneos tem objeto distinto da decisão judicial, ou seja, cada recurso é interposto contra capítulo diverso da decisão judicial penal."

Nesse mesmo sentido está a lição de Grinover *et al* (2001, p. 37): "Entende-se, nesses casos, cada capítulo da sentença é objeto de recurso distinto, de modo que a hipótese não configura exceção ao princípio da unirrecorribilidade".

---

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.605.

O princípio da Fungibilidade está positivado no art. 579 do Código de Processo Penal, e prevê, basicamente, a ausência de prejuízo à parte quando interpõe equivocadamente um recurso por outro.

Dispõe o referido dispositivo:

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.

Tratar-se-á desse princípio mais detalhadamente quando da análise do pressuposto recursal da adequação.

O princípio da Convolação não se confunde com o da fungibilidade. Enquanto este trata do recebimento de um recurso inadequado como o adequado, naquele "uma impugnação adequada pode ser recebida e conhecida como se fosse outra" (LIMA, 2013, p. 1648).

Avena (2012, p. 1129) sintetiza a diferença:

**Princípio da Fungibilidade:** possibilidade de que uma impugnação **não adequada** ao caso concreto seja recebida e conhecida como se fosse uma outra, que se reputa como **correta** à hipótese em análise.

**Princípio da Convolação:** possibilidade de que uma impugnação **adequada** ao caso concreto seja recebida e conhecida como se fosse outra, quer porque esta apresente maiores vantagens processuais ao postulante, quer porque ausentes na impugnação deduzida os pressupostos recursais da tempestividade, forma, interesse ou legitimidade. (grifos no original)

A Voluntariedade é necessidade da manifestação de vontade da parte sucumbente para a existência de um recurso (LIMA, 2013, p. 1649), e está prevista na primeira parte do art. 574 do Código de Processo Penal.

Segundo Távora e Alencar (2013, p. 923), "O recurso deve ser um ato processual volitivo. Daí ser o recurso um ônus processual: não há obrigatoriedade de recorrer, porém, se não exercida essa faculdade, a parte sucumbente pode sofrer consequências a ela desfavoráveis".

Como exceção a esse princípio, está a segunda parte do *caput* do art. 574 do Código de Processo Penal e seus incisos, que preveem o recurso de ofício, ou *ex officio*, do juiz nas sentenças que I. concederem *habeas corpus*; ou II. absolverem sumariamente o réu nos casos de competência do Tribunal do Júri (art. 411 do mesmo diploma legal).

Távora e Alencar (2013, p. 924) consideram, assim como a maioria da doutrina, que o inciso II do art. 574 do Código de Processo Penal está revogado, pois esta hipótese (o reexame necessário) não está prevista o art. 415 desse diploma.

Os mesmos autores, assim como Lima (2013), citam outros casos de cabimento do reexame necessário:

[...]

b) da decisão que conceder a reabilitação (CPP, art. 746): a Lei de Execução Penal (Lei na 7.210/84) não revogou o art. 746 do CPP, haja vista que os dispositivos referentes a reabilitação são plenamente compatíveis com a LEP;

c) da absolvição de acusados em processos por crimes contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando for determinado o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial (Lei na 1.521/51, art. 7a): referindo-se o dispositivo legal apenas a crimes, não há necessidade de reexame necessário na hipóteses [*sic*] de contravenções contra a economia popular. Também não se apresenta necessário o recurso de ofício nos crimes de tráfico de drogas, porquanto há lei especial sobre o assunto - Lei n<sup>o</sup> 11.343/06 – a qual não fez qualquer ressalva quanto a necessidade de reexame necessário;

d) sentença que conceder o mandado de segurança: de acordo com o art. 14, § Ia, da Lei n2 12.016/09, concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição. (LIMA, 2013, pp. 1651-1652)

E:

[...]

(c) da sentença de absolvição ou a deliberação que arquiva os autos do inquérito policial nos crimes contra a economia popular e saúde pública (art. 7<sup>o</sup>, Lei n<sup>o</sup> 1.521/51);

(d) da decisão que concede a reabilitação criminal (art. 746, CPP);

(e) do indeferimento liminar pelo relator, no tribunal, da ação de revisão criminal, quando o pedido não estiver suficientemente instruído (art. 625, §3<sup>o</sup>, CPP). (TÁVORA E ALENCAR, 2013, p. 924)

Para Grinover *et al* (2001, pp. 34-35), “[...] 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” (grifos no original).

O princípio da *Disponibilidade* permite que o recorrente renuncie ou desista do recurso. Grinover *et al* (2001, p. 42) lecionam que:

“A renúncia, anterior à interposição, impede que esta ocorra, antecipando a preclusão ou o trânsito em julgado. A desistência é sempre posterior à interposição, levando à extinção da via recursal. Por isso mesmo, tanto a renúncia como a desistência têm efeitos preclusivos, sendo irrevogáveis”

Entretanto, o art. 576 do Código de Processo Penal<sup>6</sup> restringe a possibilidade de o Ministério Público desistir de um recurso já interposto, assim como o art. 42<sup>7</sup> do mesmo diploma o faz quanto à ação penal pública ajuizada por ele.

Complementando, Tourinho Filho (2010, vol. 2, p. 345) afirma que, se o Ministério Público interpuser o recurso, “[...] deverá conferir-lhe o alcance que pretende. Não o fazendo, não lhe será lícito restringir-lhe o âmbito, o que implicaria, à evidência, desistência parcial tácita”.

Távora e Alencar (2013, p. 932) ainda acrescentam que é vedado ao Ministério Público a renúncia ao direito de recorrer, podendo, entretanto, deixar transcorrer *in albis* o prazo do recurso, devido a sua independência funcional.

A *Reformatio in pejus* implica, segundo Avena<sup>8</sup>, “[...] o agravamento da situação jurídica do réu em face de recurso interposto exclusivamente pela defesa”. No Processo Penal, vige o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, também conhecida como *non reformatio in pejus*, ou ainda *ne reformatio in pejus*, positivado no art. 617 do Código de Processo Penal<sup>9</sup>.

É classificada pela doutrina em *non reformatio in pejus direta e indireta*, senão vejamos:

Lima (2013, p. 1654) leciona que “A expressão *ne reformatio in pejus direta* refere-se à proibição de o Tribunal proferir decisão mais desfavorável ao acusado, em cotejo com a decisão impugnada, no caso de recurso exclusivo da defesa”.

Já Grinover *et al* (2001, p. 47), definem a *reformatio in pejus indireta*:

[...] na jurisprudência brasileira, a proibição tem sido estendida aos casos em que a sentença venha a ser anulada, por intermédio de recurso do réu: assim, o juiz que vier a proferir nova decisão, em lugar da anulada. Ficará vinculado ao máximo da pena imposta na primeira sentença, não podendo agravar a situação do réu. Se o fizesse, argumenta-se, estaria ocorrendo uma *reformatio in pejus indireta*.

Decorrente desse princípio, temos o da *reformatio in melius* que, embora não seja consenso na doutrina, permite a melhora da situação da defesa em caso de recurso exclusivo da acusação, leciona Lima (2013, p. 1658).

---

<sup>6</sup> Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

<sup>7</sup> Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

<sup>8</sup> AVENA Norberto Cláudio Pâncaro. "**Reformatio in pejus" e sua classificação:** O que é a "reformatio in pejus" e como esta se classifica? - Disponível em: <<http://www.norbertoavena.com.br/detalhes-noticias-norberto-avena.php?menu=noticias&id=23>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

<sup>9</sup> Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

De acordo com o Princípio da Dialeticidade, “[...] o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões [*sic*], formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal” (GRINOVER *et al*, 2001, p. 41).

No caso de ausência de razões ou contrarrazões de um recurso, esse não deve ser conhecido (GRINOVER *et al*, 2001, p. 41), sendo que há de se considerar nulo o julgamento do recurso sem essas peças (LIMA, 2013, p. 1659). Ainda, se interposto o recurso pelo acusado, faz-se mister a intimação de seu procurador para apresentar as razões (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 931).

Muito embora pacífico na doutrina, sua aplicação acaba mitigada pelos Tribunais Superiores, que têm considerado válido o julgamento de um recurso sem a juntada das razões/contrarrazões, conforme arts. 589<sup>10</sup> e 601<sup>11</sup>, do Código de Processo Penal (LIMA, 2013, p. 1660).

O Princípio da Complementaridade prevê, conforme lições de Lima (2013, p. 1662) e Távora e Alencar (2013, p. 929), que as razões de um recurso podem ser complementadas/integradas no caso de a decisão recorrida ter sido alterada supervenientemente, como, por exemplo, no caso de correção de erro material pelo juiz, ou oposição de embargos de declaração.

O princípio da Variabilidade permite que a parte interponha novo recurso em substituição a outro já interposto, dentro do prazo legal.

Lima (2013, p. 1663) e Távora e Alencar (2013, p. 930) entendem ser um princípio não aplicável no âmbito do Processo Penal, devido à ocorrência da preclusão consumativa quando o primeiro recurso é interposto.

Por fim, temos o princípio da Colegialidade, trazido por Lima (2013, p. 1663), que ensina: “Consectário lógico do princípio do duplo grau de jurisdição, entende-se que, por força do princípio da colegialidade, a parte tem o direito de, recorrendo a uma instância superior ao primeiro grau de jurisdição, obter um julgamento proferido por órgão colegiado”.

Encerrada a análise dos princípios recursais, segue-se agora para sua classificação.

---

<sup>10</sup> Art. 589. Com a resposta do recorrido ou sem ela, será o recurso concluso ao juiz, que, dentro de dois dias, reformará ou sustentará o seu despacho, mandando instruir o recurso com os traslados que lhe parecerem necessários.

<sup>11</sup> Art. 601. 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.

Quanto à obrigatoriedade do recurso, temos a classificação em voluntário e de ofício, ou obrigatório. Ambos foram tratados quando da análise do princípio da voluntariedade dos recursos.

Em relação ao objeto imediato do recurso, eles podem ser ordinários ou extraordinários. Aqueles, para Lima (2013, p. 1709) e Grinover *et al* (2001, p. 33), buscam proteger o interesse particular da parte, seu direito subjetivo. Estes, por sua vez, buscam proteger o direito objetivo, a preservação da boa aplicação do direito, nas esferas federal e constitucional.

Lima (2013, p. 1709) ainda acrescenta que, nos recursos ordinários, “também se obterá uma preservação do direito objetivo por meio de uma melhor aplicação da lei, porém essa é uma mera consequência do provimento do recurso, cuja existência se justifica na proteção do direito objetivo da parte [...]”.

Para Lopes Jr. (2012, p. 1159), os recursos ordinários “[...] são aqueles que têm por objeto provocar um novo exame (total ou parcial) do caso penal já decidido em primeira instância, por um órgão superior (*ad quem*), alcançando tanto as matérias de direito como também fáticas [...]”.

Já os extraordinários são aqueles:

[...] onde os tribunais superiores entram no exame, unicamente, da aplicação da norma jurídica efetuada pelo órgão inferior, sendo assim um juízo limitado ao aspecto jurídico da decisão impugnada. Em última análise, limitam a discussão a questões de direito, expressamente previstas em lei. (LOPES JR., 2012, p. 1159)

Quanto à extensão da matéria impugnada, os recursos podem ser totais ou parciais. Totais são quando “[...] a parte utiliza sua faculdade de impugnar toda a matéria permitida [...]”, já os parciais são aqueles em que “[...] a parte interessada utiliza de parte de sua faculdade de impugnação, ainda que a lei lhe permitisse ampla rediscussão de todas as questões decididas” (LOPES JR., 2012, pp. 1159-1160)

No mesmo sentido estão as lições de Lima (2012, pp. 1707-1708) e Grinover *et al* (2001, p. 32).

Em relação à fundamentação dos recursos, eles podem ser de fundamentação livre ou vinculada. Naqueles, segundo Lima (2013, p. 1706), podem ser abordados quaisquer aspectos relativos a fatos e direitos, não havendo restrição legal quanto às teses jurídicas aplicáveis. O exemplo clássico, trazido pelos autores pesquisados, é a Apelação.

Nos recursos de fundamentação vinculada, entretanto, como leciona Lopes Jr. (2012, p. 1160), a lei delimita a matéria que pode ser impugnada, definindo os limites da impugnação. São os casos do Recurso em Sentido Estrito, e dos Recursos Especial e Extraordinário.

Lima (2013, p. 1708) classifica os recursos também quanto aos pressupostos de admissibilidade, em genérico e específico. Aquele “baseia-se na simples irresignação da parte, sem que haja a necessidade de preenchimento de requisitos específicos para sua admissão”. Este, por sua vez, “é aquele que possui requisitos próprios para sua interposição, além daqueles normalmente exigidos para os demais recursos”. É o caso do prequestionamento da matéria no Recurso Extraordinário.

Lopes Jr. (2012, p.1161) ainda os classifica, quanto ao grau hierárquico, em horizontais, sendo os que se resolvem no mesmo órgão jurisdicional que proferiu a decisão recorrida, como no caso dos Embargos Declaratórios, ou no juízo de retratação presente no Recurso em Sentido Estrito; e verticais, que se resolvem por tribunal superior ao órgão prolator da decisão.

Por fim, vejamos os principais<sup>12</sup> efeitos dos recursos: o Devolutivo e o Suspensivo.

O efeito devolutivo, segundo Nucci (2013, p. 871), “[...] é a regra geral, permitindo que o tribunal superior reveja integralmente a matéria controversa, sobre a qual houve o inconformismo. Naturalmente, cabe à instância superior avaliar, ainda, matéria que lhe permite conhecimento de ofício [...]”.

Já o efeito suspensivo, conforme ensina Lopes Jr. (2012, p. 1165) é “[...] aquele obstáculo legal a que a sentença proferida possa surtir todos os seus efeitos antes do trânsito em julgado. Tal efeito determina a impossibilidade de executar-se a resolução judicial recorrida”.

### **1.3 Recursos em espécie**

O Recurso em Sentido Estrito, para Távora e Alencar (2013, p. 968), é:

[...] a impugnação voluntária, manifestada pela parte interessada e prejudicada por decisão judicial criminal que se amolde a uma das situações dispostas no art. 581, CPP, para o fim de vê-la modificada pelo juiz de primeiro grau, em juízo de retratação, ou pelo tribunal *ad quem*, mediante

---

<sup>12</sup> Lima (2013, pp 1696-1703) traz 8 (oito) efeitos dos recursos, quais sejam: obstativo, devolutivo, suspensivo, regressivo (também conhecido como iterativo ou diferido), extensivo, substitutivo, translativo e dilatatório-procedimental. Do mesmo modo, Capez (2012, pp. 759-760) trouxe outros dois efeitos. Entretanto, restringiu-se este trabalho aos dois principais efeitos, devolutivo e suspensivo.

juízo pelo seu órgão com competência criminal, para tanto subindo os autos principais ou mediante traslado, quando a lei assim o determinar.

Para Lopes Jr. (2012, p. 1203), pode ser ordinário ou extraordinário: ordinário contra decisão de pronúncia, por exemplo, em que o recurso permite ampla discussão sobre toda a prova produzida; extraordinário contra decisão que reconhece incompetência do juízo, quando discute-se apenas questão de direito.

É erroneamente comparado, segundo Lima (2013, p. 1709), com o Recurso de Agravo do Processo Civil, pois não pode ser interposto contra qualquer decisão incidental no processo.

Nucci (2013, pp. 883-884) leciona que, embora o rol do art. 581 do Código de Processo Penal seja taxativo, e não se permita ampliação por analogia, é possível utilizar-se de interpretação extensiva para as hipóteses de cabimento do recurso, como no caso da decisão que rejeita o aditamento da denúncia.

Ainda, para Lima (2013, p. 1709), “Cuida-se de modalidade de recurso que se dirige, tão somente, contra decisão de juiz singular, jamais contra decisões de órgãos colegiados dos Tribunais ou decisões monocráticas de relator nos processos que lhe estejam afetos”.

O Recurso de Apelação, para Lopes Jr. (2012, p.1219), “É um meio de impugnação ordinário por excelência (podendo ser total ou parcial), que autoriza um órgão jurisdicional de grau superior a revisar, de forma crítica, o julgamento realizado em primeiro grau”. É o “juízo sobre o juízo”.

Capez (2012, p. 761) leciona que Apelação é o “Recurso interposto da sentença definitiva ou com força de definitiva, para a segunda instância, com o fim de que se proceda o reexame da matéria, com a consequente modificação parcial ou total da decisão”.

De acordo com o art. 593, §4º, do Código de Processo Penal<sup>13</sup>, a Apelação se sobrepõe ao Recurso em Sentido Estrito quando partes diferentes da decisão proferida puderem ser atacadas por ambos:

A apelação também funciona como recurso preferível, já que se trata do instrumento adequado quando parte da decisão poderia ser impugnada por meio de recurso em sentido estrito, que fica absorvido pela apelação, nos termos do art. 593, §4º, do CPP, em fiel observância ao princípio da unirrecorribilidade. (LIMA, 2013, p. 1735)

Os Embargos Infringentes e de Nulidade, para Lima (2013, p. 1757), são recursos exclusivos da defesa destinados “[...] ao reexame de decisões não unânimes dos Tribunais de

---

<sup>13</sup> Art. 593 [...] §4º Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra.



2ª instância no julgamento de apelações, recursos em sentido estrito e agravos em execução, desde que desfavoráveis ao acusado”.

Segundo Lopes Jr. (2012), “São dois recursos [...] com o mesmo tratamento legal e com a mesma sistemática de processamento, mas com uma distinção de conteúdo e também em relação a consequências de eventual acolhimento”.

Távora e Alencar (2013, p. 1001), entretanto, discordam desse posicionamento, afirmando que “Embora o nome pareça indicar a existência de dois recursos, os embargos infringentes e de nulidade são um único recurso, com dupla possibilidade de manejo, interposto perante órgão do mesmo tribunal prolator da decisão”.

Independentemente de serem dois recursos ou apenas um recurso com dupla possibilidade de manejo, suas características são as mesmas: “[...] embargos infringentes são cabíveis quando o acórdão impugnado possuir divergência em matéria de mérito; embargos de nulidade são a impugnação adequada contra acórdãos divergentes em matéria de nulidade processual” (LIMA, 2012, p. 1757).

Os Embargos Declaratórios estão previstos nos arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal, quando tratam de acórdãos proferidos pelos tribunais, e no art. 382 do mesmo diploma legal quando opostos contra decisão proferida por juiz singular. Alguns doutrinadores chamam esse segundo tipo de embargos de declaração de embarguinhos, é o caso de Távora e Alencar (2013, p. 990).

Segundo Lopes Jr. (2012, p. 1256), “A rigor, os embargos de declaração servem apenas para que o órgão julgador declare, esclareça a decisão, não para que ele volte a decidir, retrate-se ou modifique o decidido [...]”.

O Agravo em Execução Penal, previsto no art. 197 da Lei n. 7.210/1984<sup>14</sup>, “É o recurso utilizado para impugnar toda decisão proferida pelo juiz da execução criminal, que prejudique direito das partes principais envolvidas no processo” (NUCCI, 2013, p. 901).

A Carta Testemunhável é, segundo Nucci (2013, p. 928), “[...] o recurso destinado a provocar o conhecimento ou o processamento de outro para tribunal ou instância superior, cujo trâmite foi indevidamente obstado pelo juiz”.

---

<sup>14</sup> Art. 197. Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

Lopes Jr. (2012, p. 1268) afirma que a carta testemunhável “[...] É um recurso subsidiário, somente podendo ser utilizado se não houver um recurso específico para a decisão denegatória”.

Não se pode utilizar, por exemplo, no caso de denegação de subida de Apelação, posto que cabível Recurso em Sentido Estrito (art. 581, inciso XV, do Código de Processo Penal<sup>15</sup>).

A Correição Parcial é o recurso subsidiário utilizado para impugnação de decisões judiciais que causem a inversão tumultuária do processo quando não houver outro específico previsto em lei.

Lima (2013, p. 1770) leciona que “A correição parcial é adotada por quase todos os Estados, seja nas leis de organização judiciária, seja nos regimentos internos dos Tribunais. Em alguns Estados, conserva o nome de *correição parcial*; em outros, é chamada de *reclamação*” (grifos no original).

Para Távora e Alencar (2013, p. 986), não possui natureza recursal, mas preponderantemente administrativa.

Os Recursos Extraordinário e Especial, de acordo com Capez (2012 pp. 850/870-871), são recursos destinados a devolver ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, a competência para conhecer e julgar questão federal de natureza constitucional, no caso do recurso extraordinário, e infraconstitucional, no recurso especial, quando não mais couber recurso ordinário.

Para Lopes Jr. (2012, p. 1269), em se tratando de recursos de natureza extraordinária, os tribunais superiores não reexaminam todo o julgamento, limitando-se à discussão das questões de direito expressamente previstas em lei. Diz, ainda, serem recursos de fundamentação vinculada, como já visto, pois a matéria a ser discutida está prevista expressamente na Constituição Federal.

Além dos recursos propriamente ditos, temos ainda, no Sistema Processual Penal, as Ações Autônomas de Impugnação: *Habeas Corpus*, Revisão Criminal e Mandado de Segurança.

---

<sup>15</sup> Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

[...]

XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta;

O *Habeas Corpus*, de acordo com Capez (2012, p. 828), é o “Remédio judicial que tem por finalidade fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder”.

Da lição de Nucci (2013, p. 963), extrai-se que o *habeas corpus* não é recurso, mas um instrumento assecuratório de direitos fundamentais, que se impetra por meio de ação autônoma, podendo ser proposto até quanto a decisão transitada em julgado.

A Revisão Criminal, segundo Lopes Jr. (2012, p. 1308), é “[...] um meio extraordinário de impugnação, não submetida a prazos, que se destina a rescindir uma sentença transitada em julgado, exercendo, por vezes papel similar de uma ação de anulação, ou constitutiva negativa no léxico ponteano, sem se ver obstaculizada pela coisa julgada”.

De acordo com a lição de Paulo Rangel<sup>16</sup> *apud* Távora e Alencar (2013, p. 1202):

Tal demanda tem o condão de excepcionar a coisa julgada em matéria criminal, pelo que só se permite seu ajuizamento quando em favor do sentenciado. Não há, assim, revisão criminal *pro societate*, mas tão-somente quando seu manejo é permeado pelos princípios do *favor rei* e da verdade real (verdade processual), caracterizando-se como demanda para o resgate do *status dignitatis* do acusado.

Por fim, o Mandado de Segurança é, como explica Lima (2013, p. 1855):

[...] ação autônoma de impugnação de natureza cível, com status constitucional. Em sede processual penal, o *writ of mandamus* é utilizado de maneira residual, sobretudo nas hipóteses em que não for possível a impetração do *habeas corpus*, ou quando não houver previsão legal de recurso para impugnar determinada decisão judicial.

Para Nucci (2013, p. 988), é ação de impugnação com objetivo de coibir ilegalidade ou abuso de poder proveniente de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição pública, que atinja direito líquido e certo do impetrante.

## 2 REQUISITOS E PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Inicialmente, os recursos devem ser interpostos por petição ou por termo nos autos, conforme prevê o art. 578 do Código de Processo Penal<sup>17</sup>, bem como assinado pelo recorrente ou procurador. Ao analisar o recurso, deve o Magistrado, seja *a quo* ou *ad quem* (dependendo

---

<sup>16</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.620.

<sup>17</sup> Art. 578. O recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante.

o tipo do recurso), verificar o preenchimento de certos requisitos, ou pressupostos, para dar seguimento ao recurso.

Para Grinover *et al* (2001, pp. 72-75), os Recursos, assim como a Ação Penal possuem condições e pressupostos. Discordam da maioria da doutrina, que trata genericamente de pressupostos ou requisitos processuais. Entendem, correlacionando com as condições da ação e os pressupostos processuais, que há condições dos recursos e pressupostos processuais.

Já Lopes Jr. (2012, pp. 1189-1191), com o qual se concorda, argumenta que, em se tratando o recurso de desdobramento da mesma ação, como a doutrina vem adotando majoritariamente, e não uma nova, não há que se falar em condições ou pressupostos recursais, em referência às condições da ação e pressupostos processuais. Para ele, ainda, a terminologia utilizada deve ser requisitos processuais, cujo preenchimento possibilita o prosseguimento da marcha processual.

Entretanto, como a maioria da doutrina pesquisada utiliza o termo pressupostos, utilizar-se-á deste no decorrer do texto.

Após ser resolvida a questão conceitual, passa-se à classificação dos Pressupostos Recursais, que são definidos pela doutrina em pressupostos objetivos e pressupostos subjetivos.

Quanto aos pressupostos objetivos, estes são classificados, basicamente, em cabimento, adequação, tempestividade e Inexistência de fato impeditivo ou extintivo/preparo.

O Cabimento trata, segundo Nucci (2013, p. 897) e Lima (2013, p. 1668), da existência de previsão legal para a interposição do recurso. Conquanto tenham o mesmo significado, vale dizer que Tourinho Filho (2011, p. 855) chama esse pressuposto de Autorização Legal, enquanto Távora e Alencar (2013, p. 934) o denomina de Previsão Legal.

Para Lopes Jr. (2012, pp. 1191-1192), o cabimento é “[...] a inexistência de uma decisão imutável e irrevogável”. Continua, afirmando que “A existência de coisa julgada formal é um fator impeditivo da admissão de um recurso, na medida em que constitui o efeito conclusivo do processo [...]”.

A Adequação, intimamente ligada ao pressuposto do cabimento, consiste, segundo Aranha (2010, p.81) e Nucci (2013, p. 897), na escolha do recurso exato para cada tipo de decisão. Para Muccio (2011, p. 1513), se define como exigência de que “se interponha exatamente o recurso legalmente previsto em lei para a decisão recorrida”.

Para Lopes Jr. (2012, p.1192) ensina:

Adequação assim é a compatibilidade entre a decisão proferida e o recurso interposto para impugná-la. Portanto, é manifestamente inadequado o recurso em sentido estrito que pretender impugnar uma sentença penal condenatória, por exemplo, pois recurso cabível e adequado é a apelação.

Assim, resta clara a necessidade, ao impugnar uma decisão, de interpor o recurso correto, indicado na lei.

Entretanto, através do Princípio da Fungibilidade Recursal, previsto no art. 579 do Código de Processo Penal<sup>18</sup>, é possível o conhecimento e análise de um recurso por outro, se cumpridos os demais pressupostos de admissibilidade, mormente em relação à tempestividade.

Nucci (2013, p. 881), leciona que a interposição de um recurso por outro, conforme o disposto no referido artigo, sem má-fé ou Erro Grosseiro, permite o processamento e conhecimento do recurso: “Assim, caso a parte esteja em dúvida, por exemplo, se é caso de interposição de recurso em sentido estrito ou apelação, [...] é plausível que a opção feita seja devidamente encaminhada para a instância superior, merecendo ser devidamente avaliada”.

No mesmo sentido a lição Hidejalma Muccio (2011, pp.1513-1514):

No nosso direito contempla, portanto, a chamada teoria ou o *princípio da fungibilidade* dos recursos ou teoria do *recurso indiferente* de Goldschmidt, ou teoria do *tanto vale* (Sowohl auch theorie), abrandando o pressuposto recursal da adequação. Com a da teoria da fungibilidade dos recursos, o que importa é a parte manifestar, deixar claro seu inconformismo (descontentamento) com a decisão preferida e sua vontade pelo seu reexame, sendo indiferente o nome formal que venha a atribuir ao recurso interposto. (grifos no original)

Grinover *et al* (2001, p. 39) escrevem:

Pelo princípio da fungibilidade, previsto expressamente no CPP pelo art. 579, o recurso erroneamente interposto pode ser conhecido pelo outro, desde que não haja má-fé. Há, nesse caso, aproveitamento do recurso erroneamente interposto, mediante sua conversão no adequado, em homenagem ao princípio de que o processo não deve sacrificar o fundo pela forma.

Observa-se, antes de tudo, que o princípio da fungibilidade só pode operar quando se trate de recursos sem fundamentação vinculada (apelação contra decisão de juiz singular e recurso em sentido estrito, por exemplo). Não quando se trate de recursos com requisitos de admissibilidade próprios, como, por exemplo, a apelação contra a decisão do Júri, o recurso extraordinário e o recurso especial.

Como visto, o Princípio da Fungibilidade Recursal afasta, de certa forma, o pressuposto recursal da adequação, permitindo a conversão do recurso impróprio no cabível, impedindo que

---

<sup>18</sup> 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.

a parte seja prejudicada, ressalvada a ocorrência de má-fé, tratada pela doutrina como a interposição de um recurso com prazo maior em função da perda do prazo do recurso cabível.

Ainda, Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 856) afirma:

É a teoria do recurso indiferente do Direito alemão: “sowohl als auch Theorie”, Na verdade a parte não pode ser prejudicada por um erro do juiz, que deve conhecer mais o Direito que as partes (*jura novit curia* - o juiz conhece o Direito), salvo se o recorrente agiu de má-fé. Tem-se entendido que existe *má-fé* quando a parte ingressa com um recurso cujo prazo é mais dilatado do que o fixado para o recurso oponível. [...].

Porém, além da possibilidade de afastamento da aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal pela ocorrência de má-fé, situação prevista na Lei processual, há também a hipótese de afastamento perante a caracterização de Erro Grosseiro na interposição do recurso, como se verá no próximo Capítulo.

Em relação à Tempestividade, basicamente, “O recurso deve ser interposto no prazo previsto em lei, sob pena de preclusão temporal” (LIMA, 2013, p. 1668).

Segundo Capez (2012, p. 745), “[...] os prazos recursais são fatais, contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou feriado, salvo se houver impedimento do juiz, força maior ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária (CPP, art. 798, § 4º)<sup>19</sup>”.

Távora e Alencar (2013, p. 937) escrevem que:

O prazo recursal é contado a partir da data em que se considera intimada a parte interessada da decisão, sentença ou acórdão publicado (*dies a quo*). Isso significa dizer que o recurso, para ser validamente manejado, deve ser interposto após a publicação do decisum a ser vergastado.

Nesse mesmo sentido está a lição de Lima (2013, p. 16668), ao dizer que “[...] intempestivo será o recurso ofertado após o prazo para interposição do recurso, **bem como aquele apresentado antes da publicação da decisão**<sup>20</sup>” (grifado).

Vale ressaltar, entretanto, que, em relação ao recurso em sentido estrito e à apelação, que são interpostos em um momento e têm as razões apresentadas em outro, “[...] a tempestividade do recurso refere-se ao primeiro momento, ou seja, o da interposição, sendo

---

<sup>19</sup> Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

[...]

§4º Não correrão os prazos, se houver impedimento do juiz, força maior, ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária.

<sup>20</sup> Como já se pronunciou o Supremo, tanto é intempestivo o recurso interposto fora do prazo, contado a partir da publicação do acórdão, quanto o apresentado antes dessa publicação: STF, 1ª Turma, RHC nº 83.662/RJ, Rel. Min. Eros Grau, j. 01/10/2004, DJ 01/10/2004, p. 28.

uma mera irregularidade a apresentação extemporânea das razões” (LOPES JR., 2012, pp. 1192-1193).

A Inexistência de fato impeditivo ou extintivo implica a ocorrência de renúncia ao direito de recorrer, desistência do recurso ou deserção, aqueles já tratadas no capítulo anterior em relação ao princípio da disponibilidade.

Esta, a deserção, resulta da ausência de Preparo, conforme ensina Lopes Jr. (2012, p. 1193): “A esses requisitos objetivos gerais há que se acrescentar o preparo, específico para os recursos nos processos instaurados a partir de ação penal de iniciativa privada. O pagamento das despesas recursais é um requisito cujo descumprimento conduz à deserção [...]”

Em relação aos pressupostos subjetivos, estes são classificados em legitimidade e interesse.

Quanto à Legitimidade, ou legitimação, o art. 577 do Código de Processo Penal prevê: “Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor”.

Além desses legitimados elencados no *caput* do referido dispositivo, pode recorrer, também, o assistente de acusação, conforme o disposto no art. 268 do Código de Processo Penal<sup>21</sup>. Entretanto, ressalta Lopes Jr. (2012, p. 1194), que essa legitimação é supletiva, pois “[...] o assistente só pode recorrer se o Ministério Público não o fizer. [...] Quando o Ministério Público recorre, o assistente poderá apenas arazoar junto, conforme o tipo de recurso utilizado”.

Capez (2012, p. 755) afirma, ainda, que “A defensoria pública tem legitimidade para recorrer em favor do réu revel, mesmo que este, em face de sua ausência, não tenha ratificado o recurso (RTJ, 84/317)”.

O Interesse resta positivado no parágrafo único do art. 577 do Código de Processo Penal, que diz: “Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão”.

Segundo Capez (2012, p. 753), esse interesse é processual, não moral, consistente na necessidade de um recurso para obter situação processual mais vantajosa. Nucci (2013, p. 880) segue no mesmo sentido ao afirmar que “[...] caso [a parte] seja vencedora em todos os pontos

---

<sup>21</sup> Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31. [Cônjuge, ascendente, descendente ou irmão]

sustentados, não havendo qualquer tipo de sucumbência, inexistente motivo para provocar outra instância a reavaliar a matéria”.

Para haver interesse, portanto, é necessário haver sucumbência da parte, ou seja, segundo Lopes Jr. (2012, p. 1195), “[...] deve existir um gravame gerado pela decisão impugnada”. Continua o autor:

[...] todo recurso supõe, como fundamento jurídico, a existência de um gravame (prejuízo), isto é, uma diferença injustificada (na perspectiva de quem recorre, é claro), desfavorável para ela, entre sua pretensão (ou resistência, no caso do réu) e o que foi reconhecido e concedido na sentença impugnada.

Cabe ressaltar a existência de interesse do réu nos casos de sentença absolutória, seja ela própria ou imprópria. Lima (2013, p. 1693) define as hipóteses:

Quanto à sentença absolutória imprópria, há o interesse em função da aplicação de medida de segurança contra o acusado:

Quanto à sentença absolutória imprópria, aplicável ao inimputável do art. 26, *caput*, do CP<sup>22</sup>, não há dúvidas quanto ao interesse recursal da defesa. Afinal, se referida sentença impõe ao acusado o cumprimento de medida de segurança, fica evidente o interesse recursal da defesa para interpor eventual apelação, pois a impugnação se mostra necessária para se obter a reforma da decisão. (LIMA. 2013, p. 1693)

E em relação à sentença absolutória própria, o interesse se deve ao fato de a fundamentação da absolvição (art. 386 do Código de Processo Penal) pode levar à repercussão no juízo cível, vejamos:

Em síntese, pode-se dizer que o recurso interposto pela defesa contra uma sentença absolutória deve ser conhecido, desde que demonstrado o interesse na **modificação do fundamento da absolvição** para atingir resultado concreto mais favorável, sobretudo no tocante à **repercussão da sentença absolutória no cível**. (Grifado)

Entendidos esses requisitos como gerais, vejamos agora a aplicação deles a alguns recursos em espécie, especialmente no tocante a cabimento e adequação.

## 2.1 Recurso em sentido estrito

Como já mencionado no Capítulo anterior, o Recurso em Sentido Estrito está previsto no art. 581 do Código de Processo Penal, tendo em seus incisos rol taxativo de cabimento.

---

<sup>22</sup> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.



Entretanto, Nucci (2013, pp. 883-884) leciona que, embora exista essa taxatividade, e não se permita ampliação por analogia, é possível utilizar-se de interpretação extensiva para as hipóteses de cabimento do recurso, como se verá a seguir.

Dispõe o art. 581 do Código de Processo Penal:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I - que não receber a denúncia ou a queixa;

II - que concluir pela incompetência do juízo;

III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;

IV - que pronunciar o réu;

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;

VI - ~~que absolver o réu, nos casos do art. 411;~~ (Revogado pela Lei nº 11.689, de 2008)

VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor;

VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;

IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;

X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus;

XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;

XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional;

XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte;

XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir;

XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta;

XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;

XVII - que decidir sobre a unificação de penas;

XVIII - que decidir o incidente de falsidade;

XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado;

XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra;

XXI - que manter ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774;

XXII - que revogar a medida de segurança;

XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação;

XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples.

I - que não receber a denúncia ou a queixa;

Inicialmente, cabe Recurso em Sentido Estrito quando o Magistrado não recebe (ou rejeita) a denúncia ou queixa que for manifestamente inepta; faltar pressuposto processual ou

condição para o exercício da ação penal; ou faltar justa causa para o exercício da ação penal (art. 395 do Código de Processo Penal).

Segundo Lima (2013, pp. 1712-1713), havia discussão doutrinária acerca da diferença entre os casos de rejeição e não recebimento da peça, entretanto, hoje prevalece o entendimento que ambas são expressões sinônimas. “Nessa linha, segundo a Súmula nº 60 do TRF da 4ª Região, ‘da decisão que não recebe ou que rejeita a denúncia cabe recurso em sentido estrito’”.

Da decisão que recebe a peça, entretanto, para Távora e Alencar (2013, p. 969), não cabe recurso, “[...] mas o réu pode manejar *habeas corpus* para trancar a ação penal cujo crime comine pena privativa de liberdade ou mandado de segurança para o mesmo fim quando o crime não preveja pena de tal espécie, quando a demanda for desprovida de justa causa”.

Quanto à rejeição (não recebimento) do aditamento à peça acusatória, Lopes Jr. (2012, p. 1205) ressalta que pode ser recorrível por meio de Recurso de Sentido Estrito “[...] quando for similar a rejeição à denúncia e, para isso, o aditamento deve ser próprio, incluindo fatos novos ou novos réus ao processo. Ademais, a rejeição à mera correção de dados fáticos irrelevantes da denúncia não gera o necessário gravame para justificar o recurso”.

II - que concluir pela incompetência do juízo;

Segundo Távora e Alencar (2013, p. 970), “São as decisões comumente chamadas de declinatórias de competência, quando o magistrado, *ex officio*, entende que não tem atribuição para atuar no caso”.

Ressalta-se, conforme a lição de Lopes Jr. (2012, p. 1205), que se tratar de decisão proveniente de provocação das partes, mediante exceção de incompetência, o recurso cabe nos termos do inciso III deste dispositivo (próximo item).

Os autores pesquisados incluem também, nessa hipótese de cabimento, a decisão que desclassificar a conduta do acusado nos casos de crimes de competência do Tribunal do Júri.

Nesse sentido a lição de Lima (2013, p. 1714): “[...] ao desclassificar a imputação para crime que não seja doloso contra a vida, é evidente que o juiz sumariante [*sic*] está concluindo, de ofício, pela incompetência do Tribunal do Júri [...]”.

III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;

As exceções estão previstas no art. 95 do Código de Processo Penal, e são: suspeição; incompetência de juízo; litispendência; ilegitimidade de parte e coisa julgada. Como visto, o

dispositivo é expreso no sentido de que não cabe Recurso em Sentido Estrito da decisão que julgar procedente a exceção de suspeição, restando as outras quatro possibilidades.

Lima (2013, p. 1716), diz que “são irrecuráveis as decisões que **rejeitam** tais exceções, o que, no entanto, não impede que a matéria volte a ser questionada em preliminar de eventual apelação ou por meio de habeas corpus (CPP, art. 648, VI)” (grifado).

Ressalta-se, como ensina Lopes Jr. (2012, p. 1206), que esse recurso só cabe contra decisão do juiz singular que acolher as exceções, não cabendo daquela que conhecer e acolher alguma exceção no Tribunal.

IV – que pronunciar o réu;

Antes da reforma de 2008, era cabível Recurso em Sentido Estrito das decisões de pronúncia, impronúncia e absolvição sumária (inciso VI – revogado) do acusado. Com a promulgação da Lei n. 11.689/08, passa a ser recorrível em Sentido Estrito apenas a decisão de pronúncia do acusado (art. 413 do Código de Processo Penal<sup>23</sup>).

Segundo Lopes Jr. (2012, p. 1206), a decisão de impronúncia é terminativa, encerrando o processo sem julgamento de mérito, enquanto a absolvição sumária é uma sentença, pois ataca o mérito. Desse modo, ambas são impugnáveis através de Apelação.

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;

Távora e Alencar (2013, p. 971) lecionam que as decisões que sejam favoráveis à liberdade do réu são recorríveis em Sentido Estrito, “[...] isto é, quando deneguem pedido de prisão preventiva, aplicando ou não medida cautelar não prisional, ou quando a revoguem. Também sujeita ao mesmo recurso será a decisão que conceda a liberdade provisória ou que relaxe a prisão em flagrante”.

Quanto às decisões que atentem contra a liberdade do acusado, afirma Lopes Jr. (2012, p. 1207) que devem ser atacadas, via de regra, por *habeas corpus*, “[...] não apenas porque costumam implicar a prisão cautelar do imputado, mas principalmente pela celeridade e a possibilidade de concessão de medida liminar que somente o habeas corpus possui”.

---

<sup>23</sup> Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

VI - ~~que absolver o réu, nos casos do art. 411;~~ (Revogado pela Lei n. 11.689/08 – vide inciso IV)

VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor;

A fiança pode ser julgada quebrada nos termos do art. 341 do Código Penal<sup>24</sup> ou no caso do descumprimento dos deveres processuais dos arts. 327 e 328, do mesmo diploma legal<sup>25</sup>, o implica a perda de metade do valor prestado, bem como a prisão do acusado<sup>26</sup>.

O perdimento, por sua vez, ocorre quando o acusado é condenado definitivamente e não se apresenta para o início do cumprimento da pena fixada<sup>27</sup>.

Conforme art. 584, *caput* e §3º, do Código de Processo Penal<sup>28</sup>, nesse caso o recurso terá efeito suspensivo, mas apenas em relação ao perdimento da metade do valor prestado.

Novamente, Lopes Jr. (2012, p. 1208) enfatiza que o comum é a utilização, nesses casos, de *habeas corpus*, embora o Recurso em Sentido Estrito seja perfeitamente cabível.

VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade; e IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade; (grifado)

Trata-se de situações opostas, uma em que é decretada a extinção da punibilidade do acusado, outra em que o pedido de reconhecimento da extinção de punibilidade é indeferido.

---

<sup>24</sup> Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;

V - praticar nova infração penal dolosa.

<sup>25</sup> Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

<sup>26</sup> Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.

<sup>27</sup> Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.

<sup>28</sup> Art. 584. Os recursos terão efeito suspensivo nos casos de perda da fiança, de concessão de livramento condicional e dos ns. XV, XVII e XXIV do art. 581.

[...]

§3º O recurso do despacho que julgar quebrada a fiança suspenderá unicamente o efeito de perda da metade do seu valor.

O art. 107 do Código Penal<sup>29</sup> traz um rol exemplificativo de causas de extinção de punibilidade, dentre elas a prescrição, havendo ainda previsão de outras causas em eis esparsas.

Em relação ao inciso VIII, Lopes Jr. (2012, p. 1208) afirma ser “uma verdadeira decisão declaratória de extinção de punibilidade”, sendo utilizado o Recurso em Sentido Estrito pelo Ministério Público e assistente de acusação posto inexistir gravame (interesse) à defesa. Destaca ainda que, quando a decisão se der em Processo de Execução, cabe Recurso de Agravo.

Falando de ambos, Lima (2013, p. 1721) assevera que não se admite Recurso em Sentido Estrito quando a decisão sobre a extinção de punibilidade ocorrer em sentença condenatória ou absolutória:

A título de exemplo, se, num processo envolvendo a prática de dois delitos, o juiz proferir sentença condenatória (ou absolutória) pela prática de um ilícito, declarando a extinção da punibilidade quanto à outra imputação (v.g., com base na prescrição), o recurso cabível será o de apelação, que tem o condão de absorver o RESE, *ex vi* da regra constante do art. 593, §4º<sup>30</sup>, ainda que a acusação pretenda recorrer apenas contra a extinção da punibilidade. (LIMA, 2013, p. 1721).

X - que conceder ou negar a ordem de *habeas corpus*;

Segundo Távora e Alencar (2013, p. 973), “É o caso da impetração que se dirige contra ato de autoridade policial, onde é competente o magistrado de primeira instância”. A firma ainda (p. 974), que dessa decisão, se concessiva do *habeas corpus*, caberá recurso *ex officio* do magistrado *a quo* (ou reexame necessário – art. 574, inciso I, do Código de Processo Penal –, como já visto no primeiro capítulo, no princípio da voluntariedade).

É consenso entre os autores, ainda, que, da decisão que denegar a ordem, por motivos de celeridade, *habeas corpus* contra essa decisão em instância superior. Nesse sentido, Lima (2013, p. 1723) discorre:

Essa possibilidade de impetração de *habeas corpus* para uma instância superior contra decisão denegatória de *writ* anterior não é válida apenas para decisões de juízes de 1º grau, mas também contra decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais ou Tribunais Superiores. Logo, se um Tribunal de Justiça denegar a ordem de *habeas corpus*, o paciente

---

<sup>29</sup> Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

<sup>30</sup> Já citado no Capítulo I quando dos Recursos em Espécie.

poderá se valer tanto de um recurso ordinário constitucional para o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, II, “a”), quanto de um novo *habeas corpus* para o STJ (CF, art. 105, I, “c”).

XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;

Se a decisão que conceder ou negar a suspensão condicional da pena for uma sentença condenatória, é cabível Apelação (art. 593, §4º, do Código de Processo Penal<sup>31</sup>). Nesse sentido: Capez (2012, p. 791), Lima (2013, p. 1723) e Lopes Jr. (2012, p. 1209).

Nos demais casos, em se tratando de decisão no âmbito do Processo de Execução Penal, é cabível Recurso de Agravo de Execução Penal (art. 197 da Lei n. 7.210/84).

XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional;

Em se tratando de decisão no âmbito do Processo de Execução Penal, é cabível Recurso de Agravo de Execução Penal (art. 197 da Lei n. 7.210/84).

XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte;

Para Nucci (2013, p. 890), “[...] dificilmente o recurso será julgado antes da reprodução dos atos processuais, perdendo o sentido prático de sua interposição”.

A decisão que não acolhe o pedido de decretação de nulidade ou repetição ao ato, segundo Lopes Jr. (2012, p. 1210), é irrecorrível, cabendo ao interessado:

a) buscar, pela via do *habeas corpus*, o reconhecimento da nulidade pretendida no tribunal *ad quem*;

b) alegá-la, novamente, em sede de debates orais (ou memoriais) e, em caso de não acolhimento na sentença, suscitar a questão em preliminar do recurso de apelação (LOPES JR., 2012, p. 1210).

XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir;

De acordo com o art. 426 do Código de Processo Penal, “a lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri”.

Em seu §1º, está previsto que “a lista poderá ser alterada, de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo ao juiz presidente até o dia 10 de novembro, data de sua publicação definitiva”.

Para Lima (2013, p. 1726), “A nosso ver, se o art. 426, § 1º, do CPP, [...] passou a prever instrumento específico para **impugnação da lista geral dos jurados** [...], isso significa dizer que houve a revogação tácita do art. 581, XIV, do CPP” (grifado).

---

<sup>31</sup> Já citado no Capítulo I quando dos Recursos em Espécie.

Entretanto, como leciona Lopes Jr. (2012, p. 1210), “Dessa **decisão que incluir ou excluir jurado da lista geral**, caberá recurso em sentido estrito [...]” (grifado), ou seja, o recurso não será da lista geral, mas da decisão que incluir ou excluir o jurado de tal lista.

XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta;

Via de regra, o recurso cabível para impugnação de decisão que denegar seguimento de recurso é a Carta Testemunhável (conforme visto no capítulo I, em Recursos em Espécie). Entretanto, no caso da denegação de seguimento ou julgar deserta a Apelação, o recurso cabível é em Sentido Estrito (LIMA, 2013, p. 1726).

Para negar seguimento à apelação, o Magistrado *a quo* entende por não preenchido(s) algum(ns) dos requisitos/pressupostos recursais já expostos. Do mesmo modo, como já visto, a deserção implica a ausência de preparo<sup>32</sup>, nos casos de ação penal de iniciativa privada.

Segundo Lopes Jr. (2012, p. 1211), no caso de denegação de seguimento do Recurso em Sentido Estrito, é cabível a interposição de Carta Testemunhável.

XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;

As questões prejudiciais estão previstas nos arts. 92 e seguintes do Código de Processo Penal e são assim consideradas pois, segundo Lopes Jr. (2012, p. 1211), demandam decisão prévia na esfera cível. Para ele, “O recurso em sentido estrito desse inciso XVI tem por objeto impugnar a decisão que determinou a suspensão do processo penal até que ela seja resolvida em outra esfera jurisdicional”.

XVII - que decidir sobre a unificação de penas;

Em se tratando de decisão no âmbito do Processo de Execução Penal, é cabível Recurso de Agravo de Execução Penal (art. 197 da Lei n. 7.210/84).

XVIII - que decidir o incidente de falsidade;

O incidente de falsidade está previsto no art. 145 do Código de Processo Penal, e consiste em meio para contestar a veracidade de um documento dos autos. Para Lopes Jr. (2012, p. 1212), “O recurso em sentido estrito é o meio de impugnação adequado para atacar a decisão proferida neste incidente, independentemente de sua natureza”.

XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado;

---

<sup>32</sup> A deserção anteriormente prevista no art. 595 do Código de Processo Penal, por fuga do réu, foi revogada pela Lei n. 12.403/2011.

Em se tratando de decisão no âmbito do Processo de Execução Penal, é cabível Recurso de Agravo de Execução Penal (art. 197 da Lei n. 7.210/84).

XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra;

Em se tratando de decisão no âmbito do Processo de Execução Penal, é cabível Recurso de Agravo de Execução Penal (art. 197 da Lei n. 7.210/84).

XXI - que mantiver ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774;

Em se tratando de decisão no âmbito do Processo de Execução Penal, é cabível Recurso de Agravo de Execução Penal (art. 197 da Lei n. 7.210/84).

XXII - que revogar a medida de segurança;

Em se tratando de decisão no âmbito do Processo de Execução Penal, é cabível Recurso de Agravo de Execução Penal (art. 197 da Lei n. 7.210/84).

XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação;

Em se tratando de decisão no âmbito do Processo de Execução Penal, é cabível Recurso de Agravo de Execução Penal (art. 197 da Lei n. 7.210/84).

XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples.

Além de tratar de decisão no âmbito do Processo de Execução Penal, conforme Lopes Jr. (2012, p. 1213), “[...] o atual art. 51 do Código Penal não mais admite a conversão da multa (originária) em detenção ou prisão simples. Em síntese, **o dispositivo legal perdeu completamente o sentido**” (grifado).

Em relação à tempestividade, os arts. 586, caput, e 588, ambos do Código de Processo Penal<sup>33</sup> preveem, como regra geral, o prazo de 5 dias para interposição do recurso e de 2 dias para apresentação das razões. Porém, há duas exceções:

a) O recurso da decisão que incluir ou excluir jurado na lista geral (art. 581, inciso XIV, do Código de Processo Penal) deve ser interposto em 20 dias (art. 586, parágrafo único, do mesmo diploma legal<sup>34</sup>);

---

<sup>33</sup> Art. 586. O recurso voluntário poderá ser interposto no prazo de cinco dias.

<sup>34</sup> Parágrafo único. No caso do art. 581, XIV, o prazo será de vinte dias, contado da data da publicação definitiva da lista de jurados.



b) O recurso interposto supletivamente por assistente de acusação deve ser interposto no prazo de 15 dias, nos termos dos arts. 584, §1º<sup>35</sup>, c/c 598, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal<sup>36</sup>.

O Recurso em Sentido Estrito, nos termos do já citado art. 578, *caput*, do Código de Processo Penal, pode ser interposto por termo nos autos ou por petição. Normalmente processado por instrumento, é dever da parte, nos termos do art. 587, *caput*, do mesmo diploma legal<sup>37</sup>, indicar as peças que pretende traslado. Conforme o parágrafo único desse dispositivo, “O traslado será extraído, conferido e concertado no prazo de cinco dias, e dele constarão sempre a decisão recorrida, a certidão de sua intimação, se por outra forma não for possível verificar-se a oportunidade do recurso, e o termo de interposição”.

No tocante aos pressupostos/requisitos objetivos de inexistência de fato impeditivo ou extintivo/preparo, bem como aos subjetivos, aplica-se a regra geral já exposta.

## 2.2 Apelação

Assim como no Recurso em Sentido Estrito, a Apelação já foi mencionada no Capítulo anterior, e está prevista no art. 593 do Código de Processo Penal, tendo em seus incisos as hipóteses de cabimento.

Dispõe o art. 593 do Código de Processo Penal:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

---

<sup>35</sup> Art. 584. [...] §1º Ao recurso interposto de sentença de impronúncia ou no caso do no VIII do art. 581, aplicar-se-á o disposto nos arts. 596 e 598.

<sup>36</sup> Art. 598. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.

Parágrafo único. O prazo para interposição desse recurso será de quinze dias e correrá do dia em que terminar o do Ministério Público.

<sup>37</sup> Art. 587. Quando o recurso houver de subir por instrumento, a parte indicará, no respectivo termo, ou em requerimento avulso, as peças dos autos de que pretenda traslado.

- b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
- d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;

As sentenças atacadas por Recurso de Apelação com base no inciso I, de acordo Lopes Jr. (2012, p. 1220), são as “[...] de condenação, absolvição, absolvição imprópria (que absolve e aplica medida de segurança) e absolvição sumária do rito do Tribunal do Júri (art. 415 do CPP [apelação prevista no art. 416])”. Quanto à absolvição sumária do art. 397 do Código de Processo Penal<sup>38</sup>, o autor propõe uma análise mais detalhada, pois há no dispositivo o que considera uma impropriedade processual grave:

Destaca o autor (pp. 1220-1221) que, via de regra (leia-se, os incisos I, II e III, do art. 397), a sentença que absolve sumariamente o acusado é atacável através de Apelação. Entretanto, a sentença que reconhece a hipótese prevista no inciso IV – [quando verificar] extinta a punibilidade do agente – não passa de uma decisão declaratória, sendo, portanto, impugnável por Recurso em Sentido Estrito (como visto, o art. 581, VIII, do Código de Processo Penal).

No mesmo sentido estão as lições de Capez (2012, p. 769) e Lima (2013, p. 1738).

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;

Esse inciso trata das chamadas decisões definitivas ou com força de definitivas, também chamadas de decisões interlocutórias mistas, como já visto no primeiro capítulo, e, por Lima (2013, p. 1739) de definitivas *lato sensu*.

Conforme ensina Lopes Jr. (2012, p. 1222), essa apelação é um “[...] recurso residual em relação ao recurso em sentido estrito, na medida em que [o inciso] estabelece que caberá apelação ‘nos casos não previstos no Capítulo anterior’”.

O autor cita algumas decisões impugnáveis pela apelação do art. 593, inciso II:

- a) decisão que decreta a perempção, em qualquer dos casos do art. 60 do CPP;

---

<sup>38</sup> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente.

- b) impronúncia;
- c) decisão que acolhe a exceção de coisa julgada ou litispendência;
- d) decisão proferida em sede de medidas assecuratórias, tais como as que decretam o sequestro de bens, hipoteca legal, arresto, indeferem o pedido de levantamento da medida assecuratória etc. (LOPES JR., 2012, p. 1222).

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

A Apelação das decisões do Tribunal do Júri é um recurso de fundamentação vinculada, ou seja, “recai sobre o apelante o ônus de invocar um dos fundamentos dentre aqueles relacionados no inciso III do art. 593 [...] Portanto, se a parte invocar uma das alíneas, não pode o Tribunal julgar com base em outra” (LIMA, 2013, p. 1740).

Lopes Jr. (2012, p. 1223) traz uma exceção a esse entendimento, quando houver interposição da apelação com base na alínea “d”, e houver preliminar de nulidade. Vejamos: “Nesse caso, considerando que os defeitos insanáveis (nulidades absolutas) não precluem e que podem ser conhecidos até mesmo de ofício, e a qualquer momento, deve o tribunal decidir pela decretação de nulidade, se for o caso”.

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

Inicialmente, cabe ressaltar que essa hipótese não se confunde com aquela prevista o art. 581, inciso IV, do Código de Processo Penal, pois nesse caso, a nulidade deve ocorrer após a preclusão da decisão de pronúncia.

Nesse sentido, Lopes Jr. (2012, p. 1224), que diz que “[...] o principal campo de incidência de nulidades acaba sendo o momento do julgamento em plenário”. Cita os casos mais comuns de nulidade:

- a juntada de documentos fora do prazo estipulado no art. 479;
- participação de jurado impedido;
- inversão da ordem de oitiva das testemunhas de plenário;
- produção, em plenário, de prova ilícita;
- uso injustificado de algemas durante o julgamento;
- referências, durante os debates, à decisão de pronúncia ou posteriores, que julgaram admissível a acusação;
- referências, durante os debates, ao silêncio do acusado, em seu prejuízo;
- e, o mais recorrente: defeitos na formulação dos quesitos. (LOPES JR., 2012, p. 1224).

Para Nucci (2013, pp. 906-907), o ideal seria o juiz reconhecer, de ofício, da nulidade, no caso dela ser absoluta. “Não o fazendo, permite que a parte alegue, na apelação, esse motivo.

Essa hipótese faz com que o Tribunal de Justiça anule o feito, a partir da implantação do vício, determinando sua renovação”.

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;

Conforme lição de Lima (2013, p. 1742), a primeira hipótese (sentença contrária à lei expressa) ocorre quando “[...] a sentença, apesar de estar em conformidade com a decisão dos jurados, apresenta-se contrária ao texto expresso da lei”. Já a segunda (sentença contrária à decisão dos jurados) ocorre quando “[...] houver dissonância entre o que decidiram os jurados e o que constou da sentença”.

Lopes Jr. (2012, pp. 1226-1227) bem exemplifica essas hipóteses:

São exemplos de decisões **contra lei expressa**, apeláveis com base neste fundamento legal:

- a) a sentença substitui a pena aplicada pelo homicídio doloso por prestação de serviços à comunidade em desacordo com os limites do art. 44 do CP;
- b) fixar o regime fechado para o réu primário condenado a uma pena inferior a 8 anos;
- c) decidir sobre o crime conexo sem submetê-lo a julgamento pelo júri;
- d) quesitar sobre o crime conexo (de competência não originária do júri) logo após uma desclassificação própria;
- e) não quesitar o crime conexo após uma desclassificação imprópria etc. (LOPES JR., 2012, p. 1226 - grifado).

E:

São alguns exemplos de sentença incongruente [contra decisão dos jurados]:

- a) os jurados absolvem o réu e o juiz profere uma sentença condenatória, fixando a pena, e vice-versa;
- b) o júri condena por homicídio qualificado e o juiz realiza a dosimetria considerando a pena do homicídio simples;
- c) o júri reconhece uma privilegiadora e o juiz não faz a respectiva redução da pena;
- d) os jurados acolhem a tese defensiva de desclassificação de homicídio doloso para culposo e o juiz condena o réu por homicídio doloso;
- e) os jurados acolhem a tese de crime tentado, e o juiz profere sentença condenatória por crime consumado etc. (LOPES JR., 2012, p. 1227).

Segundo Capez (2012, p. 771), “Cuidando-se de erro material ou uma das hipóteses previstas no art. 382<sup>39</sup>, a sentença poderá ser simplesmente retificada, não havendo necessidade de anular-se o Júri”.

---

<sup>39</sup> Embargos de Declaração, ou “embarguinhos”.

Prevê o §1º do art. 593 do Código de Processo Penal: “§1º Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal *ad quem* fará a devida retificação”.

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

Lima (2013, p. 1742) afirma que, como a hipótese anterior, esta também diz respeito exclusivamente à atuação do juiz presidente do Tribunal do Júri, não afetando o princípio da soberania dos veredictos.

Lopes Jr. (2012, p. 1228) divide essa alínea em duas dimensões: *erro* e *injustiça* na aplicação da pena: aquele, “trata-se de aplicação incorreta da pena ou defeitos na utilização do sistema trifásico empregado para a dosimetria da pena”; esta, por sua vez, criticada por ser genérica e imprecisa, é a “‘desproporcionalidade’ na aplicação da pena. Mas essa desproporcionalidade não decorre de falha aritmética do juiz, como no caso anterior, mas sim da desproporcionalidade na ponderação das circunstâncias do crime”.

Nesse caso, o §º do art. 593 do Código de Processo Penal dispõe: “§2º Interposta a apelação com fundamento no nº III, c, deste artigo, o tribunal *ad quem*, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança”.

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Essa última hipótese de cabimento de Apelação contra decisão do Tribunal do Júri busca questionar o mérito do veredicto dos Jurados. É nessa hipótese que fica mais claro o princípio da soberania dos veredictos, pois, segundo Lima (2013, pp. 1743-1744), para compatibilizar o recurso com o referido princípio, a decisão dos jurados deve ser “[...] absurda, escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do conjunto probatório constante dos autos”.

O autor conceitua essa decisão recorrível como a que “[...] não tem apoio em nenhuma prova, é aquela que foi proferida ao arrepio de tudo que consta dos autos, enfim, é aquela que não tem qualquer prova ou elemento informativo que a suporte ou justifique[...]”.

Para Nucci (2013, p. 908), “não se trata de análise fácil distinguir entre a decisão que valorou a prova e proferiu o veredicto de acordo com a convicção íntima do Conselho de Sentença e aquela que se dissociou da prova, provocando o surgimento de veredicto totalmente estranho ao evidenciado nos autos”.

Apesar dessa dificuldade em distinguir as decisões, caso o recurso seja provido, nos termos da primeira parte do §3º do art. 593 do Código de Processo Penal, “se a apelação se

fundar no nº III, d, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento”.

Lopes Jr. (2012, p. 1233), afirma que “[...] provido o recurso com esse fundamento, será desconstituída a decisão, determinando-se a realização de um novo julgamento pelo Tribunal do Júri, **com outros jurados**, é óbvio” (grifado).

Entretanto, em atenção ao já citado princípio da vedação a *reformatio in pejus* (capítulo I), não se poderá proferir uma decisão mais desfavorável ao acusado, e, caso isso aconteça, Lopes Jr. (2012, p. 1234) afirma que “[...] a segunda decisão seria nula, cabendo uma nova apelação, agora fundada na letra “b”, devendo o tribunal ad quem retificar a pena para o patamar anterior”.

O §3º do art. 593 do Código de Processo Penal, *in fine*, prevê que “não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação”. Nesse sentido, Capes (2012, p. 772), afirma que “não importa qual das partes tenha apelado, é uma vez para qualquer das duas”.

Lopes Jr. (2012, p. 1234), ressalta que o termo “mesmo motivo” significa “novo recurso com base na alínea ‘d’”.

Távora e Alencar (2013, p. 958) trazem um exemplo dessa situação:

O acusado é, no primeiro julgamento, absolvido mediante acolhimento da tese de legítima defesa. Se em apelação do Ministério Público o Tribunal de Justiça anular este julgamento sob o fundamento de manifesta contrariedade à prova dos autos, não é possível nova apelação por este motivo, ainda que a absolvição do acusado se dê pelo acatamento de outra tese de defesa, tal como a negativa de autoria.

No que concerne à tempestividade, os arts. 593, *caput*, e 600, *caput*, ambos do Código de Processo Penal<sup>40</sup>, estabelecem, como regra geral, o prazo de 5 dias para interposição do recurso e de 8 dias para apresentação das razões. Como lembrado por Lopes Jr. (2012, p. 1236), “A juntada extemporânea das razões é considerada mera irregularidade. Importa é a interposição tempestiva”.

Uma exceção dessa regra geral, assim como no Recurso em Sentido Estrito, está prevista no já citado art. 598, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Trata-se do recurso interposto supletivamente por assistente de acusação, com prazo de 15 dias.

---

<sup>40</sup> Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

Art. 600. Assinado o termo de apelação, o apelante e, depois dele, o apelado terão o prazo de oito dias cada um para oferecer razões, salvo nos processos de contravenção, em que o prazo será de três dias.

A Apelação pode ser interposta por termo nos autos ou por petição (art. 578, *caput*, do Código de Processo Penal<sup>41</sup>), e, diferentemente do Recurso em Sentido Estrito, não é processada por instrumento, mas nos próprios autos (art. 603 do mesmo diploma legal<sup>42</sup>).

Assim como no Recurso em Sentido Estrito, na Apelação também aplica-se a regra geral em relação aos pressupostos/requisitos objetivos de Inexistência de fato impeditivo ou extintivo/preparo e aos subjetivos.

### 2.3 Demais recursos

Os Embargos Infringentes e de Nulidade “[...] são cabíveis quando o acórdão impugnado possuir divergência em matéria de mérito; embargos de nulidade são a impugnação adequada contra acórdãos divergentes em matéria de nulidade processual” (LIMA, 2012, p. 1757).

Para Távora e Alencar (2013, p. 1003), cabem embargos infringentes e de nulidade contra decisões “proferidas em sede de apelação, de recurso em sentido estrito e de agravo em execução [...]”.

Conforme lição de Lopes Jr. (2012, p. 1248), a divergência ocorre na decisão (o “dispositivo”), e não em sua fundamentação. Assim exemplifica:

Se no julgamento de uma apelação dois desembargadores mantiverem a condenação com base em determinada prova e o terceiro divergir na valoração probatória, mas igualmente condenar, apenas com base noutros elementos, não há que se falar em embargos infringentes. Da mesma forma, analisando-se uma preliminar de nulidade contida na apelação defensiva, dois julgadores a afastarem por inexistência de lesão ao direito fundamental ali efetivado, e o terceiro a rechaçar, invocando o princípio da instrumentalidade das formas, são descabidos os embargos de nulidade.

Quanto à tempestividade, ainda segundo Lopes Jr. (2012, p. 1249), “O prazo de interposição dos embargos infringentes e também dos embargos de nulidade é de 10 dias, contados da publicação do acórdão através do órgão oficial. Esse prazo é único, para interposição e razões”.

---

<sup>41</sup> Art. 578. O recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante.

<sup>42</sup> Art. 603. A apelação subirá nos autos originais e, a não ser no Distrito Federal e nas comarcas que forem sede de Tribunal de Apelação, ficará em cartório traslado dos termos essenciais do processo referidos no art. 564, III.

Os Embargos de Declaração, segundo os arts. 382 e 620, ambos do Código de Processo Penal, cabem contra decisão que possuir ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. Nesse sentido, Lima (2013, p. 1762).

Quanto a sua interposição, leciona Lopes Jr. (2012, p. 1257) que “Os embargos de declaração devem ser opostos por escrito, com as razões inclusas, em que a parte demonstre o ponto a ser aclarado”.

E, no que concerne à tempestividade, o autor afirma que “Como regra, o prazo é de 2 (dois) dias, tanto para os embargos interpostos contra decisão de primeiro grau, como também junto aos tribunais”.

O Agravo em Execução Penal, de acordo com Távora e Alencar (2013, p. 1030), é cabível “[...] contra toda e qualquer decisão proferida pelo juiz no processo de execução penal [...]”.

Em relação à interposição, Lopes Jr. (2012, p. 1264) afirma que, assim como o Recurso em Sentido Estrito, o Agravo em Execução “[...] poderá ser interposto por petição ou termo nos autos [...]” e “[...] se desenvolve em dois momentos distintos, um para interposição (em que se afere a tempestividade) e outro para apresentação das razões [...]” (p. 1265).

Quanto à tempestividade, as semelhanças continuam a existir: o Agravo em Execução “[...] é regido pelos seguintes prazos: 5 dias para interposição, art. 586 do CPP; 2 dias para apresentação das razões, art. 588 do CPP” (LOPES JR., 2012, p. 1265).

A Carta Testemunhável, segundo Távora e Alencar (2013, p. 982), é um recurso residual cabível “(1) contra decisão denegatória de recurso cuja competência seja de órgão imediatamente superior ao juízo recorrido; ou (2) contra decisão que impedir o processamento desse recurso que, embora admitido, não tenha sido remetido ao tribunal”. Assim também leciona Lima (2013, p. 1768).

Para Lopes Jr. (2012, p. 1268), a carta testemunhável só cabe em relação ao Recurso em Sentido Estrito e ao Agravo em Execução. “Isso porque [...] em se tratando de apelação, a denegação é impugnável por recurso em sentido estrito (art. 581, XV); sendo denegada a subida de recurso especial ou extraordinário, caberá agravo de instrumento [...]”.

Em relação à interposição e tempestividade, ainda segundo o autor (p. 1268) “[...] a carta testemunhável deverá ser requerida ao escrivão por escrito [...], no prazo de 2 dias (ainda que o dispositivo estabeleça 48h, os prazos não são contados em horas, portanto, vale a regra dos 2 dias), indicando as peças (formação do instrumento)”.



A Correição Parcial, para Lima (2013, p. 1770), cabe contra decisões judiciais “[...] não impugnáveis por outros recursos e que representem erro ou abuso dos quais resulte a inversão tumultuária do processo. Visa a correção do *error in procedendo*, sendo incabível a sua interposição para impugnar as razões jurídicas da decisão judicial (*error in iudicando*)”.

Continua o autor (p. 1771), afirmando que “A correição parcial não pode ser utilizada para impugnar atos praticados pelas partes, serventuários da justiça, dos tribunais ou de seus membros. Destina-se apenas à correção de atos tumultuários dos juízes, sejam eles comissivos ou omissivos”.

Sobre sua interposição, lecionam Távora e Alencar (2013, p. 987)

A correição parcial deve ser interposta por petição diretamente no órgão com competência para examiná-la. Embora não haja previsão legal para interposição por termo nos autos, a correição parcial pode ser apresentada assim perante os órgãos que tenham estrutura para receber reclamações por meios diversos da petição, de forma presencial e com o registro da reclamação feita oralmente, mormente quando existir permissivo legal<sup>43</sup>.

*Os Recursos Extraordinário e Especial têm suas hipóteses de cabimento previstas nos arts. 102, inciso III, alíneas “a” a “d” e 105, inciso III, alíneas “a” a “c”, ambos da Constituição Federal, respectivamente, conforme seguem:*

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

E:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

---

<sup>43</sup> Como mencionado no Capítulo I, a Correição Parcial é estabelecida no âmbito dos Estados, seja nas leis de organização judiciária, seja nos regimentos internos dos Tribunais.

Em relação à interposição e tempestividade, ambos devem ser interpostos por petição, no prazo de 15 dias, juntamente com a fundamentação, de acordo com o que prevê o art. 26 da Lei n. 8.038/90

Lopes Jr. (2012, p. 1285) leciona que esses recursos possuem um requisito recursal específico, o prequestionamento. Segundo ele, “Considerando que os recursos especial e extraordinário não se destinam ao ‘exame’ originário de questões, senão ao reexame das questões jurídicas já arguidas pelas partes, é imprescindível que o recorrente já as tenha previamente ventilado”. Destaca, ainda, que não é a parte que prequestiona a matéria, ela apenas a ventila, sendo que o prequestionamento é realizado pelos julgadores no acórdão.

Outro requisito específico, desta vez exclusivo do Recurso Extraordinário, é a repercussão geral, prevista no §3º do art. 102 da Constituição Federal: “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

De acordo com estudo realizado pelo Gabinete Extraordinário de Assuntos Institucionais do Supremo Tribunal Federal, citado por Lopes Jr. (2012) à p. 1288, as finalidades da repercussão geral são:

- a) firmar o papel do STF como Corte Constitucional, e não como instância recursal;
- b) ensejar que o STF só analise questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes;
- c) fazer com que o STF decida uma única vez cada questão constitucional, não se pronunciando em outros processos com idêntica matéria.

Assim como no Capítulo I, além dos recursos propriamente ditos, falar-se-á das Ações Autônomas de Impugnação.

A Revisão Criminal, como visto no Capítulo I, instrumento hábil para rescindir sentença transitada em julgado, de acordo com o art. 621 do Código de Processo Penal, é cabível nos seguintes casos:

- I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
- II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Para Lopes Jr. (2012, p. 1308), “Durante muito tempo se discutiu o cabimento da revisão criminal em relação às **decisões proferidas pelo Tribunal do Júri**, diante da soberania desta decisão, mas atualmente a questão corretamente se pacificou no sentido **da plena possibilidade da revisão criminal**” (grifado).

No tocante à tempestividade, conforme art. 622 do Código de Processo Penal, “A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após”, ou seja, não há prazo para ajuizamento da Revisão Criminal.

O parágrafo único desse dispositivo prevê que “Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas”. Lopes Jr. (2012, p. 1315) destaca que “A restrição contida no parágrafo único deve vista com atenção, pois o que não se admite é uma repetição da mesma ação, ou seja, o **mesmo réu**, fazendo o **mesmo pedido** de revisão do **mesmo caso penal**” (grifos no original).

Capez (2012, p. 819) afirma que o Ministério Público não possui legitimidade para requerer Revisão Criminal, sendo que poderá, para favorecer o condenado, tão somente, impetrar *habeas corpus*.

Com outro entendimento, Lima (2013, p. 1832) defende que, “Apesar de não constar expressamente do rol do art. 623 do CPP, prevalece, no âmbito da doutrina, o entendimento de que o Ministério Público também tem legitimidade para ingressar com pedido de revisão, criminal, desde que o faça, logicamente, em favor do acusado”.

O *Habeas Corpus*, segundo o art. 647 do Código de Processo Penal, cabe “[...] sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”. Nesse sentido as lições de Lima (2013, p. 1775), Lopes Jr. (2012, p. 1329) e Távora e Alencar (2013, p. 1166).

O art. 648<sup>44</sup> do mesmo diploma legal traz as hipóteses de impetração de *habeas corpus*, definindo coação ilegal.

Em relação à impetração, Lopes Jr. (2012, p. 1341) afirma que “O *habeas corpus* é sempre postulado a uma autoridade judiciária superior, com poder para desconstituir o ato

---

<sup>44</sup> Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.

coator tido como ilegal”. Nesse sentido, são competentes para processar e julgar *habeas corpus* desde o juiz singular até os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, o Mandado de Segurança, regulado pela Lei n. 12.016/2009. Seu art. 1º prevê que:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Para Lopes Jr. (2012, p. 1353), o Mandado de Segurança “Situa-se, portanto, na lacuna deixada pelo *habeas corpus*, na tutela de direito líquido e certo, **sem vincular-se à existência de uma restrição de liberdade**, quando o responsável pela ilegalidade for uma **autoridade pública**” (grifado).

Ainda conforme sua lição (p. 1355) e de Távora e Alencar (2013, p. 1189), cabe Mandado de Segurança contra “[...] atos (ações ou omissões) ilegais do poder público e seus agentes, que prejudiquem ou atentem contra um direito líquido e certo, que não seja sanável pelo *habeas corpus* ou *habeas data*”. O seu cabimento, portanto, é determinado pela exclusão das demais formas de impugnação, nos termos do art. 5º da Lei n. 12.016/2009:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

III - de decisão judicial transitada em julgado.

### **3 ERRO GROSSEIRO E SUA ANÁLISE PELA JURISPRUDÊNCIA**

Como visto no capítulo anterior, o pressuposto recursal da adequação consiste, basicamente, na interposição do recurso correto, previsto em lei, para impugnar cada decisão. É “[...] a compatibilidade entre a decisão proferida e o recurso interposto para impugná-la [...]” (LOPES JR., 2012, p.1192).

Esse pressuposto pode ser abrandado, relativizado, através da aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal (art. 579 do Código de Processo Penal), também já visto, que prevê a possibilidade de conhecimento de um recurso por outro, no caso de estarem preenchidos os demais pressupostos, especialmente a tempestividade.

Deve-se ressaltar, entretanto, os casos de recursos com fundamentação vinculada e com requisitos de admissibilidade próprios – como Apelação contra a decisão do Tribunal do Júri, Recursos Extraordinário e Especial – (GRINOVER *et al.*, 2001, p. 39), má-fé (primeira parte do art. 579 do Código de Processo Penal) e Erro Grosseiro (construção doutrinário-jurisprudencial). O último desses casos se verá a seguir.

### 3.1 O que é Erro Grosseiro

De acordo com a doutrina pesquisada, o Erro Grosseiro é a interposição de um recurso errado quando inexiste dúvida quanto ao correto. Para isso, é necessária a indicação expressa do recurso cabível ao caso, bem como a inexistência de divergência doutrinário-jurisprudencial quanto a seu cabimento.

Ou seja, para a aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal, deve haver dúvida quanto ao recurso cabível, como leciona Lima (2013, p. 1647):

**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. (Grifo no original).

Voltando ao Erro Grosseiro, retira-se da obra de Grinover *et al* (2001, p. 40) que “[...] o Erro Grosseiro poderia ser aferido por algumas circunstâncias objetivas, como, por exemplo, a **disposição expressa e inuidosa da lei indicando o recurso cabível, sem divergências na doutrina e na jurisprudência**” (grifado).

Nesse mesmo sentido, Nucci (2013, p. 881) ensina que o Erro Grosseiro é o “[...] que evidencia completa e injustificável ignorância da parte, isto é, havendo **nítida indicação na lei quanto ao recurso cabível e nenhuma divergência doutrinária e jurisprudencial**, torna-se absurdo o equívoco, justificando-se a sua rejeição [...]” (grifado).

É o típico caso, por exemplo, das hipóteses de cabimento de Recurso em Sentido Estrito, já especificadas no capítulo anterior:

Como visto, embora caiba Apelação contra decisões definitivas ou com força de definitivas – também chamadas de terminativas de mérito ou interlocutórias mistas – (art. 593, inciso II, do Código de Processo Penal), o próprio dispositivo legal ressalva as hipóteses de cabimento do capítulo anterior do Código (Recurso em Sentido Estrito), tornando-se a Apelação, nesse caso, um recurso residual.

Como exemplos, temos os recursos contra decisão de pronúncia do réu, ou contra decisão que não receber a denúncia. Nessas hipóteses, há previsão expressa no art. 581, do Código de Processo Penal, que aponta o Recurso em Sentido Estrito como cabível:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I - que não receber a denúncia ou a queixa;

[...]

IV – que pronunciar o réu; [...]

Não havendo dúvida sobre qual recurso cabível ao caso, a interposição de Apelação configura-se Erro Grosseiro, inviabilizando a aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

**RECURSO CRIMINAL. CRIME CONTRA A VIDA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO (ART. 121, CAPUT, C/C O ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). DECISÃO DE PRONÚNCIA. RECLAMO DEFENSIVO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO. PROCESSO CADASTRADO EQUIVOCADAMENTE COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL (ART. 579, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). VIA INADEQUADA PARA REFUTAR O INCONFORMISMO. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA DE RECURSO CABÍVEL. DECISÃO QUE DEVE SER ATACADA POR MEIO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (ART. 581, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). ERRO GROSSEIRO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJSC, Recurso Criminal n. 2012.071119-3, de Mafra, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. em 17/12/2013 – grifado).**

Ainda:

[...] apesar de saber ser pacífica a aplicação do princípio da fungibilidade quando a parte interpõe um recurso por outro, também é amplamente cediço que, em caso de se constatar Erro Grosseiro na interposição equivocada, sobretudo quando realizada por advogado, é de se afastar tal preceito. [...] (TJSC, Recurso Criminal n. 2012.028094-2, da Capital, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. em 31/07/2012).

Traz-se ainda, como exemplos, os casos de não aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal quando há interposição errônea de Carta Testemunhável, bem como de Agravo de Instrumento, embora menos recorrentes:

**CARTA TESTEMUNHÁVEL. IRRESIGNAÇÃO CONTRA O NÃO RECEBIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. VIA INADEQUADA. PREVISÃO DE RECURSO ESPECÍFICO (ARTIGO 581, INCISO XV, DO CPP). PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL (ARTIGO 579, DO CPP). INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA OU JURISPRUDENCIAL QUANTO AO RECURSO A SER AFORADO ANTE O DECISUM PROLATADO. NÃO CONHECIMENTO.**

Não obstante a existência de autorização legal à aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal (art. 579, do Código de Processo Penal), a sua

incidência, *in casu*, resta prejudicada por **existir previsão legal de recurso específico da decisão judicial que denega a apelação ou a julga deserta, qual seja, recurso em sentido estrito (artigo 581, inciso XV, do CPP).**

Deste modo, em face a ausência de qualquer dúvida sobre o recurso correspondente à decisão proferida, a interposição de Carta Testemunhável **no caso concreto caracteriza a figura do "Erro Grosseiro", que por si só afasta a incidência do princípio da fungibilidade.** (TJSC, Carta Testemunhável n. 2013.061466-5, de Xanxerê, rel. Des. José Everaldo Silva, Primeira Câmara Criminal, j. em 15/10/2013 – grifado)

E:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE REJEITOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS EM FACE DO DECISUM QUE RECEBEU A DENÚNCIA E APLICOU O RITO ORDINÁRIO AO FEITO. RECURSO NÃO ADMITIDO. ERRO GROSSEIRO EVIDENCIADO. CABIMENTO DE CARTA TESTEMUNHÁVEL. ART. 639, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO.** (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.034351-5, de Blumenau, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, Primeira Câmara Criminal, j. em 25/06/2013 – grifado).

Importante notar que a aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal busca, repete-se, evitar o prejuízo ao recorrente quando existentes divergências doutrinárias-jurisprudenciais sobre o cabimento de um recurso, não se destinando a proteger ou corrigir Erro Grosseiro do profissional.

Assim ensina Lima (2013, p. 1648), ao dizer que “[...] 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”.

No mesmo sentido está o entendimento de Avena (2012):

[...] Sendo a lei expressa quanto ao recurso cabível e inexistindo qualquer divergência sobre tal aspecto, o equívoco na interposição do recurso será considerado **Erro Grosseiro**, afastando completamente a aplicação da fungibilidade. É preciso, então, que haja dúvidas quanto ao recurso correto, pois, na atual concepção, **a fungibilidade não visa a proteger a parte do erro do profissional, mas sim a evitar que a oscilação da jurisprudência quanto ao recurso correto cause prejuízo ao recorrente.** (AVENA, 2012, p. 1127 – grifado)

A propósito, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

[...] Ora, importante repisar que a aplicação do princípio da fungibilidade somente se dará quando existir dúvida doutrinária e jurisprudencial a respeito de qual o recurso adequado para o caso concreto. **Ressalta-se que não pode o dito princípio servir como instrumento de correção dos equívocos cometidos pelos defensores, e devem estes arcar com os ônus da sua falta**

**de zelo e cautela.** (TJSC, Recurso Criminal n. 2008.045086-9, da Capital, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 14/10/2008 – grifado).

Com outro entendimento, por sua vez, Aury Lopes Jr. defende que o Princípio da Fungibilidade Recursal deveria ser aplicado de maneira ampla, para ter maior eficácia, independente da configuração de má-fé ou de Erro Grosseiro.

O conceito de *má-fé* é aberto, indeterminado, permitindo ampla manipulação conceitual. Tampouco soluciona o problema invocar o “Erro Grosseiro” para caracterizar a má-fé, ou mesmo o “pacífico entendimento jurisprudencial” sobre o cabimento de determinado recurso, mas, em geral, é com base nesses dois fatores (Erro Grosseiro e ausência de divergência jurisprudencial) que os tribunais pautam a aplicação da fungibilidade.

[...]

Essa construção é um grande limitador da eficácia da fungibilidade, com a qual não concordamos, pois pensamos que não é razoável nem realista. (LOPES JR., 2012, p. 1172 – grifo no original)

Entretanto, com base no entendimento da maior parte da doutrina pesquisada, não se deve aplicar o princípio da fungibilidade de forma tão ampla a ponto de relevar o Erro Grosseiro, como exposto acima, pois seria uma mitigação do princípio da adequação.

Como visto, Lopes Jr. defende a aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal de forma ampla, com certa “mitigação” do Erro Grosseiro. Apesar disso, defende o afastamento da aplicação do princípio quando o recurso for manifestamente errado, sendo utilizado para remediar a intempestividade do recurso cabível:

O normal é que a parte interponha o recurso que julgue ser o correto, no prazo que a lei lhe determina. Exigir outra conduta é ilógico, mas infelizmente é assim que muitos tribunais ainda tratam da matéria. Pensamos que a fungibilidade deve ter maior eficácia, **afastando-se sua aplicação apenas quando - escancaradamente - a parte estiver usando um recurso manifestamente errado, para remediar a perda do prazo do recurso correto.** (LOPES JR., 2012, pp. 1172-1173 - grifado)

Por fim, vale ressaltar que a aplicação do Princípio da Fungibilidade prevalece, mesmo com a ocorrência de Erro Grosseiro, quando o erro do profissional ocorre apenas na apresentação das Razões, como no caso de manifestação do desejo de recorrer pelo réu por termo nos autos.

Nesse sentido:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - SUPOSTO HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO TORPE, MEDIANTE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA E PARA ASSEGURAR A IMPUNIDADE DE OUTRO CRIME (ART. 121, 2º, INCS. I, IV E V, DO CÓDIGO PENAL) - DECISÃO DE PRONÚNCIA - INCONFORMISMO DE DOIS DOS PRONUNCIADOS **PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO DE DIEGO SUSCITADA PELA**



**PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA - DECISÃO QUE DESAFIA RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - RAZÕES INTITULADAS DE "APELAÇÃO" - IRRELEVÂNCIA - MERA IRREGULARIDADE - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE APLICÁVEL [...] RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS (TJSC, Recurso Criminal n. 2014.015472-2, de Gaspar, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. em 08/05/2014 – grifado).**

A seguir, o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

### 3.2 A jurisprudência do STF

Através de pesquisa em decisões do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que a jurisprudência não destoa do entendimento majoritário encontrado na doutrina. Ou seja, para a configuração do Erro Grosseiro, é necessária a indicação expressa do recurso cabível e inexistir divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

O Ministro Celso de Mello, nos autos do *Habeas Corpus* n. 116553/PE<sup>45</sup>, não conhece do recurso (em Sentido Estrito) interposto contra *Habeas Corpus*, este impetrado originalmente no Supremo Tribunal Federal, considerando ter o Recorrente eleito a via inadequada para demonstrar seu inconformismo, havendo disposição legal e regimental expressa do recurso adequado (Agravado):

[...] **Vê-se, daí, considerado o princípio da tipicidade recursal, que não se mostra suscetível de conhecimento o recurso em questão (o recurso em sentido estrito), que foi erroneamente interposto, no caso, em indevida substituição à espécie recursal legalmente adequada (o agravo), como resulta claro de explícita disposição normativa constante do ordenamento positivo (Lei nº 8.038/90, art. 39; RISTF, art. 317).** [...]

**A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem negado aplicabilidade ao postulado da Fungibilidade Recursal, sempre que a errônea interposição de um recurso por outro – tal como ocorre no caso – revelar desconhecimento inescusável, por parte do recorrente, quanto à existência de norma legal expressa, indicativa da espécie recursal cabível e adequada [...]** (STF, HC 116553 / PE, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 09/04/2013, p. em 01/08/2013 – grifos no original).

No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio, nos autos de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento de ns. 517808/PB e 504598/SP, negou provimento aos Recursos com

---

<sup>45</sup> “HABEAS CORPUS” IMPETRADO, ORIGINARIAMENTE, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PEDIDO INDEFERIDO PELO RELATOR DA CAUSA EM DECISÃO PLENAMENTE FUNDAMENTADA – **INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (CPP, ART. 581) – RECURSO INADMISSÍVEL – ATO DECISÓRIO SUSCETÍVEL DE IMPUGNAÇÃO POR MEIO DE RECURSO DE AGRAVO – PRECEDENTES – RECURSO NÃO CONHECIDO.** - Revela-se absolutamente inadmissível a interposição, no Supremo Tribunal Federal, de recurso em sentido estrito em face de decisão que, proferida monocraticamente, indefere pedido de “habeas corpus”. (Grifado).

base na existência de Erro Grosseiro, porquanto interpostos Recursos Ordinários em vez de Extraordinários, não obstante estejam as hipóteses de cabimento de ambos previstas expressamente no art. 102, incisos II e III, respectivamente, da Constituição Federal:

A toda evidência, há Erro Grosseiro a afastar a observação do princípio da fungibilidade [...] explícito no artigo 579 do Código de Processo Penal. [...] O formalizado somente era passível de impugnação na via do recurso extraordinário. As situações que ensejam o recurso ordinário para o Supremo estão contidas em preceito exaustivo – o inciso II do artigo 102 da Constituição Federal [...] (STF, AI 517808 AgR / PB, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 12/08/2008, p. em 03/10/2008).

E:

[...] Está-se diante de situação concreta a revelar Erro Grosseiro, no que, em vez de ser protocolado o recurso extraordinário, foi interposto o ordinário, não ensejando a hipótese a observância do princípio da fungibilidade [...]. Vale frisar que, à época de regência expressa, dava-se o afastamento de tal princípio quando verificada a má-fé ou Erro Grosseiro [...].

Atente-se para a impropriedade do recurso cujo trânsito busca-se imprimir. Após o exame de recurso de natureza extraordinária, que é o especial, não cabe voltar-se à fase ordinária. Na espécie, deveria o agravante ter lançado mão do recurso previsto no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Carta da República. [...] (STF, AI 504598 AgR / SP, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 23/11/2004, p. em 17/12/2004).

Além da expressa disposição de cabimento do recurso e ausência de discussão doutrinário-jurisprudencial, o Erro Grosseiro também se caracteriza, inviabilizando a aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal, com o não preenchimento dos requisitos de admissibilidade específicos de um recurso.

Como exemplo, traz-se o voto do Ministro Gilmar Mendes, nos autos de Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 120363/RJ, em que afirma que o Recurso Ordinário não preenche os requisitos de admissibilidade para ser conhecido e processado como Recurso Extraordinário:

[...] Constitui Erro Grosseiro a interposição de recurso ordinário contra decisão proferida já em sede de recurso ordinário. Por consequência, tampouco cabe agravo contra sua respectiva inadmissibilidade. Por esse motivo, não há que se falar em aplicação do princípio da fungibilidade.

[...] Ademais, ressalte-se que a petição de recurso ordinário sequer preenche os requisitos de admissibilidade pertinentes ao recurso extraordinário, razão pela qual tampouco ampararia a recorrente a solicitada Fungibilidade Recursal. [...] (STF, RHC 120363 AgR / RJ, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 25/02/2014, p. em 19/03/2014).

Esse entendimento não está presente apenas em decisões atuais, também alcançando julgados mais antigos, como este da lavra do Ministro Djaci Falcao nos autos de Recurso em Habeas Corpus n. 61915/CE, datado de 01/06/1984. Vejamos:

**RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO CONCESSIVA DE HABEAS CORPUS, AO INVES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, COMO PREVISTO NO ART-119, INC-III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL [de 1967]. ERRO GROSSEIRO (SÚMULA 322). [...]** (STF, RHC 61915 / CE, Relator(a): Min. Djaci Falcao, Segunda Turma, j. em 01/06/1984, p. em 31/08/1984).

### 3.3 A jurisprudência do STJ

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do mesmo modo, predomina o entendimento de inviabilidade da aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal quando caracterizado Erro Grosseiro.

Nesse sentido está o Voto do Ministro Sebastião Reis Júnior, nos autos n. 25277/SP, em que o Recurso em Sentido Estrito interposto foi recebido pelo Tribunal de Justiça como Recurso Ordinário, aplicando-se o Princípio da Fungibilidade Recursal, mas, no tribunal *ad quem*, não foi conhecido por conta da existência de Erro Grosseiro em sua interposição:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO/RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 115/STJ. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO PASSIVA. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL E DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. *Utilizado recurso em sentido estrito em lugar do ordinário constitucional, impossível a Fungibilidade Recursal* (RHC n. 9.780/RS, Ministro Fontes de Alencar, DJ 5/2/2001). [...]

5. Recurso em habeas corpus não conhecido. (STJ, RHC 25277 / SP, Relator(a) Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 13/05/2014, p. em 02/06/2014 – grifos no original).

Continua o Excelentíssimo Ministro na fundamentação de seu voto, dizendo que:

[...] Não é de hoje a jurisprudência segundo a qual *não se deve aplicar o Princípio da Fungibilidade Recursal* (art. 579 e parágrafo único do CPP) quando evidenciado Erro Grosseiro na substituição por outro (HC n. 72.039-1/ES, Ministro Francisco Rezek, Segunda Turma, DJ 4/8/1995). [...] (grifos no original).

O Acórdão do Recurso Especial n. 611877/RR é claro no sentido de que, inexistindo divergência doutrinária ou jurisprudencial sobre o cabimento de um recurso, a interposição de recurso diverso configura Erro Grosseiro, não sendo possível seu conhecimento:

PROCESSO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. REMESSA DO FEITO AO JUIZADO ESPECIAL. **INTERPOSIÇÃO DE**

**APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. ERRO GROSSEIRO.**

1. Contra decisão que desclassifica o delito imputado ao réu e, como consequência, conclui pela incompetência do juízo, **cabere recurso em sentido estrito.**
2. **A interposição, como na espécie, de apelação constitui Erro Grosseiro, o que impede a aplicação do princípio da fungibilidade.**
3. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 611877 / RR, Relator(a) Min. Og Fernandes, Relator(a) p/ Acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 17/04/2012, p. em 17/09/2012 - grifado).

Consta no inteiro teor do referido Acórdão os votos-vista divergentes que venceram o relator, dos quais se extrai os seguintes trechos:

[...] Não vi, por ocasião do recurso especial, demonstração de divergência jurisprudencial ou mesmo doutrinária quanto ao recurso cabível na hipótese dos autos. (Ministro Sebastião Reis Júnior)

Também:

[...] **Não há, seja por parte da doutrina especializada ou pela jurisprudência de nossos Tribunais, qualquer discrepância ou mesmo dúvida no que se refere ao cabimento do recurso em sentido estrito nas hipóteses como a presente.** Tal certeza termina por revelar, a meu sentir de modo incontestado, que o manejo equivocado do recurso de apelação, *in casu*, **configura mesmo hipótese de Erro Grosseiro do Parquet**, que não pode ser desconsiderado sob a alegação de que merecedor do amparo da inteligência do art. 579 do CPP.

Destarte, ausente dúvida fundada acerca do recurso cabível contra decisão do juízo primevo que, desclassificando a conduta imputada ao réu para tipo penal mais brando, declina da competência para o Juizado Especial Criminal, não há falar em aplicabilidade do Princípio da Fungibilidade Recursal, vez que **inafastável a conclusão de que ocorrente Erro Grosseiro no manejo de recurso inadequado.** [...] (Ministro Vasco Della Giustina – grifado).

Além disso, como já visto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na doutrina pesquisada, há a necessidade de previsão expressa de cabimento do recurso, como se pode ver nos Acórdãos apresentados a seguir.

É firme a compreensão deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que **"a indicação expressa, no Estatuto Processual Penal quanto ao recurso cabível na espécie, afasta a aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal, diante da constatação do Erro Grosseiro"**. (HC 172.515/MG, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2012). (STJ, AgRg no AREsp 15685 / DF, Relator(a) Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 27/08/2013, p. em 10/09/2013 – grifado).

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho negou provimento ao Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1101745/PI, devido à previsão expressa de cabimento de Recurso em Sentido Estrito contra decisão que negou seguimento à Apelação, em detrimento da Carta Testemunhável Interposta:

1. Conforme registrado nas decisões precedentes, não se afigura possível a substituição da interposição de Recurso em Sentido Estrito contra a decisão que não recebeu a Apelação, por Carta Testemunhável, pois tal recurso, em razão de seu caráter subsidiário, somente é cabível quando não esteja previsto em lei outro recurso apto a impugnar a decisão judicial, como se dá na espécie, nos termos do art. 581, XV do CPP.

2. Assim, *in casu*, a existência de previsão expressa no Código de Processo Penal quanto ao recurso cabível, nos termos de entendimento consolidado nesta Corte Superior, afasta a incidência do Princípio da Fungibilidade Recursal. (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1101745 / PI, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 26/10/2010, p. em 29/11/2010).

No mesmo sentido, ainda: STJ, RHC 34233 / SP, Relator(a) Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 06/05/2014, p. em 14/05/2014.

Delineando o assunto está também o Acórdão do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 16255/SP:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL NEGADA PELO JUIZ. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO PELO TRIBUNAL *A QUO*. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL, EM LUGAR DE RECURSO ORDINÁRIO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. I. **A aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal decorre não só da interposição do recurso equivocado no mesmo prazo do correto, mas, também, da inexistência de dúvida objetiva acerca do recurso a ser interposto e da não ocorrência de Erro Grosseiro quanto à escolha do instrumento processual.** II. **Existindo previsão constitucional expressa no sentido de que o recurso ordinário é o instrumento processual adequado à impugnação de decisão colegiada que denega *mandamus*, a interposição de recurso especial, que obedece a pressupostos diversos daqueles previstos para o recurso ordinário, em seu lugar caracteriza o Erro Grosseiro, a impedir a aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal.** Precedentes. III. Recurso não conhecido". (RMS 16.255/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, p. em 29/09/2003 – grifado)

Igualmente, além do Erro Grosseiro, não há como aplicar a fungibilidade quando o recurso adequado possuir requisitos processuais específicos, bem como, para alguns Ministros, quando possuir natureza jurídica diversa, como nas Ações Autônomas de Impugnação.

Pode-se dar como exemplo a interposição de Carta Testemunhável contra decisão que inadmite Recurso Especial, quando o Código de Processo Civil prevê o cabimento de Agravo. Além disso (e da Carta Testemunhável ser um recurso subsidiário), não se pode aplicar a fungibilidade diante da ausência dos requisitos específicos do Agravo:

AGRAVO REGIMENTAL. CARTA TESTEMUNHÁVEL RECEBIDA NA ORIGEM COMO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE DO AGRAVO.

**AUSÊNCIA DE PEÇA OBRIGATÓRIA.** ART. 544, § 1º, DO CPC. PROCURAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI N.º 12.322/2010. IRRETROATIVIDADE DE LEI PROCESSUAL.

1. Ausente dúvida de que o recurso cabível contra decisão do Tribunal *a quo* que inadmitte recurso especial é o agravo de instrumento, constituiu-se Erro Grosseiro a interposição, na hipótese, de carta testemunhável. Indevidamente aplicado o princípio da fungibilidade pelo Tribunal de origem. [...] (STJ, AgRg no Ag 1424524 / SP, Relator(a) Min. Vasco Della Giustina, Sexta Turma, j. em 17/11/2011, p. em 28/11/2011 – grifado)

Retira-se do corpo do Acórdão que "[...] mesmo em matéria penal, o agravo de instrumento deve obedecer o disposto no art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil. A ausência das peças obrigatórias enseja o não conhecimento do agravo"<sup>46</sup>.

Outro caso se faz presente no Habeas Corpus n. 282376/AL, impetrado em substituição do Recurso Ordinário previsto na Constituição Federal, não conhecido devido à ocorrência de Erro Grosseiro e a sua natureza jurídica, que não é de recurso:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO COMO RECURSO ESPECIAL. ERRO GROSSEIRO E PORQUE O WRIT NÃO OSTENTA NATUREZA JURÍDICA DE RECURSO.** [...]

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do *writ* como substituto de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, *a*, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - Inviável o acolhimento da preliminar arguida pelo Ministério Público Federal, no sentido de que o *writ* seja recebido como recurso especial, desde que preenchidos os requisitos intrínsecos para sua admissão, diante do Erro Grosseiro, e porque o *habeas corpus* não ostenta natureza jurídica de recurso. Precedentes. [...] (STJ, HC 282376 / AL, Relator(a) Min. Regina Helena Costa, Quinta Turma, j. em 17/12/2013, p. em 03/02/2014 – grifos no original).

Nesse sentido, ainda: STJ, HC 111951 / RS, Relator(a) Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 16/09/2010, p. em 16/11/2010.

Vale frisar, por fim, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também considera, ao analisar a viabilidade da aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal, além

---

<sup>46</sup> Válido informar que, conforme consulta à movimentação processual, a petição desse recurso foi protocolada em 16/09/2008, ou seja, anteriormente à lei n. 12.322/2010, que alterou a redação do art. 544 do Código de Processo Civil, sendo agora cabível agravo nos próprios autos e, conseqüentemente, não sendo mais necessária a formação do instrumento.

da existência de Erro Grosseiro, má-fé ou cumprimento dos requisitos específicos dos recursos, a tempestividade do recurso “correto”, assim como mencionado no início do capítulo. Segue:

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE IMPRONÚNCIA PROLATADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.689/2008. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RECEBIDO COMO APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREVISÃO EXPRESSA QUANTO AO RECURSO CABÍVEL. ART. 416 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A PRONÚNCIA. PREJUDICIALIDADE DA ALEGAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NO RESTANTE, CONCEDIDA.*

1. *"A Fungibilidade Recursal, a teor do art. 579 do CPP, é possível desde que observado o prazo do recurso que se pretenda reconhecer e a inexistência de Erro Grosseiro e de má-fé"* (REsp 109.8670/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 13/10/2009).

2. Nos termos do art. 416 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 11.689/2008, *"[c]ontra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação."*

3. A indicação expressa, no Estatuto Processual Penal quanto ao recurso cabível na espécie, afasta a aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal, diante da constatação do Erro Grosseiro. [...] (STJ, HC 172515 / MG, Relator(a) Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 20/03/2012, p. em 29/03/2012 – grifos no original).

Portanto, como visto, tanto a doutrina pesquisada quanto a jurisprudência dos Tribunais Superiores entendem que, havendo ocorrência de Erro Grosseiro na Interposição de um Recurso, seja pela expressa previsão do recurso cabível em lei e ausência de divergência doutrinário-jurisprudencial ou pelo não cumprimento de um requisito específico do recurso cabível, é inviável a aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal, não devendo ser o recurso conhecido.

## CONCLUSÃO

Com esse trabalho objetivou-se analisar a viabilidade da aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal nos casos de configuração de Erro Grosseiro na interposição de um recurso no Processo Penal.

Inicialmente, viu-se que as Decisões do Processo Penal são classificadas em despachos de mero expediente, decisões interlocutórias – sendo estas simples ou mistas – e decisões definitivas ou sentenças – podendo ser condenatórias, absolutórias (próprias e impróprias) e decisões definitivas em sentido estrito, ou terminativas de mérito.

Os primeiros são irrecorríveis, assim como, em regra, as decisões interlocutórias simples; as demais, podem ser combatidas por meio de recurso. Vale ressaltar que, mesmo que algumas decisões sejam irrecorríveis, contra elas podem ser manejadas Ações Autônomas de Impugnação.

Em seguida, estudou-se o Sistema Recursal do Processo Penal, que tem como fundamento a falibilidade humana e o inconformismo das pessoas. Analisou-se seus princípios e, posteriormente, os recursos em espécie – que foram classificados pela doutrina pesquisada quanto a sua obrigatoriedade, objeto, matéria impugnada, fundamentação, pressupostos de admissibilidade e hierarquia –, bem como os efeitos devolutivo e suspensivo para, a seguir, passar à análise dos pressupostos/requisitos recursais.

Dentre os pressupostos/requisitos, o mais abordado nesse trabalho foi o da adequação, consistente na necessidade de interposição do recurso correto, previsto em lei, contra a decisão proferida.

Tudo isso foi feito para se chegar à análise do Princípio da Fungibilidade Recursal, que está intimamente ligado o pressuposto da adequação: previsto no artigo 579 do Código de Processo Penal, estabelece que a parte não será prejudicada no caso de interposição de um recurso por outro.

A Fungibilidade permite o conhecimento e análise de um recurso por outro, convertendo o impróprio no cabível, se cumpridos os pressupostos de admissibilidade. Entretanto, como visto, para possibilitar sua aplicação, é necessário a ausência de má-fé ou Erro Grosseiro na interposição do recurso.



Em relação à má-fé, viu-se que ela ocorre, basicamente, com a interposição de um recurso impróprio, quando já encerrado o prazo para interposição do cabível. Nesse caso, a primeira parte do art. 579 do Código de Processo Penal restringe de plano a aplicação do referido Princípio.

O Erro Grosseiro, construção doutrinário-jurisprudencial, por sua vez, configura-se com a interposição de um recurso impróprio quando o cabível estiver expressamente previsto em lei e não houver divergência doutrinário-jurisprudencial quanto a seu cabimento.

Há ainda os casos de existência de requisitos específicos de um recurso que, se não cumpridos, podem levar a ocorrência de Erro Grosseiro. É o caso, por exemplo, do Recurso em Sentido Estrito e seu juízo de retratação, e dos Recursos Extraordinário e Especial com a necessidade de prequestionamento da matéria atacada, ou ainda, apenas em relação ao Recurso Extraordinário, a necessidade de demonstrar-se a repercussão geral da matéria.

Percebe-se que o Princípio da Fungibilidade Recursal se destina a evitar prejuízo ao recorrente quando existentes divergências sobre o cabimento de um recurso, não a proteger ou corrigir erro do profissional, concluindo-se portanto que, caracterizado o Erro Grosseiro na interposição de um Recurso no Processo Penal, a aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal é inviável, resultando, conseqüentemente, no não conhecimento do recurso, devido a sua impropriedade.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Dos recursos no processo penal.** - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal:** esquematizado. - 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

\_\_\_\_\_. **“Reformatio in pejus” e sua classificação:** O que é a *reformatio in pejus* e como esta se classifica? - Disponível em: <<http://www.norbertoavena.com.br/detalhes-noticias-norberto-avena.php?menu=noticias&id=23>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 31 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)>. Acesso em: 31 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** - 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S. **Recursos no processo penal:** teoria geral dos recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. - 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **As nulidades no processo penal.** - 12. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. II. - Niterói, RJ: Impetus, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal.** - Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** - 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal.** 2. ed., rev. e atualizada. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 10. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STF, **AI 504598 AgR / SP**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 23/11/2004, p. em 17/12/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **AI 517808 AgR / PB**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 12/08/2008, p. em 03/10/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **HC 116553 / PE**, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 09/04/2013, p. em 01/08/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **RHC 120363 AgR / RJ**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 25/02/2014, p. em 19/03/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **RHC 61915 / CE**, Relator(a): Min. Djaci Falcao, Segunda Turma, j. em 01/06/1984, p. em 31/08/1984. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

STJ, **AgRg no Ag 1424524 / SP**, Relator(a) Min. Vasco Della Giustina, Sexta Turma, j. em 17/11/2011, p. em 28/11/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **AgRg no AgRg nos EREsp 1016005 / RS**, Relator(a) Min. Marilza Maynard, Terceira Seção, j. em 13/11/2013, p. em 20/11/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **AgRg no AREsp 15685 / DF**, Relator(a) Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 27/08/2013, p. em 10/09/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **AgRg nos EDcl no REsp 1101745 / PI**, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 26/10/2010, p. em 29/11/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **HC 111951 / RS**, Relator(a) Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 16/09/2010, p. em 16/11/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **HC 172515 / MG**, Relator(a) Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 20/03/2012, p. em 29/03/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **HC 282376 / AL**, Relator(a) Min. Regina Helena Costa, Quinta Turma, j. em 17/12/2013, p. em 03/02/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **REsp 611877 / RR**, Relator(a) Min. Og Fernandes, Relator(a) p/ Acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 17/04/2012, p. em 17/09/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **RHC 25277 / SP**, Relator(a) Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 13/05/2014, p. em 02/06/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **RHC 34233 / SP**, Relator(a) Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 06/05/2014, p. em 14/05/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal**: de acordo com a lei nº 12.760/2012 que aumenta o rigor da “Lei Seca”. 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Jus Podivm, 2013.

\_\_\_\_\_; ARAÚJO, F. R. **Código de processo penal para concursos**. 3. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Jus Podivm, 2012

TJSC, **Recurso Criminal n. 2012.071119-3**, de Mafra, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. em 17/12/2013. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **Recurso Criminal n. 2012.028094-2**, da Capital, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. em 31/07/2012. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **Carta Testemunhável n. 2013.061466-5**, de Xanxerê, rel. Des. José Everaldo Silva, Primeira Câmara Criminal, j. em 15/10/2013. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **Agravo de Instrumento n. 2013.034351-5**, de Blumenau, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, Primeira Câmara Criminal, j. em 25/06/2013. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **Recurso Criminal n. 2008.045086-9**, da Capital, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 14/10/2008. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **Recurso Criminal n. 2014.015472-2**, de Gaspar, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. em 08/05/2014. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**: volumes 1 e 2 - 13.ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal**. - 14.ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Processo penal**, volume 1 - 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011 - São Paulo: Saraiva, 2012.