

ADA PELLEGRINI GRINOVER
ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO
ANTONIO SCARANACE FERNANDES

RECURSOS NO PROCESSO PENAL

- *Teoria geral dos recursos*
- *Recursos em espécie*
- *Ações de impugnação*
 - Revisão criminal
 - *Habeas corpus*
- *Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*
- *Reclamação aos tribunais*

7.^a edição
revista e atualizada

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Grinover, Ada Pellegrini

Recursos no processo penal : teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. -- 7. ed. rev e atual. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3939-8

I. Processo penal. 2. Recursos (Direito) I. Gomes Filho, Antonio Magalhães. II. Fernandes, Antonio Scarance. III. Título.

10-13868

CDU- 347.995:343.1(81)

Índices para catálogo sistemático : I. Brasil : Recursos : Direito processual penal 347.995:343.1(81)

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS



PARTE I

Teoria geral dos recursos

TÍTULO I

NOÇÕES FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

O duplo grau de jurisdição

SUMÁRIO: 1. Justiça versus certeza – 2. Os fundamentos jurídicos do duplo grau – 3. O fundamento político do duplo grau – 4. O duplo grau como garantia da Constituição brasileira – 5. Limites à garantia do duplo grau – 6. "Jurisdição inferior" e "jurisdição superior" – Bibliografia.

1. Justiça versus certeza

Na matemática atinente aos recursos, dois são os princípios fundamentais que se defrontam e devem ser conciliados. De um lado, a imposição do *princípio da justiça* leva a pensar que, quanto mais se examinar uma decisão, mais possível será a perfeita distribuição da justiça. Do outro lado, a observância do *princípio da certeza jurídica* impõe a brevidade do processo, a exigir que a decisão seja proferida de uma vez por todas, sem procrastinações inúteis, no menor tempo possível.

A preocupação dos modernos sistemas processuais tem sido a de conciliar os dois princípios, de modo a encontrar um ponto de equilíbrio, garantindo o *duplo grau de jurisdição*, sem deixar infinitamente aberta a possibilidade de reexame das decisões.

V., mais adiante, os limites da garantia do duplo grau: n. 5.

2. Os fundamentos jurídicos do duplo grau

O duplo grau atende, subjetivamente, à natural inconformidade do vencido em relação à decisão contrária, além do que esta pode realmente ser injusta ou incorreta, de forma que se deve possibilitar sua revisão pelo órgão *ad quem*.

Por outro lado, o juiz que profere a decisão fica psicologicamente compelido a julgar melhor quando sabe que será ela passível de revisão por outro órgão jurisdicional. Além disso, o recurso é quase sempre submetido a julgamento por um tribunal de segundo grau, constituído em geral por magistrados de maior experiência e cultura, uma vez que a magistratura, em muitos países, é organizada em carreira, com promoções por antiguidade e merecimento.

Não se desconhecem, entretanto, argumentos ponderáveis contrários ao duplo grau: nada garante que a decisão do tribunal seja melhor do que a do juiz de primeiro grau, que pode ter feito justiça e ver sua decisão reformada. Até porque foi o juiz recorrido que teve, em geral, o contato imediato com as partes e as provas (*principios da imediação e da identidade física do juiz*), tendo tido a oportunidade de melhor formar seu convencimento, enquanto o tribunal, em regra, julga apenas com base nos documentos escritos existentes nos autos.

Por isso mesmo, uma forte tendência do processo contemporâneo preconiza que o duplo grau de jurisdição seja reservado à apreciação das questões de direito, enquanto as questões de fato não deveriam ser revistas pelo tribunal, a menos que toda a prova fosse reproduzida em segundo grau.

Além disso, a decisão em grau de recurso é inútil quando confirma a de primeiro grau, infringindo o princípio da economia processual. E a decisão que reforma a recorrida é sempre nociva, por apontar uma divergência que dá margem a dúvidas quanto à correta aplicação do direito, produzindo incertezas nas relações jurídicas e desprestigiando o Poder Judiciário.

3. O fundamento político do duplo grau

É aqui que entra poderoso argumento, de índole política: a militar em favor da preservação do duplo grau: nenhum ato estatal pode escapar de controle. A revisão das decisões judiciais – que configuram ato autoritativo estatal, de observância obrigatória para as partes e com eficácia natural em relação a terceiros – é postulado do Estado de Direito.

Trata-se de *controle interno*, exercido por órgãos da jurisdição diversos daquele que julgou em primeiro grau, a afertem a legalidade e a justiça da decisão por este proferida.

4. O duplo grau como garantia da Constituição brasileira

O duplo grau, como garantia fundamental de boa justiça, é contemplado em diversas constituições estrangeiras e até em documentos internacionais.

É o caso do art. 8, n. 2-h, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que o Brasil ratificou em 1992 e que se tornou lei interna pelo Decreto 678, de 06.11.1992.

Entre nós, a Constituição do Império consagrava expressamente a garantia do duplo grau (art. 158 da Carta de 1824). Mas hoje o princípio não vem mais expressamente inserido na Lei Maior.

Porém, apesar da inexistência de regra constitucional expressa que garanta o duplo grau de jurisdição, trata-se, segundo a melhor doutrina, de regra im-

nente na Lei Maior, que, como as anteriores, prevê não apenas a dualidade de graus de jurisdição, mas até um sistema de pluralidade deles.

Deve-se observar, porém, que o princípio do duplo grau se esgota nos recursos cabíveis no âmbito da revisão, por uma única vez. Os recursos de terceiro grau das Justiças trabalhista e eleitoral, o recurso especial, para o STF, e o extraordinário, para o STF, não se enquadram na garantia do duplo grau.

Pode-se afirmar, assim, que a garantia do duplo grau, embora só implicitamente assegurada pela Constituição brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada *jurisdição superior*. Em outro enfoque, que negue tal postura, a garantia pode ser extraída do princípio constitucional da igualdade, pelo qual todos os litigantes, em paridade de condições, devem poder usufruir ao menos de um recurso para a revisão das decisões, não sendo admissível que venha ele previsto para algumas e não para outras. Uma terceira colocação retira o princípio do duplo grau daquele da necessária revisão dos atos estatais, como forma de controle da legalidade e da justiça das decisões de todos os órgãos do Poder Público.

Seja como for, um sistema de juízo único fere o *devido processo legal*, que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de qualquer regime democrático. E a partir de 1992, pela ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o princípio do duplo grau integra o direito positivo brasileiro, em nível supralegal, mediante a norma do art. 8, n. 2-h, do Pacto, que assegura ao acusado o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Como sustentamos nas edições anteriores, hierarquicamente, os dispositivos da Convenção Americana colocam-se no mesmo nível das regras constitucionais, por força do disposto no art. 5.º, § 2.º, CF (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”). Entendemos, também, que a edição da Emenda Constitucional 45, de 2004, introduzindo o § 3.º ao art. 5.º (“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”), não altera os termos da questão aqui discutida, até porque a garantia do duplo grau já decorre do próprio sistema constitucional, não sendo necessária uma *emenda* – com o *quorum* exigido pelo novo texto – para incluí-la no ordenamento, em nível supralegal.

O processo penal brasileiro não conhece casos de supressão do segundo grau de jurisdição. O mesmo não ocorre no processo civil, havendo disposição de lei especial, a nosso ver inconstitucional, que prevê o “recurso” para o mesmo juiz recorrido (art. 34, § 2.º, da Lei de Execução Fiscal).

Note-se, contudo, que o próprio sistema constitucional, que estabelece a garantia do duplo grau, pode validamente excluí-la em alguns casos: é o que ocorre com as hipóteses de competência originária dos tribunais, constitucionalmente atribuída, que impede recursos para os órgãos da denominada jurisdição superior. Nesse sentido, a orientação fixada pelo Plenário do STF no julgamento do RHC 79.785-7-RJ, com a observação final constante da respectiva ementa: "À falta de órgãos jurisdicionais *ad qua*, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação, no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada" (rel. Min. Sepúlveda Perence, j. 29.03.2000, DJ 22.11.2002, *Ementário* 2092-2).

Mas o princípio do duplo grau não significa apenas a garantia de revisão da decisão de primeiro grau (*reexame em segundo grau*). Também compreende a proibição para o tribunal de, com seu julgamento, impedir o pronunciamento do juiz de primeiro grau (*garantia do exame em primeiro grau*): é o caso, por exemplo, da ocorrência, em primeiro grau, da extinção do processo sem julgamento do mérito, quando o tribunal, ao reformar a decisão, prosseguisse no julgamento, decidindo o mérito que o juiz não apreciou.

É expressão do princípio a Súmula 453 do STF, que impede ao tribunal aplicar em segundo grau o art. 384 do CPP, que permite o adiamento da denúncia pelo MP, em consequência de prova de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação. Mesmo depois da Lei 11.719/2008, esse entendimento continua válido, exatamente diante da garantia do duplo grau.

A questão envolve o problema dos limites do conhecimento do tribunal nos recursos e será examinada junto com a delimitação dos efeitos devolutivos destes: *infra*, Cap. IV.

5. Limites à garantia do duplo grau

Já foi dito que o princípio do duplo grau se esgota nos recursos cabíveis no âmbito do reexame da decisão, por uma única vez (*supra*, n. 4). Os recursos de terceiro grau das Jústias trabalhista e eleitoral, o recurso especial, para o STJ, e o extraordinário, para o STF, não se enquadram na garantia do duplo grau, sendo outro seu fundamento.

Mas outras questões suscita a garantia, como as de se saber a que decisões jurisdicionais se aplica e a que matéria.

a) *Quanto à matéria*, a discussão gira em torno de se saber se o duplo grau de jurisdição visa exclusivamente à correção do *error in iudicando* (erro do juiz no julgamento do mérito), que versa sobre as pretensões de direito material das partes) ou também do *error in procedendo* (erro do juiz sobre questões processuais).

Prevalce hoje a ideia, adotada em nosso sistema processual, de que qualquer vício da decisão judicial é sanável por intermédio de recurso, e consequentemente sujeita ao princípio do duplo grau, desde que observados os requisitos próprios de cada meio de impugnação.

Outra questão ligada à matéria objeto da garantia do duplo grau é a de se saber se esta cobre apenas a matéria de direito ou também a matéria de fato. Ou seja, se o reexame da decisão deve ficar garantido com relação à matéria de fato e de direito apreciada pelo juiz ou só quanto à matéria de direito.

Como já dito (*supra*, n. 2), uma forte tendência processual contemporânea sustenta que, salvo casos excepcionais, a garantia do duplo grau deveria ficar restrita à apreciação de questões de direito, enquanto o exame das questões de fato não deveria ser submetido ao duplo grau, até para resguardar o princípio da imediação do juiz com as alegações e as provas.

Assim, para o processo penal, vários estatutos contemporâneos só preveem a apelação para questões de direito, como acontece com o Código de Processo Penal da Província Argentina de Tucumán e com o próprio Código Modelo de Processo Penal para Latino-América.

No entanto, para os sistemas, como o nosso, em que o juiz de primeiro grau é monocrático, é preferível estender o duplo grau de jurisdição à matéria de fato, como garantia de uma correta valoração dos fatos.

b) *Quanto às decisões*, deve-se verificar se a garantia do duplo grau cobre apenas a sentença final, que encerra o processo, com ou sem julgamento do mérito, ou se são sujeitas ao princípio também as decisões interlocutórias, em que o juiz julga questões no curso do processo, prosseguindo este seu itinerário.

Sobre sentença final e decisões interlocutórias, v., adiante, n. 28 e 29.

Embora se costume afirmar que só as sentenças finais são acobertadas pela garantia do duplo grau, o certo é que se deve distinguir, em cada sistema processual, se a decisão interlocutória é recorrível e, se o for, se se sujeita, ou não, ao instituto da *preclusão*. Ou seja, se, não interposto o recurso próprio da decisão interlocutória, esta pode ser reexaminada quando do julgamento do recurso da sentença final, ou se, ao contrário, a decisão interlocutória não impugnada pelo recurso próprio preclui, impedindo-se seu reexame por ocasião do julgamento do recurso da sentença final.

Sobre preclusão, em seus aspectos objetivo e subjetivo, v. Cíntia, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 210.

Diversamente do que ocorre para o processo civil, em que as decisões interlocutórias são impugnáveis pelo agravo (art. 522 CPC), no processo penal a

regra para as decisões proferidas no curso do processo é sua irrecorribilidade, com as exceções do art. 581 CPP e outras expressamente previstas em leis especiais.

Pode-se dizer, portanto, que no processo civil brasileiro, que prevê a recorribilidade das interlocutórias, sob pena de preclusão, a garantia do duplo grau se estende à seu conteúdo. O mesmo ocorre com as decisões interlocutórias do processo penal impugnáveis pelo recurso em sentido estrito ou agravo, na hipótese de a falta de impugnação acarretar a preclusão.

A preclusão fica excluída nos casos de questões cognoscíveis de ofício, cuja decisão pode ser revista pelo juiz a qualquer tempo, em primeiro ou segundo grau de jurisdição (por exemplo, as decisões sobre as condições da ação).

Mas com relação às interlocutórias penais irrecorribíveis, seu conteúdo poderá ser reexaminado como preliminar de apelação, pois não serão atingidas pela preclusão. Mesmo assim, se sua relativa estabilização, até o julgamento do apelo, puder acarretar dano irreparável à parte, poderão ser imediatamente impugnadas por *habeas corpus*, mandado de segurança, correção parcial ou reclamação.

Esta é a regra geral a ser adotada no sistema processual brasileiro: irrecorribíveis que sejam as interlocutórias, seu objeto, não acobertado pela preclusão, será de regra revisito por ocasião da apelação, como preliminar desta, cumprindo-se nessa oportunidade a garantia do duplo grau. Mas, se recorribíveis, a garantia do duplo grau se exerce desde logo, pelo controle do tribunal *ad quem*, por intermédio do recurso cabível, evitando-se assim a preclusão.

Por isso, não se afigura correta a afirmação de a garantia do duplo grau cingir-se às sentenças que encerram o processo.

6. "Jurisdição inferior" e "Jurisdição superior"

Os recursos são dirigidos a órgãos da jurisdição estruturados para conhecê-los e julgá-los.

Chama-se *jurisdição inferior* aquela exercida pelos juízes que conhecem do processo desde o seu início (competência originária). E denomina-se *jurisdição superior* a exercida pelos órgãos a que cabem os recursos contra as decisões proferidas pelos juízes inferiores. Essa terminologia, que é corrente, não significa, porém, uma relação de subordinação entre os juízes. Os magistrados são livres para julgar, obedecendo somente à lei e à sua consciência (*princípio do livre convencimento*). Nos sistemas de direito romano-germânico, como o nosso, inexistiu como regra o princípio da força vinculante das decisões judiciais (o *stare decisis da common law*).

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, passou-se a admitir, entre nós, casos excepcionais de decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal,

em matéria constitucional. V. arts. 102, § 2.º, e art. 103-A da CF, na redação dada pela referida Emenda. Em matéria criminal, o STF já editou duas súmulas vinculantes, a de n.º 9, sobre remissão de pena, a de n.º 11, que trata do uso de algemas, e a de n.º 14, que assegura ao defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão de competência judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Sobre a súmula vinculante, v., ainda, Parte IV, Título XV, n.º 288.

Assim, deve-se entender por jurisdição superior e inferior não uma *competência de mando*, mas apenas uma *competência de derrogação*, no sentido de a primeira poder reapreciar, em segundo grau, a causa já decidida, substituindo, com sua decisão, a de primeiro grau.

Pode até ocorrer que os órgãos competentes para conhecer e julgar os recursos não se enquadrem na denominada jurisdição superior (entre nós, sempre tribunais colegiados, como o Tribunal Regional Federal, na Justiça federal comum, e os Tribunais de Justiça, na Justiça estadual). O recurso pode ser julgado por turmas de juízes de primeiro grau, como permitem a Constituição, no art. 98, inc. I, e a Lei 9.099/95, relativa aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujas normas de garantia ascenderam no Brasil ao mesmo nível hierárquico da Constituição a partir de 1992, garante o recurso para juiz ou tribunal superior (v., supra, n.º 4), mas tem-se entendido que "juiz superior" pode ser o órgão colegiado de primeiro grau, que revê as decisões do juiz monocrático.

Nesse caso, está preservado o princípio do duplo grau, que não exige, para sua observância, o julgamento por tribunais de cúpula, mas pode ser satisfeito com a revisão da decisão por órgão diverso do que julgou em primeiro grau.

A modalidade da denominada apelação rotatória, julgada por juiz do mesmo nível, mas diverso do que decidiu em primeiro grau, é adotada pelo direito canônico e, embora criticada por alguns, é apoiada por outros. Seja como for, é inquestionável que por ela o princípio do duplo grau, entendido como possibilidade de revisão por juiz diverso do recorrido, é preservado.

Bibliografia

- ALLORIO. Sul doppio grado, p. 1.783-1.812.
 CALMON DE PASSOS. O devoto processo legal, p. 83-96.
 CHIOVENDA. Instituições, v. 2, n. 163, e v. 3, n. 396.
 LINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. Teoria geral do processo, n. 72 e 210.
 GRINOVER. Os princípios constitucionais, p. 137-148.
 MARQUES. Instituições, v. 4, n. 858 e 1.000.

CAPÍTULO II

Conceito e natureza jurídica dos recursos. Classificações

SUMÁRIO: 7. Recursos e ações autônomas de impugnação – 8. Características dos recursos. Conceitos – 9. A voluntariedade dos recursos e o ônus de recorrer – 10. Natureza jurídica dos recursos – 11. Classificações – Bibliografia.

Recursos e ações autônomas de impugnação

O recurso é um remédio contra as decisões judiciais, mas estas podem ser acadas também por *ações autônomas de impugnação*. Como traço distintivo, costuma-se apontar o fato de que as últimas se dirigem contra decisões já passadas e julgado, enquanto os primeiros são exercíveis antes do trânsito em julgado, sendo exatamente a oposta.

Historicamente, a partir do direito romano, os primeiros instrumentos de impugnação das decisões judiciais foram ações, como a *querela nullitatis*, que servia para declarar a nulidade de uma decisão. Somente depois, com a advocação, pelo imperador, do poder de rever decisões judiciais, é que surgiu a *appellatio*. E mais tarde, com a hierarquização dos tribunais imperiais em graus de jurisdição, surgiu um verdadeiro sistema de recursos.

E, aliás, com base nessa distinção que alguns sistemas jurídicos consagram diferença entre *recursos extraordinários* e *recursos ordinários*, sendo que os primeiros corresponderiam às ações autônomas de impugnação e os segundos, aos verdadeiros recursos.

Não é o caso do direito brasileiro, que reserva à denominação recursos ordinários e extraordinários sentido diverso: v., adiante, n. 11.

Pelo menos no nosso sistema, porém, não se pode afirmar que a distinção entre *ações de impugnação* e *recursos* se faça com base na existência ou inexistência de coisa julgada. É certo que o recurso será sempre anterior à formação da coisa julgada, mas o inverso não é verdadeiro: existem ações autônomas de impugnação opontíveis contra decisões não transitadas em julgado — é o que ocorre, no processo penal, com numerosos *habeas corpus* e, em qualquer processo, com o *mandado de segurança contra ato jurisdicional*, verdadeiras ações, que não guardam a natureza de recursos, muito embora a decisão que por elas ataca não tenha ainda passado em julgado.

O traço característico de distinção entre os recursos e as ações de impugnação deve ser buscado em outro elemento: pelo recurso, não se instaura uma nova relação processual (um *novo processo*), operando-se por ele um mero prosseguimento da relação processual já existente. Ao contrário, o meio autônomo de impugnação configura sempre o exercício de uma nova ação, dando vida a uma diversa relação jurídica processual.

Não invalida essa distinção o fato de o Código de Processo Penal erroneamente rotular o *habeas corpus* e a *revisão criminal* como recursos. Tanto num como na outra existe um verdadeiro pedido do autor (tendente a uma sentença de mérito) e se instaura uma nova relação processual, ainda que — no caso da revisão — nos mesmos autos: v., adiante, Títulos XII e XIII.

8. Características dos recursos. Conceitos

Do que se disse acima extraem-se as primeiras características dos recursos: a) o fato de serem eles anteriores à coisa julgada (embora o inverso não seja verdadeiro — pois certas ações de impugnação, como visto, podem ser utilizadas antes da coisa julgada —, esse não deixa de ser um dado constante nos recursos); b) a circunstância de não ensejarem a instauração de nova relação processual.

Outra característica dos recursos é a sua *voluntariedade*, pois sua interposição depende sempre de ato de vontade do recorrente.

Por isso mesmo, não guarda natureza de recurso o instituto que, numa técnica já abandonada pelos modernos códigos processuais, o CPP brasileiro denomina "recurso de ofício": v., adiante, n. 11.

E, finalmente, os recursos representam sempre um meio de impugnação da decisão judiciária, visando na maioria das vezes à sua reforma ou invalidação, mas também podendo limitar-se a pretender sua revisão apenas para efeitos de esclarecimento ou integração.

É o caso dos embargos de declaração: v., adiante, n. 140.

São essas características que possibilitam conceituar o recurso, no direito processual brasileiro, como o *meio voluntário de impugnação de decisões, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão*.

Preferimos falar em preclusão, e não em coisa julgada, para evitar, nesta sede, a distinção entre coisa julgada material e coisa julgada formal. A preclusão, objetivamente entendida como fato impeditivo, destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento, liga-se à coisa julgada formal numa relação de antecedência e consequência.

2. A voluntariedade dos recursos e o ônus de recorrer

Exatamente por se tratar de meios voluntários de impugnação, os recursos, quanto à sua interposição, configuram um *onus processual*, representando uma faculdade que, se não exercida, pode acarretar consequências desfavoráveis. Isso quer dizer que aquele que não recorre, conformando-se com a decisão proferida, perde a oportunidade de obter sua reforma ou invalidação, seu esclarecimento ou integração, consolidando-se, para ele, os efeitos da decisão.

Contudo, o ônus de recorrer sofre atenuações: nos casos de necessidade do duplo grau de jurisdição (o chamado *recurso de officio* do CPP: v. adiante, n. 11), mesmo sem recurso, a decisão poderá ser revista pelo tribunal de segundo grau. A extensão dos efeitos do recurso ao litisconsorte, no processo civil (art. 509 CPC) e ao corréu, no processo penal (art. 580 CPP), em determinadas circunstâncias, possibilita a quem não exercen a faculdade de recorrer dividir com o recorrente as vantagens da nova decisão. E, agora com exclusividade para o processo penal, o princípio do *favor rei* pode dar margem à denominada *reformatio in melius*, ou seja, à revisão da decisão, no recurso da acusação, para avorecer o acusado, ainda que este não tenha recorrido (v. sobre a chamada *reformatio in melius*, adiante, n. 21).

Finalmente, e ainda para o processo penal, a regra do ônus de recorrer é mitigada, em favor do réu, pela possibilidade de utilização, a qualquer tempo, das ações de impugnação (*habeas corpus* e revisão criminal).

10. Natureza jurídica dos recursos

Superadas certas concepções que viam nos recursos ações distintas e autônomas, chegando a lhes atribuir natureza constitutiva — e isso tanto no processo civil, como no processo penal —, a doutrina prefere hoje conceituar o poder de recorrer como *aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa*.

A posição não é afirmada pela existência, no processo civil, de recursos aos quais são legitimados: o Ministério Público, ainda quando não seja parte, ou o terceiro prejudicado — nesses casos, entende-se que o recorrente exerce por essa forma abreviada o direito de ação, que não quis ou não pôde exercer pela forma normal.

Como se verá, atribuir ao direito de recorrer a mesma natureza que se dá o direito de ação tem importantes consequências, possibilitando a construção das condições de admissibilidade dos recursos em paralelo com as condições de admissibilidade da ação: v. adiante, n. 37-40.

11. Classificações

As classificações dos recursos são feitas com base em diversos critérios.

a) Tomando-se por base o critério da extensão da matéria impugnada, os recursos classificam-se em *totais e parciais*. É total o recurso quando a impugnação abrange todo o conteúdo da decisão recorrida (*reclus*, todo o conteúdo impugnável), e é parcial quando o recorrente impugna apenas parte dela.

Assim, por exemplo, a apelação pode dirigir-se a todo o conteúdo impugnável da sentença, ou pode circunscrever-se a parte dele, quando o recorrente se limite, v.g., a atacar o capítulo da sentença que tenha decidido a respeito da prescrição ou da concessão da suspensão condicional da pena.

b) Com base nos seus *fundamentos* — os motivos pelos quais o recorrente impugna a decisão —, os recursos distinguem-se em recursos de *fundamentação livre e de fundamentação vinculada*. É que, em certos casos, a lei não fixa limites à impugnação, podendo o recorrente atacar todo e qualquer tipo de erro da decisão. Mas, em outras hipóteses, a lei exige que se aponte um erro que se enquadre na discriminação legal. Entre nós, a apelação é o exemplo típico da primeira espécie, enquanto o recurso extraordinário e o recurso especial o são da segunda (a impugnação da decisão só pode fundar-se nos motivos indicados pelo art. 102, III, ou pelo art. 105, III, CF).

c) Os recursos também se classificam em *ordinários e extraordinários*. Mas aqui cabe distinguir.

Como já dito (*supra*, n. 7), em outros ordenamentos a classificação é das mais relevantes, uma vez que toma por base a circunstância de já ter havido, ou não, trânsito em julgado da decisão. No primeiro caso, o recurso é dito *extraordinário*, e no segundo, *ordinário*.

Assim ocorre, por exemplo, em Portugal e na Itália.

Entre nós, o critério para essa classificação há de ser outro, uma vez que o recurso, como visto, é sempre oponível contra decisões que ainda não tenham passado em julgado, embora o inverso não seja verdadeiro, pois certas ações autônomas de impugnação podem ser utilizadas antes da formação da coisa julgada (v. *supra*, n. 7 e 8).

A denominação *recurso ordinário*, numa primeira acepção, pode indicar, entre nós, aquele que tenha por objeto próximo a *proteção do direito subjetivo* do recorrente, enquanto por *recurso extraordinário* se aponta aquele que vise proteger, antes de mais nada, o *direito objetivo*, e só mediadamente o do recorrente. Nesse sentido, são extraordinários tanto o recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, quanto o recurso especial, para o Superior Tribunal de Justiça. Todos os demais são ordinários.

Esta classificação tem sido criticada por processualistas civis, uma vez que o recurso – que seria ordinário –, quando interposto pelo Ministério Público, como *curios legis*, também visa precipuamente à proteção do direito objetivo. No processo penal, algo parecido ocorre quando o Ministério Público apela em benefício da defesa, atuando nesse caso como órgão da Justiça e não como parte parcial e visando, antes de tudo, a observância do direito objetivo.

Numa segunda acepção, tem-se dito que são recursos *ordinários* aqueles em que é possível a discussão das matérias de direito e de fato (apelação, recurso em sentido estrito, embargos infringentes), enquanto os *extraordinários* seriam aqueles que só admitem impugnação quanto à matéria de direito (recursos extraordinário e especial, agravo da decisão de indeferimento desses recursos, embargos de divergência).

Finalmente, num outro sentido afirma-se serem *ordinários* os recursos de admissibilidade geral, não sujeitos a requisitos especialíssimos (apelação, recurso em sentido estrito, agravo). E são *extraordinários* os recursos sujeitos a regras estritas de cabimento excepcional. O recurso extraordinário brasileiro (art. 102, III, CF) é o recurso extraordinário por antonomásia, mas ao lado dele figura, na mesma classe, o recurso especial (art. 105, III, CF). O recurso ordinário, da competência do STF e do STJ nos casos constitucionalmente estabelecidos (art. 102, II, e art. 105, II, CF), pertence à categoria dos recursos ordinários em geral, sendo-o também por antonomásia: com efeito, trata-se de recurso interposto contra o julgamento da causa em sua instância inicial, assemelhando-se nisso à apelação, de cabimento geral (art. 593 CPP).

A incerteza quanto aos conceitos de recursos ordinários e extraordinários no sistema brasileiro tem convencido alguns processualistas da pouca utilidade dessa classificação entre nós. Mas o critério por último estabelecido parece-nos relevante, pois são exatamente os recursos ordinários, nessa acepção, que retratam a observância do duplo grau de jurisdição (enquanto os recursos extraordinários importam num terceiro ou quarto reexame, o que foge à garantia constitucional do duplo grau: v. *supra*, n. 3 e 4).

d) Por último, cumpre notar que não encontra embasamento científico a classificação dos recursos, quanto ao critério da *iniciativa*, em *voluntários* e *de ofício*. Qualquer recurso depende da iniciativa da parte, sendo sempre um meio voluntário de impugnação (*supra*, n. 8). O juiz não tem interesse em recorrer e não pode impugnar a sua própria decisão. Assim, não constituem conceitualmente recursos os casos em que o ordenamento exige que a sentença de primeiro grau seja necessariamente submetida à confirmação do segundo, para passar em julgado. Trata-se de *condição de eficácia da sentença*.

O Código de Processo Civil de 1973 abandonou a antiga nomenclatura “recurso obrigatório” ou “recurso de ofício”, adotando, com boa técnica, o critério da sujeição necessária ao duplo grau de jurisdição (art. 475 CPC).

É nesse sentido que deve ser entendida a expressão *recurso de ofício* do Código de Processo Penal (arts. 574 e 746 CPP).

Bibliografia

- BARBOSA MOREIRA. *Comentários ao CPC*, n. 134, 135, 137 e 142.
 CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, n. 100 e 210.
 GRECO. *Manual de processo penal*, n. 73.1 e 73.5.