

**Nestor Távora**  
**Rosmar Rodrigues Alencar**

CURSO DE **PROCESSO**  
**PENAL E EXECUÇÃO**  
**PENAL**

**19<sup>a</sup>**  
**Edição**

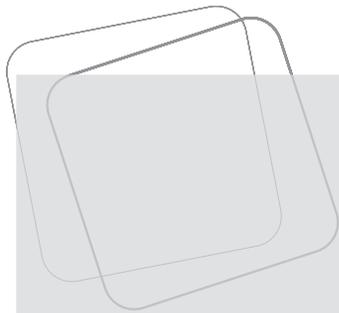
revista  
atualizada  
ampliada

**2024**



**EDITORA**  
*Jus*PODIVM

[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)



# Título XVI

## Recursos



# 1

## TEORIA GERAL DOS RECURSOS

### 1. CONCEITO

O recurso é o meio voluntário destinado à impugnação das decisões, afigurando-se como instrumento de combate a determinado provimento, dentro da mesma relação jurídica processual, possibilitando nova análise da matéria impugnada.

Trata-se de exercício de direito potestativo, consubstanciado em ônus processual<sup>1</sup>, que pode ser “utilizado antes da preclusão e na mesma relação processual, apto a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão”<sup>2</sup>.

Do conceito de recurso, já podemos estratificar os seguintes aspectos:

(1) é **providência voluntária**, razão pela qual não tem natureza recursal as hipóteses de reexame necessário de determinadas decisões pelo tribunal (art. 574, CPP). Em outros termos, tem índole potestativa<sup>3</sup>. Em sentido contrário, Nestor Santiago

entende que “o recurso *ex officio* tem natureza jurídica de recurso, pois o que importa para configurá-la é a oportunidade dada pela lei ao Estado-juiz de suscitar o reexame da sentença”<sup>4</sup>;

(2) é admitido dentro da **mesma relação jurídica processual**, o que retira da condição de recurso as ações autônomas de impugnação, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a revisão criminal, a correição parcial, a reclamação constitucional, o incidente de resolução de demandas repetitivas e a submissão do arquivamento do inquérito policial à revisão ministerial prevista no § 1º, do art. 28, do CPP, com redação da Lei n.º 13.964/2019<sup>5</sup>. Como acrescenta André Nicolitt, os recursos são anteriores à coisa julgada e não ensejam nova relação jurídica<sup>6</sup>;

1. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32.  
2. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 27.  
3. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v 5. p. 20.

4. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Do recurso ex officio no processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.120.  
5. O Tribunal Pleno do STF, por unanimidade, atribuiu interpretação conforme ao art. 28, § 1º, do CPP, incluído pela Lei n.º 13.964/2019, para assentar que, “além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento” (STF – Tribunal Pleno – ADI’s 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, Rel. Min. Luiz Fux – J. 24/08/2023).  
6. NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p.968.

(3) consiste em aspecto, elemento ou **modalidade do direito de ação e de defesa**, sendo um desdobramento ou continuidade da relação iniciada em primeiro grau, revelando a sua natureza, como veremos a seguir<sup>7</sup>; e

(4) tem **finalidade de integrar, invalidar, esclarecer ou reformar** a decisão impugnada.

## 2. NATUREZA JURÍDICA

Discorrer sobre a natureza de um instituto jurídico é revelar seu conteúdo, sua diferença ontológica, ou seja, relativa à sua essência. Desse modo, é possível delimitar bem o conteúdo da expressão “recurso”, para dela afastar institutos que melhor se adequam à categoria das “ações autônomas de impugnação”.

Com essa ideia, importa saber o sentido, a estrutura e a função do recurso, mormente sob as vertentes doutrinárias que procuram explicá-lo a partir de enfoques distintos:

(1) seja como uma decorrência do direito de ação;

(2) seja como o exercício de um novo direito de ação, incidentalmente em um mesmo processo;

(3) seja como um meio adequado para que se consiga o reexame de uma decisão judicial.

A primeira corrente doutrinária (1), que tem se sagrado majoritária, entende a natureza jurídica do recurso como um **desdobramento do direito de ação ou de defesa**. 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.

As críticas a essa posição são as mais amplas, ao argumento de que ela incorre em mais de um desvio de perspectiva:

(a) o primeiro seria o de confundir o direito de obter tutela jurisdicional com o exercício da ação penal, que, por sua vez, não seria assimilado pelo conceito de direito subjetivo<sup>8</sup>. Isso porque a ação penal em si não seria um direito, mas simplesmente um agir, não obstante exista o direito subjacente de obtenção de pronunciamento judicial válido;

(b) o segundo desvio de perspectiva é que esse “desdobramento do direito de ação” não é bem ajustado quando o recurso é manejado pelo acusado que restou vencido na ação penal condenatória, ainda que se utilize do artifício de que ele, ao prolongar a “reação” à ação penal, está a prosseguir com o seu “direito” de ação com sinal negativo.

Sem embargo, a trajetória do recurso perpetua no tempo e no espaço o direito que foi deflagrado com a apresentação da inicial acusatória ou, de outro lado, manifesta o exercício defensivo, em segundo grau de jurisdição, através da resistência oposta pelo sucumbente contra o conteúdo da decisão guerreada.

Já a segunda posição (2) defende ser o recurso uma **nova ação dentro do mesmo processo**, sob o argumento de que as pretensões são distintas: na ação, o direito com base na descrição do fato; no recurso, com lastro na sentença que se vergasta<sup>9</sup>.

No entanto, afirmar que se trata de ação um ato processual que se interpõe em ação já em curso, encobre um dos aspectos pragmáticos do recurso, qual seja, o de ser desdobramento de relação preexistente, e não a deflagração de uma nova ação.

A terceira corrente (3) vê o recurso como qualquer **providência destinada à obtenção da reforma de uma decisão**. No entanto, pode haver recurso que não pretenda a reforma nem a substituição da decisão, porém, sim, a sua invalidação, com a desconstituição do processo ou da decisão de modo a exigir que seja renovado o ato na instância contra a qual se recorreu<sup>10</sup>.

Paulo Rangel coloca outra objeção a essa posição, notadamente por reputar que “todo e qualquer meio capaz de propiciar a reforma de uma decisão é um recurso”. Haveria assim o inconveniente de considerar como tal “a própria revisão criminal e o *habeas corpus*”, quando estes são “ações autônomas de impugnação, pois podem ser utilizados mesmo depois de transitar em julgado a sentença penal condenatória”<sup>11</sup>.

7. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 28.

8. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fábio Cardoso Machado; Guilherme Rizzo Amaral (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 31.

9. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 491.

10. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 767.

11. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 491.

### 3. FUNDAMENTOS E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Os recursos têm por fundamentos a necessidade psicológica da parte sucumbente, a falibilidade do julgador e as razões históricas do direito. Os recursos têm base jurídica na Constituição, quando esta organiza o Poder Judiciário em duplo grau de jurisdição com a previsão de competência para seu processamento e julgamento. Parte-se da justificativa, exposta na lição de Mirabete, de que “o princípio do duplo grau dá maior certeza à aplicação do direito, com a proteção ou restauração do direito porventura violado e é por isso que se encontra assente nas legislações”<sup>12</sup>.

No entanto, pensamos que o duplo grau de jurisdição é um **princípio infraconstitucional**, ou seja, não é princípio sufragado na Constituição de 1988. Isso porque há processos penais onde o duplo grau em sentido estrito inexistente, tais como aqueles de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

O devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa não garantem a existência do duplo grau de jurisdição na nossa lei Maior. No entanto, a Constituição estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LIV e LV).

Por tal razão, a afirmação desse princípio é de ser compreendida como de cunho histórico, tradicional e de política legislativa. É o reconhecimento de que uma decisão só transita em julgado quando possível o seu exame em dois juízos sucessivos, ainda que isto se dê, apenas de maneira ampla, quando o órgão competente para julgar a ação penal originariamente seja o órgão de cúpula. Por outro lado, como no Brasil temos a possibilidade de julgamento de recurso extraordinário pelo STF, bem como a apreciação de embargos infringentes de alguns julgados, pode-se entender que, na maioria das vezes, temos multiplicidade ou pluralidade de graus de jurisdição, não apenas duplicidade<sup>13</sup>.

Parte da doutrina, contudo, entende que o duplo grau de jurisdição é **princípio constitucional implícito**, levando em consideração o sistema como

um todo, a partir de sua previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992.

Nesse sentido, Grinover, Scarance e Gomes Filho, que reconhecem, no entanto, que o princípio do duplo grau, previsto explicitamente na Constituição do Império (art. 158, da Carta de 1824), não vem mais expresso na Constituição vigente. Os autores sustentam que se cuida “de regra imanente na Lei Maior, que, como as anteriores, prevê não apenas a dualidade de graus de jurisdição, mas até um sistema de pluralidade deles”. Desse modo, concluem, é possível afirmar “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”<sup>14</sup>.

A Constituição da República afirma textualmente que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). A partir desse texto, em uma primeira aproximação, é possível sustentar que o direito ao duplo grau é tão somente do imputado. Sob essa ótica, duplo grau de jurisdição não seria princípio, pois não deveria ser aplicado em favor do Ministério Público, mas tão somente em prol de quem é titular da garantia da “**ampla defesa**, com os meios e recursos **a ela** inerentes”. Como o *Parquet* não exerce ampla defesa, mas formula a imputação e leva nos ombros o ônus da prova, não decorreria o direito a recurso.

Em uma segunda aproximação, sabemos que o fundamento dos direitos fundamentais coincide com a história da luta do ser humano contra os abusos de poder do Estado, notadamente a partir do Iluminismo. Desse modo, entendemos que o rol do art. 5º, da CF, capitula direitos fundamentais de primeira geração, dentre os quais não está o direito de recorrer do Ministério Público, mas tão somente do acusado.

Apesar desses fundamentos, temos um Código de Processo Penal que arrola inúmeras possibilidades recursais à disposição da acusação. Basta cotejar os casos de recurso em sentido estrito que se perceberá que ao acusado foram destinadas menos hipóteses legais para que

12. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 605.

13. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33-34.

14. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERRE NANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 20-21.

possa impugnar uma decisão. A criação de possibilidades recursais pela legislação que alterou o nosso Código parece não ter destoado dessa característica.

Nesse diapasão, a inserção do XXV, ao art. 581, pela Lei n.º 13.964/2019, prevê a interposição de recurso em sentido estrito contra a decisão que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A, do CPP.

Com efeito, apesar de podermos imaginar a apresentação de recurso pela defesa do imputado nos casos de negativa de homologação a acordo de não persecução penal, o histórico desse instituto demonstra que aquela recusa judicial deverá ocorrer, na maior parte das vezes, em função de abusos do órgão estatal proponente. Por outro lado, considerando nosso posicionamento de que o acordo de não persecução penal é de duvidosa constitucionalidade, por ferir direitos fundamentais que não poderiam ser objeto de consenso, fica evidenciada que a hipótese criada tem como destinatário preferencial o Ministério Público, para a interposição do recurso em sentido estrito.

Tanto isso é exato que o imputado, não raras vezes, precisa fazer uso do *habeas corpus* como sucedâneo recursal. Nosso CPP foi inspirado no Código Italiano e nas ideias de Rocco, sendo conhecidamente de índole fascista por colocar o Estado (Estado-acusação e Estado-juiz) em um patamar superior ao cidadão (investigado ou acusado). Nesse permeio, os direitos fundamentais não germinam, eis que a atmosfera é carregada de autoritarismo.

Salientando que essa tese foi ventilada pela Defensoria Pública de São Paulo e que ganhou ampla repercussão por ter sido considerada teratológica, Aury Lopes Jr e Thiago Mendes esclarecem que “ao contrário do que pode parecer à primeira visão, a tese não é absurda e encontra respaldo na doutrina, jurisprudência internacional, além de ser adotada em outros ordenamentos jurídicos. Ela exige, contudo, superação de paradigmas, já que os recursos nascem e são concebidos para servirem ao sistema inquisitório”. O duplo grau tem supedâneo em fundamentos como: (1) o da exigência “de dupla conformidade em matéria penal”, impondo “uma segunda análise da condenação penal em razão da gravidade que lhe é inerente, como *conditio sine qua non* para aplicação da pena”; e (2) a tutela do estado de inocência, “que não pode ser afastada com uma única condenação, além de se reconhecer que o recurso permite a manutenção do estado de inocência até o trânsito em julgado”. Apesar de

reconhecerem a dificuldade de fazer valer o tanto que sustentado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e de tornar eficaz o que disposto nos tratados de proteção a direitos humanos que o Brasil subscreveu, os juristas apontam que os alicerces do duplo grau têm, como destinatário, o acusado e, de tal modo, “permitem afirmar que não há fundamento idôneo para justificar a existência de duplo grau para a acusação”<sup>15</sup>.

#### 4. PRINCÍPIOS RECURSAIS

Alguns princípios dos recursos são tratados como características pela doutrina.

A divergência decorre da não unanimidade do que se entende por princípio. Para o presente tópico, princípio é vetor interpretativo das regras que disciplinam os recursos. Em outras palavras, princípios são normas que inspiram a aplicação das regras que estão ligadas a eles. Daí a existência de regras específicas que caracterizam os recursos: do conjunto de regras é possível se constatar características recursais que conformam sua base principiológica.

Esse alicerce normativo é visto como um rol de princípios ou características dos recursos, enquanto entendidos como manifestação volitiva da parte sucumbente, com o objetivo de ver reexaminada uma decisão. Vejamos um a um.

##### 4.1. Princípio da voluntariedade

O recurso é um ato processual decorrente da manifestação de vontade da parte que queira ver reformada ou anulada uma decisão.

O art. 574, CPP, dispõe que “os recursos serão voluntários”. Está aqui presente a característica (princípio) da voluntariedade. 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.

De todo modo, o ônus de recorrer encontra mitigações, em favor do acusado, acrescida da possibilidade de manejo, a qualquer tempo, de meios distintos dos recursos: ações autônomas de impugnação, tal como a revisão criminal e o *habeas corpus*<sup>16</sup>.

15. LOPES JR, Aury; MENDES, Tiago Bunning. É absurdo sustentar a ausência de duplo grau de jurisdição para a acusação. *Conjur*: limite jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-14/limite-penal-duplo-grau-jurisdicao-nao-vale-acusacao>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

16. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 28.

Sob outra vertente, o art. 574, CPP, menciona a figura do impropriamente denominado **recurso de ofício**, também denominado de **remessa necessária**, **duplo grau de jurisdição obrigatório** ou **reexame necessário**. Ao invés de recurso, o reexame obrigatório é condição estabelecida legalmente para o trânsito em julgado da sentença ou decisão.

O **reexame necessário** tem cabimento nos seguintes casos:

(1) da sentença que conceder *habeas corpus*, vale dizer, da decisão do juiz singular ao acatar a ordem. Não há que se falar, portanto, de recurso de ofício contra deliberação do tribunal acerca desse remédio heroico; e,

(2) da sentença que desde logo absolver o acusado com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o acusado, evitando sua submissão a júri popular (absolvição sumária do procedimento especial para os crimes dolosos contra a vida, a teor do art. 574, II, CPP). Todavia, para a doutrina e jurisprudência majoritárias, esta hipótese encontra-se **revogada tacitamente**, por ausência de previsão na atual redação do art. 415 do CPP. Nesse sentido, o STJ pontuou somente caber a remessa necessária das decisões proferidas até o advento da Lei n.º 11.689/2008, porquanto *tempus regit actum*<sup>17</sup>.

Sem embargo, ainda caberá reexame necessário nas seguintes hipóteses:

(3) da sentença de absolvição ou a deliberação que arquiva os autos do inquérito policial nos crimes contra a economia popular e saúde pública (art. 7º, Lei n.º 1.521/1951);

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

(5) do indeferimento liminar pelo relator, no tribunal, da ação de revisão criminal, quando o pedido não estiver suficientemente instruído (art. 625, § 3º, CPP).

Note-se que todas as hipóteses previstas de reexame obrigatório foram **instituídas em desfavor do réu**, na linha da inspiração inquisitória. Não há, no nosso ordenamento jurídico, absurdamente, remessa necessária *favor rei*. Entendemos, na esteira do que anotamos no início deste capítulo, que os artigos que estatuem hipóteses de recurso de ofício não passam pelo filtro constitucional, por não se coadunarem com os princípios da ampla defesa e da isonomia processual.

Outrossim, o CPP denomina de recurso o que, em sua essência, não o é: o chamado recurso de ofício é melhor explicado como um reexame necessário ou remessa obrigatória, não sendo adequada a expressão recurso não voluntário.

De fato, o que se tem apelidado equivocadamente de recurso de ofício nada mais é do que uma condição sem a qual a decisão não transita em julgado, ou seja, o magistrado, ao proferir a decisão, tem que submetê-la obrigatoriamente a uma reapreciação do tribunal, mesmo que as partes não recorram. Se não o fizer, o julgamento fica em aberto, sem que se opere a coisa julgada, por falta do implemento da condição legal (reexame necessário).

É o que pontifica o enunciado da súmula n.º 423 do STF, ao dizer que a sentença não transita em julgado quando houver omitido o reexame *ex officio*, que se entende interposto *ex lege*.

Dessa maneira, o magistrado não precisa fundamentar o ato, remetendo imediatamente a decisão ao tribunal assim que ultrapassado o prazo para os recursos voluntários. Da mesma forma, não é necessário intimar as partes para contrarrazões.

#### 4.2. Princípio da taxatividade

Para que seja possível a interposição de um recurso, é preciso que o ordenamento jurídico o preveja expressamente: o rol não é exemplificativo, porém *numerus clausus*. No processo penal, não se admite recurso inominado ou recurso de improviso. A previsão legal é condição necessária para que a decisão seja recorrível, e para que o recurso exista.

Como adverte Edilson Mougnot, o princípio da taxatividade recursal não é óbice à aplicação analógica nem à interpretação extensiva das normas processuais penais, na esteira do que dispõe o art. 3º, do Código Processual Penal. Daí ser admissível a interposição de recurso em sentido estrito contra decisão que rejeita o pedido de aditamento da denúncia, malgrado a hipótese não esteja incluída expressamente no rol do art. 581, CPP, mas é depreendida a partir do enunciado que prevê o manejo desse meio recursal contra a decisão que rejeita a denúncia<sup>18</sup>.

Também, com base em interpretação sistemática extensiva, é que se admite a interposição de embargos infringentes e de nulidade pela defesa contra decisões não unânimes proferidas por

17. STJ – Quinta Turma – HC 201303257630 – Rel. Des. Conv. Leopoldo de Arruda Raposo – DJ: 30 nov.2015.

18. BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 619.

órgão colegiado de tribunal em sede de agravo em execução. Para tanto, leva-se em conta que o agravo em execução (art. 197, LEP) foi instituído em substituição a várias hipóteses de interposição de recurso em sentido estrito (art. 581, CPP), razão pela qual são cabíveis os embargos infringentes e/ou de nulidade que, conforme o texto original do CPP, só poderiam ser opostos pela defesa contra decisões não unânimes prolatadas pelo tribunal quando de julgamento de apelação ou de recurso em sentido estrito (parágrafo único, do art. 609, CPP).

#### 4.3. Princípio da unirrecorribilidade, da singularidade ou da unicidade

Cada espécie de decisão judicial, em regra, comporta um único recurso, sendo ônus da parte escolher o recurso adequado para que haja seu reexame.

O princípio da unirrecorribilidade ou da singularidade recursal expressa que a parte não pode interpor mais de um recurso para vergastar a mesma decisão<sup>19</sup>. A concomitância de recurso, contudo, é possível quando a sentença apreciar, ao mesmo tempo, questões distintas<sup>20</sup>.

Com efeito, excepcionalmente, uma mesma decisão pode comportar mais de um recurso. É o que ocorre, por exemplo, com a possibilidade do manejo simultâneo do recurso especial ao STJ e do extraordinário ao STF, quando uma mesma decisão ofenda a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional.

É citado por Tourinho Filho, como exemplo de exceção à unirrecorribilidade, a hipótese de acórdão ser formado de uma parte unânime e de outra não unânime, permitindo a interposição simultânea de recurso extraordinário (ou especial) e de embargos infringentes (art. 609, parágrafo único, CPP)<sup>21</sup>. A partir da Lei n.º 10.352/2001, que alterou o revogado CPC/1973, essa possibilidade de interposição simultânea daqueles recursos com os infringentes desapareceu do sistema, segundo pensamos. Decerto, prevaleceu o entendimento de que, quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso

especial, relativamente ao julgamento unânime, deverá ficar sobrestado até a intimação da decisão nos embargos<sup>22</sup>.

No nosso entender, a exceção ao princípio da unirrecorribilidade referida por Tourinho Filho era 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.

Cuida-se, portanto, de uma hipótese em que não há impugnação integral e simultânea da decisão, porém recursos parciais que aludem somente a um, ou a alguns capítulos do acórdão, pela conjugação de dois fatores:

- (1) por vontade do recorrente; e
- (2) por força de lei<sup>23</sup>.

No mesmo sentido, Grinover, Scarance e Gomes Filho aduzem que “nesses casos, cada capítulo da sentença é objeto de recurso distinto, de modo que a hipótese não configura exceção ao princípio da unirrecorribilidade”<sup>24</sup>.

#### 4.4. Princípio da fungibilidade recursal ou do recurso indiferente, do tanto vale, da permutabilidade dos recursos ou da conversibilidade dos recursos

Não havendo erro manifesto ou má-fé na interposição de um recurso equivocado, e atendido o prazo limite do recurso que seria cabível, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro. Nesse caso, o juiz, tomando ciência da impropriedade de uma impugnação recursal por motivo plausível, deve mandar processá-la em conformidade com o rito do recurso que seria cabível, tal como prevê o parágrafo único, do art. 579, CPP.

Para a aplicação do princípio da fungibilidade, também denominado de teoria do recurso indiferente ou de teoria do tanto vale, é necessário que o prazo para o recurso correto não tenha sido extrapolado quando da interposição da impugnação equivocada. Deve existir dúvida objetiva plausível para que haja o acatamento de um recurso por

19. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 712.

20. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*: volume IV. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 230.

21. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 713.

22. STJ – Sexta Turma – REsp 1547726/CE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 10 dez. 2015.

23. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 98-99.

24. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 33.

outro, que indique a existência de boa-fé do recorrente, não se aceitando o recurso que consubstancie equívoco grosseiro.

Pensamos que devem ser exigidos simultaneamente ambos os requisitos, ficando evidenciada a má-fé com o ingresso de recurso de prazo maior no lugar de recurso com previsão de interposição em menor lapso. Essa a posição da doutrina e jurisprudência majoritária.

Em sentido contrário, Denílson Feitoza se alinha à posição de Nelson Nery Júnior, para entender que o princípio da fungibilidade seria exceção ao princípio da preclusão, que não deve incidir quando inexistente erro grosseiro ou má-fé, razão pela qual “o recurso impróprio pode ser conhecido, mesmo sendo interposto fora do prazo do recurso próprio, desde que haja dúvida objetiva quanto ao recurso correto; o contrário significaria negar a própria existência do princípio da fungibilidade”<sup>25</sup>.

#### 4.5. Princípio da convalidação

Consiste na possibilidade de que um recurso manejado corretamente seja convalidado em outro em virtude de se revelar mais útil ao recorrente, com viabilidade de maiores vantagens.

A convalidação se diferencia da fungibilidade porque, para a aplicação deste princípio, é necessário que o recurso tenha sido interposto erroneamente, enquanto a incidência da convalidação pressupõe acerto na oferta da impugnação.

Norberto Avena exemplifica esse princípio com o caso em que uma revisão criminal, ajuizada corretamente contra uma decisão condenatória transitada em julgado, é recebida como *habeas corpus*, por ser este mais célere e dispensar formalidades relativamente à primeira<sup>26</sup>.

Na verdade, o exemplo apresentado pelo autor não encontra adequação porque alude a ações autônomas impugnativas, que não se confundem com os recursos. No entanto, a argumentação do exemplo é útil se levarmos em consideração que essas demandas funcionam, em sentido amplo, como sucedâneos recursais.

#### 4.6. Princípio da vedação da *reformatio in pejus*

Consiste na proibição de mudança para pior da situação jurídica do recorrente, em virtude de decisão superveniente que reforme o julgado

recorrido. Este princípio tem sido também conhecido por **efeito prodrômico da sentença**, expressão abordada de maneira mais detida quando estudamos as sentenças.

Se só a defesa recorre, tendo a acusação se conformado com o provimento jurisdicional, a situação do réu não poderá ser piorada. É o que se chama de **proibição da *reformatio in pejus* direta**, ou seja, na relação recursal, a situação do réu permanecerá como está, se o recurso foi exclusivo da defesa.

Decerto, não pode haver modificação para pior da situação do acusado em recurso seu, mesmo no caso de correção de simples erro material que incrementa a pena<sup>27</sup>.

No que toca a mudança de critérios para a fixação do quantitativo da pena quando da utilização do procedimento trifásico, o STF reputou, por maioria, que não há que se falar em ***reformatio in pejus***, quando ao final da fundamentação para a definição de pena-base e de aplicação de causa de diminuição de modo divergente na instância *ad quem*, a pena total aplicada tenha sido mantida inalterada<sup>28</sup>.

O argumento usado pelo STF, tendente a manter a pena do acusado que teve, em seu favor e em grau de recurso manejado pela defesa, a exclusão de circunstância judicial, não se justifica de forma lógica. Isso porque somente seria possível não minorar a pena se, além de interposto recurso pela acusação, houvesse provimento desta impugnação contra o réu. Em outros termos, se houve exclusão de circunstância judicial utilizada como parâmetro para fins de fixação da pena base, impositiva seria a diminuição da pena em nível recursal. Daí entendermos violado, no caso, a vedação da ***reformatio in pejus***.

Por outro lado, caso a acusação tenha recorrido, não poderá o tribunal reconhecer nulidade contra o réu que não tiver sido suscitada, salvo nas hipóteses em que haja recurso de ofício (Súmula n.º 160, STF).

Se o tribunal anular a decisão anterior, em recurso promovido pela defesa, o órgão *a quo*, recebendo os autos para proferir nova decisão, não poderá piorar a situação do demandado, pois se pudesse fazê-lo, indiretamente estaria exasperando a situação do réu, quando só a defesa tivesse recorrido.

25. FEITOZA, Denílson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. Impetus: Niterói, 2009. p. 1047-1048.

26. AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 976.

27. STJ – Sexta Turma – RHC 115.660/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – DJe 14 out. 2019.

28. STF – Segunda Turma – HC 171911 AgR – Rel. Min. Cármen Lúcia – publicado em 12 dez. 2019.

Sobre esse ponto, tinha uma limitação para o juiz instituída pela Lei n.º 13.964/2019. De acordo com o § 5º, do art. 157, do CPP, o juiz que conhecesse do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderia proferir a sentença ou acórdão. Desse modo, se a anulação da sentença tratasse sobre a inadmissibilidade de prova ilícita, forçoso seria o afastamento da pessoa física do juiz que tivesse prolatado a primeira sentença, diante de ter conhecido do conteúdo da prova declarada inadmissível, com a correlata redistribuição do processo ao seu substituto legal. No entanto, no julgamento das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o Tribunal Pleno do STF decidiu por declarar a inconstitucionalidade de tal enunciado<sup>29</sup>. Sobre essa temática, compreendemos que, mesmo sendo a prova ilícita desentranhada dos autos, por expressa determinação do art. 157, *caput*, do CPP, o juiz que teve acesso a esse elemento probatório já estará contaminado. Sendo assim, contaminado pela prova ilícita, há ofensa direta à imparcialidade do juiz e, por conseguinte, da sua decisão sobre o mérito da causa.

De toda maneira, estará **vedada a *reformatio in pejus* indireta**.

De acordo com o art. 617, do CPP, o tribunal não poderá agravar a pena do réu quando somente ele tiver recorrido da sentença. Mesmo que por motivo de incompetência absoluta, deve prevalecer a restrição. O próprio STJ admitiu o vínculo do juiz competente ao quantitativo de pena fixado por seu antecessor e quanto ao delito objeto de absolvição pelo juízo incompetente, sem recurso do Ministério Público<sup>30</sup>.

Já se o tribunal estiver apreciando recurso exclusivo da acusação, poderá melhorar a situação do réu, mesmo que tenha que julgar *extra petita*, admitindo-se, portanto, a ***reformatio in melius***, ou seja, a reforma para melhor, mesmo em recurso específico da acusação, pedindo justamente o oposto.

No âmbito do tribunal do júri, a vedação à ***reformatio in pejus*** indireta tem também ampla aplicação, independentemente dos jurados integrantes do segundo júri reconhecerem as mesmas circunstâncias do primeiro julgamento ou nova circunstância prejudicial ao acusado. A pena não poderá ser majorada no segundo julgado se o recurso tenha sido unicamente do réu. Preserva-se, com esse proceder, outros postulados

fundantes do processo penal, desde a soberania dos veredictos ao devido processo legal, permeado pelas cláusulas do contraditório e da ampla defesa<sup>31</sup>.

VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA E ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	
↓	
Tribunal do júri – Primeiro julgamento	
Jurados não reconhecem qualificadoras. Crime de homicídio simples.	Pena aplicada pelo magistrado – 6 anos.
↓	
Recurso exclusivo da defesa	
Acusação não recorre.	Tribunal anula o primeiro julgamento.
↓	
Tribunal do júri – Segundo julgamento	
Jurados reconhecem uma qualificadora. Crime de homicídio qualificado.	Magistrado está limitado à pena de 6 anos imposta no primeiro julgamento.

#### 4.7. Princípio da conversão

Se a parte interpuser um recurso para órgão jurisdicional incompetente para conhecê-lo, este deverá remeter o processo ao que detenha competência recursal<sup>32</sup>. Converte-se o julgamento em diligência para que o recurso seja examinado pelo juízo competente.

A parte não será prejudicada pelo endereçamento errado do recurso, cabendo ao tribunal incompetente para o qual o recurso foi endereçado remeter os autos ao órgão competente para apreciá-lo.

#### 4.8. Princípio da complementariedade dos recursos

É possível que haja integração do recurso já interposto toda vez que a decisão recorrida for modificada supervenientemente, tanto em razão de correção de erro material, como de provimento de outro recurso, em virtude do exercício de retratação pelo juiz.

Nas hipóteses em que o juiz alterar a decisão, exercendo juízo de retratação ou retificando erro material, de forma que repercuta nos fundamentos do recurso que já tinha sido interposto, deve haver a renovação do prazo recursal para a interposição

29. STF – Tribunal Pleno – ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, Rel. Min. Luiz Fux – J. 24/08/2023.

30. STJ – Sexta Turma – REsp 1602393/SP – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – DJe 24 ago. 2017.

31. STF – Segunda Turma – HC 165376 – Rel. Min. Cármen Lúcia – publicado em 26 jun. 2019.

32. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 499.

de novo recurso, adequado às modificações operadas na decisão alterada. A nova impugnação é autorizada se a matéria recorrida tiver sido objeto de modificação no julgado<sup>33</sup>.

Imaginemos que as partes tenham sido intimadas da sentença e a defesa apresentou, de pronto, apelação, ao passo em que o MP apresentou embargos declaratórios, visando ao suprimento da omissão do julgado. Ocorrendo a alteração da sentença em face do julgamento dos embargos declaratórios, deve a defesa ser admitida a complementar o recurso que já tinha sido apresentado, adaptando-o à nova realidade, após a apreciação dos embargos.

#### 4.9. Princípio da complementariedade ou da suplementação dos recursos

Existe a possibilidade de ser renovada a iniciativa recursal já manifestada, quando contra a decisão for cabível mais de um recurso.

A aplicação do princípio em tela é uma exceção, seja diante do princípio da unirrecorribilidade, seja em face do fenômeno preclusivo que se opera. Isso porque depois de ofertado recurso por uma das partes contra uma decisão desfavorável a ela, haverá a preclusão consumativa tendente a impedir o novo exercício da faculdade processual recursal validamente exercida antes.

O princípio da complementariedade incidirá excepcionalmente “quando, para a aludida decisão, for cabível mais de uma modalidade recursal”, tal como ocorria, no júri, com o cabimento de “apelação, em relação a um crime” e do revogado “protesto por novo júri”, relativamente a outro delito<sup>34</sup>.

#### 4.10. Princípio da variabilidade dos recursos

Sustentado por corrente minoritária, consiste na possibilidade do interessado, enquanto estiver em andamento o prazo recursal, interpor mais de um recurso contra a mesma decisão. A variabilidade dos recursos tem o propósito de autorizar que o recorrente amplie os limites de seu primeiro recurso, com a interposição de outra impugnação para, por exemplo, abranger outros pontos da decisão recorrida.

Entendemos, todavia, que tal princípio não deve ser aplicado no âmbito do processo penal. Isso porque pensamos que, uma vez interposto o recurso pela parte sucumbente, especialmente quando delimitada a sua abrangência pela petição

recursal, ocorrerá preclusão consumativa, constitutiva de óbice à admissibilidade de recurso ulterior daquele sujeito processual interessado.

No sentido por nós sustentado, Elmir Duclerc obtempera que a regra da variabilidade é de aplicação duvidosa na seara do nosso sistema recursal e que teria lastro, segundo alguns autores, na norma do antigo art. 809 do CPC de 1939, que, contudo, não foi reproduzida no texto atual e muito menos no CPP<sup>35</sup>.

Em direção diversa, Grinover, Scarance e Gomes Filho explicam que o princípio da variabilidade significa que a interposição de um recurso não liga o recorrente ao fundamento da petição de impugnação.

Isso significa dizer que, segundo essa concepção, é possível a interposição sucessiva do mesmo recurso, quando respeitado o prazo legal. Nesses termos, defendem que não se aplica a regra da preclusão consumativa, ainda que o recorrente tenha avivado na petição de interposição do recurso a sua respectiva abrangência para a apresentação de razões. Como exemplo, apontam o caso de uma mesma decisão ser impugnada por mais de um fundamento, através de recurso de mesma espécie<sup>36</sup>.

Veja-se que se distinguem os princípios da variabilidade (mesmo recurso, manejado pelo mesmo recorrente, contra uma mesma decisão, dentro do mesmo prazo), da complementariedade (manejo do mesmo recurso em razão da devolução do prazo recursal, diante de alteração superveniente da decisão) e da complementariedade (possibilidade de interposição de recurso diverso contra a mesma decisão já impugnada anteriormente pelo mesmo recorrente).

Note-se, ainda, que não é hipótese de aplicação do princípio da variabilidade dos recursos quando as interposições sucessivas de um mesmo recurso ocorrem dentro do prazo recursal, embora feitas por legitimados recursais diversos, ainda que em favor do mesmo réu. A título de exemplo temos a possibilidade de interposição autônoma de apelação por um motivo pelo advogado do acusado e por outro fundamento pelo próprio acusado, nos casos de conflito de interesse recursal entre defesa técnica e autodefesa.

33. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 780.

34. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 780-781.

35. DUCLERC, Elmir. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 582.

36. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 33-34.

#### 4.11. Princípio da dialeticidade dos recursos

O recorrente deve expor os fundamentos de sua irresignação, evidenciando os motivos pelos quais pretende ver reexaminada a decisão, viabilizando o contraditório recursal (razões e contrarrazões).

A motivação dos recursos nem sempre é obrigatória no processo penal para que o recurso seja conhecido, especialmente quando a impugnação se dirige à decisão de juiz singular. Desse modo, o Código prevê, por exemplo, a subida de apelação sem as razões recursais, quando permite a sua apresentação na instância *ad quem* (tribunal), nos termos do § 4º, do art. 600, do CPP. Já no que se refere ao recurso em sentido estrito, o mesmo Código admite que ele suba com ou sem resposta, isto é, com ou sem contrarrazões (não sem razões!), a teor do *caput*, do seu art. 589.

Embora tolerada pela jurisprudência e sufragada pela legislação a apreciação de recursos sem razões, quando para tanto tenha sido intimado o recorrente, e o tribunal haja apreciado adequadamente o recurso, entendemos, com Frederico Marques, que “a motivação deve ser requisito essencial do recurso, por tratar-se de pressuposto indispensável para a sua admissibilidade”<sup>37</sup>.

De tal maneira, apresentado o recurso de forma leiga pelo acusado, é indispensável a intimação de seu advogado constituído ou defensor para arrazoá-lo. Caso haja conflito entre autodefesa e defesa técnica, deve o magistrado oportunizar a constituição de novo advogado pelo réu, assinando prazo, após o que deve nomear defensor dativo, se não for o caso de assistência pela Defensoria Pública.<sup>38</sup>

**Observação:** a disponibilidade não é característica ou princípio recursal porquanto não tem aplicação em toda e qualquer hipótese, já que ao Ministério Público não é permitido desistir do recurso já interposto, como decorrência da regra da obrigatoriedade de sua atuação (art. 576, CPP). Assim, só tem aplicação a disponibilidade nos recursos manejados pelo querelante em sede de ação penal privada. No que concerne ao recurso do imputado, é possível se debater sobre ofensa à ampla defesa, se a desistência de recurso pelo defensor surpreender o acusado, deixando-o indefeso. Poderá, portanto, ser situação suficiente à **invalidação** do processo desde o momento da violação ao direito fundamental, diante da **nulidade absoluta** em razão da desistência recursal, quando o réu se opuser à conduta do defensor.

#### 4.12. Princípio da intranscendência ou da personalidade

É princípio de exclusiva aplicação ao recurso manejado pela parte acusadora.

Em certa medida, é deduzido de ideia análoga ao princípio da intranscendência da ação penal, que dita que a demanda promovida contra um réu não deve ultrapassar a sua pessoa para incidir efeitos em sujeito diverso. No recurso que estende a pretensão punitiva estatal, a parte acusadora deve especificar o que pretende e contra quem pretende a providência exasperadora.

Tratando-se de mais de um acusado, o pleito recursal deve identificar cada um deles, em relação aos quais deseja a reforma da decisão ou da sentença. Se o pedido recursal se restringir a um único agente, ainda que relativamente a fato cometido em coautoria, resta vedado ao tribunal ampliar seu objeto para fazer alcançar o pedido recursal em desfavor do réu ou recorrido contra quem a parte autor ou recorrente não se insurgiu expressamente.

O órgão *ad quem* só pode apreciar a matéria não impugnada nas hipóteses de reexame de ofício.

Por outro lado, é inconcebível admitir, em processo penal, resultados distintos para acusados incursos em idêntica situação de fato. Por exemplo, da decisão absolutória por furto qualificado por ter sido cometido por dois agentes, o Ministério Público apresenta apelação contra apenas a condenação de um dos réus. A incompatibilidade deve-se resolver em favor dos imputados, confirmando-se a absolvição para ambos, diante da insuficiência de fundamentação do recurso ministerial. Trata-se de faceta que decorre do efeito extensivo dos recursos, gizado no art. 580, do CPP, dispondo que no caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

Guilherme Madeira Dezem explica a intranscendência sob a denominação de “**princípio da personalidade dos recursos**”, pontuando que “recursos só podem beneficiar a parte que recorreu”, bem como que ele é “complementado pelo princípio da *non reformatio in pejus*, que impede a piora da situação do acusado se não houve recurso da acusação”. De outro prisma, o jurista opõe à personalidade recursal, o “princípio do benefício comum”, que, a sua vez, não é admitido pelo CPP para piorar a situação do imputado, porque finda por permitir a *reformatio in pejus* sob o argumento de

37. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*: volume IV. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 232.

38. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERREIRAS, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 38.

que “o que é levado ao conhecimento do Tribunal é a matéria” e, de tal modo, “este poderá decidir contra ou a favor da parte que recorreu”<sup>39</sup>.

#### 4.13. Princípio da colegialidade recursal

É outorgada ao recorrente para que a matéria recorrida seja objeto de apreciação por órgão colegiado, integrado por mais de um julgador.

Esse princípio não é ofendido pela possibilidade de julgamento de um recurso de forma monocrática, por membro de tribunal, relator, haja vista que, das decisões monocráticas, pode a parte sucumbente pleitear, por simples agravo, o julgamento pelo órgão fracionário, colegiado, que competir o exame do assunto.

O afastamento da colegialidade pela possibilidade de julgamento monocrático é tão somente aparente. Tal fica mais evidente quando se vê que as matérias julgadas por um só membro do

tribunal, em regra, já foram objeto de julgamento colegiado anterior. Sem embargo, esse princípio não é absoluto, pois alguns recursos não ensejam a possibilidade de exame colegiado, a exemplo do julgamento dos embargos de declaração opostos contra sentença de juiz singular.

Ademais, a colegialidade decorre do princípio do duplo grau de jurisdição, eis que possibilita a reavaliação do caso por um corpo de juízes. O Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Decreto n.º 678/1992, ampara sua existência em seu art. 8, item “2”, alínea “h”.

Vale destacar que o princípio da colegialidade recursal não é encontrado no julgamento de primeira instância dos crimes dolosos contra a vida, de competência do tribunal do júri. O júri não examina recurso, porém julga os fatos concernentes a sua competência para apreciar os crimes dolosos contra a vida. De tal modo, a colegialidade do júri, restrita aos sete jurados que formam a composição do conselho de sentença, e que não se estende ao juiz-presidente, não se confunde com a colegialidade dos recursos.

39. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: RT, 2015. p. 852-853.

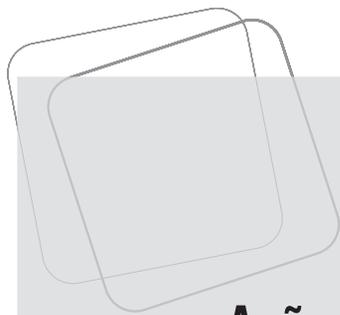


#### 5. IMPEDIMENTOS RECURSAIS

Alguns fatores podem obstar o recebimento ou a tramitação regular do recurso. São obstáculos à admissibilidade ou ao processamento, traduzindo-se em verdadeiros impedimentos. Esses impedimentos consistem em fatos alheios aos pressupostos de

admissibilidade que obstem que o recurso seja processado ou conhecido, a exemplo da **desistência**, da **renúncia** e da **deserção**<sup>40</sup>.

40. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e de execução penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 807.



# Título XVII

## Ações Autônomas de Impugnação

### 1. INTRODUÇÃO

Ações autônomas de impugnação são formas previstas no ordenamento jurídico para interferir em prestação jurisdicional emanada de demanda processual penal distinta ou para atacar situação fática que afete ou possa afetar a liberdade de locomoção garantida constitucionalmente ou outros direitos atinentes à matéria criminal.

As ações de impugnação podem ter o objetivo de rever decisão criminal condenatória transitada em julgado ou de servir de sucedâneo recursal nas hipóteses onde for inexistente recurso específico, para o reexame de decisão judicial que cause grave a uma das partes do processo penal ou para tomada de outras medidas de controle.

O *habeas corpus*, o mandado de segurança e a revisão criminal são as ações autônomas de impugnação geralmente estudadas pela doutrina neste tópico. Elas têm fundamento constitucional, ao lado de regramento descrito na legislação. Inserimos neste título, o estudo de outras providências de natureza não recursal, notadamente a correição parcial – cuja natureza é disciplinar –, a reclamação constitucional – supedaneada na Constituição – e do incidente de resolução de demandas repetitivas – fundado no CPC.

Deixamos o título anterior para o estudo de providências unicamente recursais, enquanto este dedicado a providências que não se confundem com os recursos. A distinção tem a importância de afastar, por exemplo, a aplicação de princípios recursais a institutos que não se acomodem à noção de recurso. Além dessa relevância, algumas demandas penais podem ter prioridade de julgamento relativamente a outros recursos, como acontece com a ação de *habeas corpus*.

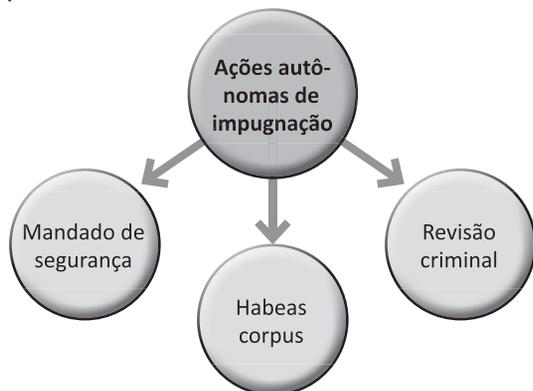
É verdade, porém, que há previsão de prioridade para ações penais condenatórias por crimes hediondos, na forma do art. 394-A, do CPP, o que poderia levar à conclusão de que os recursos interpostos durante o seu curso também teriam prioridade de julgamento. No entanto, as ações que efetivam com maior eficácia o direito de liberdade devem ter maior prioridade diante daquelas.

De todo modo, compreendemos as regras de direito processual penal como destinadas à proteção ao direito de liberdade. Cuida-se de direito de primeira geração, que colima conter o abuso do poder estatal. A prioridade, sob esse ponto de vista, ainda que referente à demanda condenatória, não pode significar atropelo do devido processo legal para à satisfação punitiva.

Veremos que as ações autônomas de impugnação têm espaço quando inexistente recurso específico. No Código de Processo Penal, as possibilidades recursais são deferidas, em maior número, à acusação. Sob essa lente, o Ministério Público se agiganta, com ampla possibilidade, por exemplo, de interpor recurso em sentido estrito (art. 581, do CPP). Ao réu, são deferidas as ações impugnativas, notadamente o *habeas corpus*, ao lado de menores chances de manejar aquele recurso.

Como lembra Alexandre Morais da Rosa, essa característica retrata que “o CPP é de inspiração autoritária e a inexistência expressa de recursos em favor da defesa demanda interpretação a partir da convencionalidade, abrindo espaço para a interposição de ações autônomas na via integrativa. Entretanto, a posição majoritária é pela taxatividade, exigindo que os jogadores tentem o

uso do mandado de segurança do *habeas corpus* como mecanismos de ataque de provimentos jurisdicionais”<sup>1</sup>.



## 2. AÇÃO DE HABEAS CORPUS

O *habeas corpus* é uma ação autônoma de impugnação, de índole constitucional.

Desde sua gênese, a ação de *habeas corpus* tem sido “o meio de garantir a liberdade ambulatoria, direito individual básico de que goza a pessoa”. O direito à liberdade é pressuposto para o exercício de vários outros direitos. Caso não seja assegurado, “torna-se ilusório o exercício dos demais”. Com essas palavras, Júlio Maier acrescenta que essa garantia é “uma síntese que contém virtualmente toda a afirmação da personalidade humana frente aos possíveis avanços do arbítrio do poder público”<sup>2</sup>.

De outro prisma, José Henrique Pierangelli noticia que o *habeas corpus* é, tradicionalmente, “pretensão, ação e remédio”, pois “como pretensão, ele surge no Código Criminal do Império; como ação e remédio, aparece com o Código do Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832”<sup>3</sup>.

Dirley da Cunha Júnior lembra que o *habeas corpus* é “uma ação constitucional de natureza penal destinada especificamente à proteção da liberdade de locomoção quando ameaçada ou violada por ilegalidade ou abuso do poder”. Sua origem no Brasil está no Código de Processo Criminal de 1832, vindo a ter assento constitucional com a Constituição de 1891, que o previa “em termos amplos, circunstância que originou a famosa e

sempre lembrada doutrina brasileira do *habeas corpus* liderada por Ruy Barbosa, que o entendia como ação destinada a proteger qualquer direito”<sup>4</sup>.

Conquanto outras origens da ação de *habeas corpus* sejam verificadas em outros ordenamentos jurídicos, a mais lembrada é a do “Capítulo XXIV da Magna Carta, que, por pressão dos barões, foi outorgada pelo Rei João sem Terra em 19 de junho de 1215 nos campos de Runnymede”. Este é o antecedente remoto mais identificado com o atual *habeas corpus*. No entanto, há quem indique outras fontes, em especial no Direito Romano, que autorizava ao cidadão “reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada que se chamava *interdictum libero homine exhibendo*”, assim como na Espanha, em 1679, durante o império de Carlos II<sup>5</sup>.

A Constituição do Brasil de 1988 prevê o *habeas corpus* como garantia fundamental, afirmando que será ele concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII). Aliás, constatado abuso de autoridade é possível, se presentes tipicidade e elementos empíricos do fato, a deflagração de persecução penal, nos termos da Lei n.º 13.869/2019.

A garantia do *habeas corpus* está, portanto, ligada a uma outra garantia, que é a de liberdade de locomoção.

É a Constituição Federal que dispõe que é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (art. 5º, XV, CF). No plano infraconstitucional, o Código de Processo Penal preconiza, em seu art. 647, que o *habeas corpus* será dado “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”.

A noção literal de *habeas corpus* indica a sua essência, significando “corpo livre, corpo solto, corpo aberto”<sup>6</sup>, ou ainda “tome o corpo, isto é, tome a pessoa presa e a apresente ao juiz, para julgamento do caso”, sendo “entendida a expressão também como a própria ‘ordem de libertação’”<sup>7</sup>. Em compasso

1. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019. p.839.  
 2. MAIER, Júlio. *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal: análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires: Lerner, 1981. p. 169.  
 3. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983. p. 207.

4. CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 749-750.  
 5. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 708.  
 6. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 590.  
 7. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 709.

com a finalidade do remédio heroico, permeiam sua interpretação os princípios da **celeridade**, da **gratuidade** e da **informalidade**. Não é necessário que o impetrante seja advogado. Qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ajuizá-lo sem que precise seguir uma forma definida de recolher custas processuais.

## 2.1. Natureza jurídica

O *habeas corpus* é uma ação penal não condenatória. Sua eficácia pode ser mandamental, constitutiva ou declaratória.

Segundo Denilson Feitoza, o *habeas corpus* é uma demanda de conhecimento que pode visar a um provimento meramente declaratório – “reconhecimento da extinção da punibilidade (art. 648, VII, CPP)” –, constitutivo – “anulação da sentença ou do processo após o trânsito em julgado da sentença (art. 648, VI, CPP)” –, ou condenatório, hipótese em que, além da declaração da existência do direito à liberdade, também se condena nas custas a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, determinou a coação (art. 653, CPP)<sup>8</sup>.

Além de sua natureza de demanda protetiva da liberdade de locomoção, a praxe forense tem admitido o seu uso como sucedâneo recursal, ou seja, como uma forma de impugnar decisões que causam gravame à parte durante o trâmite de um outro processo, condenatório, cuja pena do delito prevista em abstrato seja privativa de liberdade. Se o delito não contiver previsão de pena privativa de liberdade, mas apenas de multa ou restritiva de direitos, a via manejável é o mandado de segurança. Da mesma forma, não será cabível o *habeas corpus* quando firmada, em sede de juizados especiais criminais, transação penal, alijando a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade<sup>9</sup>.

Vale dizer, o uso do *habeas corpus* pode ser apresentar como:

(1) ação sem relação com ato processual específico, mas para, estritamente, alijar a prisão ou a sua ameaça; ou

(2) sucedâneo recursal que se subdivide, a seu turno, em:

(a) substitutivo recursal, em função da maior utilidade do *writ* comparativamente a um recurso cabível; e

(b) na lição de Fábio Roque e Klaus Negri Costa, “via alternativa de ataque aos atos judiciais” (*collateral attack*), quando impetrado com o fito de

“obstar o curso de um inquérito policial (trancamento)” – arquivamento –, de “impedir que a ação seja iniciada” ou de “impugnar algum meio de prova”<sup>10</sup>.

Como sucedâneo recursal, a decisão proferida nos autos da ação *habeas corpus* produzirá efeito em processo condenatório. A regra é a de que ele tenha esse condão quando o processo penal condenatório não tenha se encerrado. Caso haja sentença condenatória, com trânsito em julgado, a via adequada é a revisão criminal. No entanto, em hipótese de *error in iudicando* ou *in procedendo* comprovado de plano por prova pré-constituída, o *habeas corpus* pode ser admitido e acolhido no mérito, máxime por ser dotado de rito mais célere que a revisão criminal, tendente a fazer cessar constrangimento ilegal.

Por fim, calha observar que o resultado da ação de *habeas corpus* é, preponderantemente, o de uma ordem judicial. Expede-se um alvará de soltura (quando se dirige contra a prisão ilegal de alguém) ou um salvo-conduto (quando é o caso de ameaça à liberdade de ir, vir ou ficar). Em tais casos, o remédio heroico e sua sentença têm natureza mandamental.

## 2.2. Cabimento

Toda ação, civil ou penal, tem uma causa de pedir (*causa petendi*). A ação de *habeas corpus* não foge à regra. Há uma causa de pedir próxima e uma causa de pedir remota, na esteira da **teoria da substanciação**, “centralizando o objeto do processo não sobre o direito ou sobre a relação jurídica, mas sobre o fato apresentado como seu fundamento (sobre o direito delimitado pelo fato deduzido)”<sup>11</sup>.

As garantias fundamentais devem ser compreendidas de maneira ampla. Havendo dúvida sobre o cabimento da *ação de habeas corpus*, deve ela ser admitida e apreciada. A lesão à liberdade de locomoção deve ser entendida como concretizada não só quando efetiva, mas também quando haja fundado receio de que ela venha a ocorrer.

A liberdade de locomoção deve ser assegurada até mesmo em perspectiva ou em tese, ou seja, a impetração do *habeas corpus* é admitida quando o inquérito ou o processo penal vise à apuração de

8. FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 1170.

9. STJ – Sexta Turma – HC 495.148-DF – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – DJe 03 out. 2019.

10. ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. *Processo penal didático*. Salvador: Juspodivm, 2018. p.1276; no mesmo sentido: LOPES JR, Aury. A moda é dar *habeas corpus*, mas só quando eu quiser. *Conjur: limite penal*. São Paulo, 22 ago. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-ago-22/moda-dar-habeas-corpus-oficio-quando-eu-quiser>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

11. JARDIM, Augusto Tanger. *A causa de pedir no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 74.

delito que tenha cominação em abstrato, dentre suas penas previstas, de privação de liberdade. O *habeas corpus* pode se dirigir contra prisão ilegal, contra ameaça de prisão e contra inquérito, procedimento criminal ou processo penal cuja conclusão possa resultar em pena privativa de liberdade.

A violação à liberdade de ir e vir deve, tanto, ser constatada de forma extensiva.

É nesse sentido que o Código de Processo Penal, em seu art. 648, explicita que a coação considerar-se-á ilegal, delineando casuisticamente os casos de cabimento do *habeas corpus*.

### 2.2.1. Falta de justa causa

Cabível a impetração em tela por falta de **justa causa** para a prisão ou para a persecução penal. Logo, esse conceito pode ser subdividido em:

(a) justa causa para a ordem proferida, da qual decorreu a coação contra alguém; e

(b) justa causa para a instauração de processo ou de investigação contra alguém<sup>12</sup>.

Na hipótese de **falta de justa causa para a ordem prisional** proferida, há relação direta com o art. 5º, LXI, CF/1988, que dispõe sobre a necessidade de ordem fundamentada para a realização da prisão, salvo em caso de flagrante delito. Deste modo, não haverá justa causa quando a coação exercida sobre a liberdade do indivíduo estiver desamparada legalmente ou sem motivação. O § 2º, do art. 315, do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 13.964/2019, elenca os casos em que se considera a decisão sem fundamentação, a exemplo daquela que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, bem como a que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

Quanto ao cabimento do *habeas corpus* por **falta de justa causa para a existência do processo ou investigação**, deve-se ressaltar que é ela o fundamento para o arquivamento prematuro de inquéritos e ações penais. Permite-se o truncamento da investigação preliminar quando o fato não constitui infração penal, quando não há indícios suficientes de autoria ou quando extinta a punibilidade do agente<sup>13</sup>. Da mesma forma, quando não subsista lastro probatório mínimo de sustentabilidade procedimental.

### 2.2.2. Excesso de prazo

Cabível o ajuizamento da ação de *habeas corpus* quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei. Verifica quando se escoa o prazo legal previsto para a prisão imposta, seja ela provisória, como a prisão temporária, seja ela definitiva, como a prisão pena.

Também é admissível quando os prazos para a conclusão do procedimento são descumpridos.

A ausência de prazo para prisão preventiva sempre foi um problema grave. Há notícia de pessoas presas anos a fio, sem a formação de culpa. A razoável duração do processo, capitulada dentre os direitos fundamentais (art. 5º, LXXVIII, CF), seguiu sendo letra morta ou, pontualmente, foi invocada para processar o acusado com urgência, com a supressão de direito ao devido processo legal.

O desvirtuamento às garantias fundamentais se tornou rotineiro sob esse aspecto. Na verdade, a garantia individual fundamental ao processo sem dilações é do imputado. É o acusado que tem direito a ser julgado no tempo devido. Como pontifica Aury Lopes Jr., a demora na prestação da jurisdição “constitui um dos mais antigos problemas da administração da justiça”, ao lado do “imensurável custo de uma prisão cautelar indevida ou excessivamente larga”. Contribui para esse cenário, a adoção da “doutrina do não prazo”, fazendo com que exista uma indefinição de critérios e conceitos<sup>14</sup>.

Aliás, os Tribunais têm relativizado a construção doutrinária segundo a qual o prazo a ser observado para o encerramento da instrução deveria corresponder à exata soma dos prazos previstos para cada etapa procedimental. Admite-se, assim, o alargamento da instrução, desde que respeitados o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/1988) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), como nos casos em que há complexidade<sup>15</sup>.

No entanto, com a edição da Lei n.º 13.964/2019, *legem habemus*. Como dita o parágrafo único, do art. 316, do CPP, decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada **noventa dias**, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. Como se depreende, na história do direito brasileiro, é um avanço significativo. Cuida-se de **controle obrigatório do prazo**

12. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 948.

13. STF – Segunda Turma – HC 165781 AgR – Rel. Min. Gilmar Mendes – publicado em 28 fev. 2019.

14. LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.1127.

15. STJ – Quinta Turma – HC 520.896/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik – DJe 19/12/2019.

da prisão preventiva que deve ter seus requisitos novamente aferidos a cada vez que se verificar o seu termo. Melhor seria estipular um prazo máximo, intransponível, embora tenhamos um texto progressista, se comparado no curso do tempo.

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.” (NR)

No entanto, em março de 2022, no julgamento das ADI's n.º 6.581 e 6.582, o STF fixou interpretação conforme a Constituição ao parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal para assentar os seguintes entendimentos:

A ausência da reavaliação da prisão preventiva no prazo de 90 dias não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente sempre ser acionado a rever a legalidade e a atualidade dos fundamentos da decisão;

A exigência da revisão nonagesimal aplica-se até o final dos processos de conhecimento, onde há o encerramento da cognição plena pelo Tribunal de segundo grau, não se aplicando às prisões cautelares decorrentes de sentença condenatória de segunda instância ainda não transitada em julgado;

A revisão periódica da prisão preventiva em 2º grau de jurisdição deve ficar sob a responsabilidade do relator, que tem a atribuição e a competência para o controle revisional tanto de suas próprias decisões quanto dos atos decisórios de 1ª instância; e

Encerrado o julgamento de 2ª instância e mantida a prisão cautelar, apesar de não caber mais a aplicação da revisão nonagesimal dos fundamentos jurídicos da preventiva, nada impede que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça analisem, por meio de *habeas corpus*, a ilegalidade da prisão ou da própria condenação.

### 2.2.3. Incompetência do órgão coator

A regra de competência é basilar para a validade dos atos emanados de um órgão. Tem repercussão penal, na medida que sua violação pode dar espaço à aplicação da Lei n.º 13.869/2019 que, dos seus artigos 9º ao 38, prevê crimes de **abuso de autoridade**.

Caberá *habeas corpus* se quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo. Essa exigência fundamental visa a impedir situações teratológicas, como a expedição de ordem de prisão por juiz cível em decorrência de processo em trâmite perante vara criminal.

Por outro lado, é indispensável que também seja competente o órgão que irá apreciar a impetração.

O **juiz das garantias** tem, por exemplo, competência para julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia, no modo descrito no inciso XII, do art. 3º-B, do CPP, com redação da Lei n.º 13.964/2019. Essa competência incide até o momento em que a autoridade coatora não detenha prerrogativa de função para ser julgada criminalmente perante um tribunal. Caso o impetrado seja o promotor de justiça, no exercício de sua função, competente para apreciar o *habeas corpus* é o órgão de segunda instância.

### 2.2.4. Cessação dos motivos da coação

Se cessado o motivo que autorizou a coação, também é cabível o *habeas corpus*. É a situação em que a decretação da prisão não caracterizava coação ilegal. Deixa de existir o fundamento autorizativo, a prisão legal se convola em ilegal. É o que acontece quando a prisão preventiva é decretada, por exemplo, por conveniência da instrução e esta se encerra.

### 2.2.5. Negativa Injustificada de prestação de fiança

Será admitido o *writ* quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei permite. A Constituição, aliás, é expressa, no seu art. 5º, inciso LXVI, ao dizer que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Nesses casos, embora o objetivo mediato da impetração seja a liberdade do indivíduo, o objetivo imediato é o arbitramento da fiança, conforme § 3º do art. 660, CPP, que dispõe que se a ilegalidade decorrer do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, o juiz arbitrará o valor desta, que poderá ser prestada perante ele, remetendo, neste caso, à autoridade os respectivos autos, para serem anexados aos do inquérito policial ou aos do processo judicial.

### 2.2.6. Processo manifestamente nulo

O inciso VI, do art. 648, do CPP, fala no cabimento do *habeas corpus* quando o “processo for manifestamente nulo”. Como estudamos, a nulidade

necessita ser reconhecida, por juiz ou tribunal. Até esse momento, há vício processual. Reconhecida a nulidade, deverá seguir a invalidação do ato. No caso do processo penal viciado, fala-se em trancamento, que significa extinção sem resolução do mérito.

A força da decisão proferida nos autos do *habeas corpus* é constitutiva negativa, nulificadora, diante do processo manifestamente viciado. Nessa hipótese, o *writ* não tem como pedido imediato a liberdade do paciente, mas a anulação, a **invalidação** do processo. Desde que a nulidade seja flagrante, absoluta, a impetração pode ser feita até mesmo para desconstituir sentença condenatória transitada em julgado, funcionando como sucedâneo da revisão criminal. Rigorosamente falando, ocorrerá **rescindibilidade**.

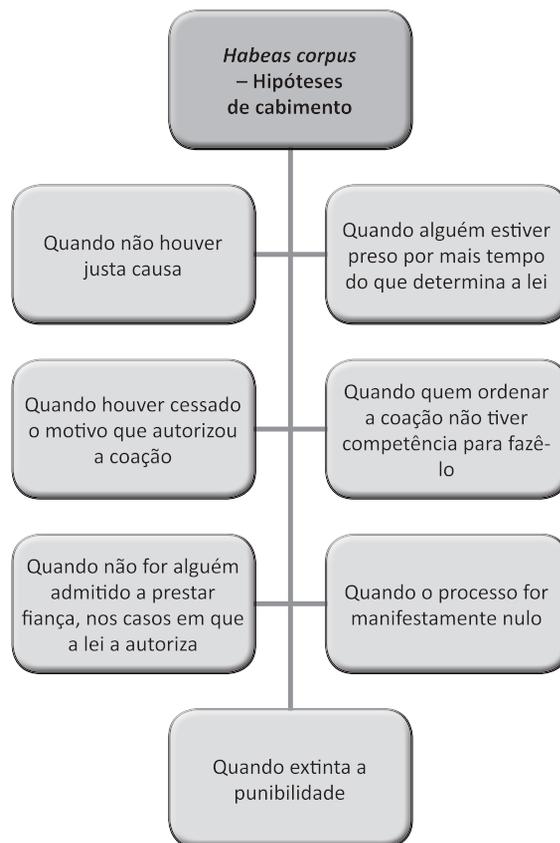
No ponto, importante lembrar que o art. 652, do CPP, reza que se o *habeas corpus* for concedido em virtude de nulidade do processo, este será **renovado**. Porém, a admissibilidade de reabertura da persecução penal, depois de findo um primeiro processo contra o acusado, importa violação ao **princípio *ne bis in idem***<sup>16</sup>, vedado pelo ordenamento jurídico.

### 2.2.7. Extinção da punibilidade

Está extinta a punibilidade quando o direito de punir do Estado não mais subsiste. Aliás, nos termos do verbete n.º 695, da súmula do STF, “não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade”, que é uma das formas pela qual se manifesta a extinção da punibilidade do agente, máxime diante do cumprimento integral da pena.

Apesar do enunciado sumular, deve-se pontuar, como faz Guilherme de Souza Nucci, que a simples extinção da pena privativa de liberdade não afasta completamente a possibilidade de interposição de *habeas corpus*, o que poderia ocorrer, por exemplo, se embora com a punibilidade extinta, o indivíduo não tivesse sido efetivamente solto pela autoridade pública<sup>17</sup>.

Além das hipóteses legais que conferem maior amplitude a essa ação constitucional, é também cabível *habeas corpus* para impugnar medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP), segundo declarou o Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup>, quando ameaçada de lesão, em tese, a liberdade de locomoção.



### 2.2.8. Outras hipóteses de cabimento

Releva ainda sublinhar que não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública, eis que não se cuida de sanção privativa da liberdade do acusado, consoante enunciado n.º 694, da Súmula, do STF. Faltaria ao impetrante o necessário interesse de agir, em virtude da inadequação da via eleita para o fim desejado de nulificar o ato administrativo de exclusão ou de perda da patente.

Restringindo o alcance da ação heroica, impetrada em defesa de pretensão cível, a Quarta Turma do STJ declarou o seu cabimento para impugnar decisão que determinou retenção de passaporte”, porém negou seu manejo contra a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação<sup>19</sup>.

De outro ponto, retrata ausência de carência de agir a previsão hipotética consignada no verbete n.º 692, da Súmula, do STF, ao estabelecer que não se conhece de *habeas corpus* contra omissão

16. SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. *Ne bis in idem*: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 282.

17. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 950.

18. STF – Segunda Turma – HC 147.426/AP; HC 147.303/AP – Rel. Min. Gilmar Mendes – julgados em 18 dez. 2017.

19. Noticiado no Informativo 631, de 14.9.2018, do STJ (Quarta Turma – RHC 97.876-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 05/06/2018, DJe 09/08/2018).

de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi provocado a respeito.

Como se infere, esse enunciado indica que o cabimento do *habeas corpus* está atrelado à necessidade de prova pré-constituída, cuja apresentação é ônus do impetrante perante o relator do processo de extradição. Na senda restritiva, para a caracterização do interesse de agir enquanto condição da ação do *writ*, há quem entenda pela necessidade de que a pretensão nesta demanda deduzida tenha sido antes levada ao conhecimento do relator do processo que se esteja questionando, com o fito de obtenção de sua extinção sem resolução do mérito, isto é, seu trancamento.

O Plenário do STF entendeu que a superveniência de sentença condenatória que mantém a prisão preventiva, prejudica a análise do *habeas corpus* que havia sido impetrado contra o título originário da custódia<sup>20</sup>. Entretanto, é de ver que o tribunal tem o poder de conceder *habeas corpus* de ofício em hipótese como essa, mormente quando é possível orientar a interpretação de forma a dar maior eficácia ao direito fundamental. Naturalmente, para a concessão do *writ ex officio*, a teor do § 2º, do art. 654, do CPP, será exigível a presença de elementos que possibilitem o conhecimento da ilicitude da prisão<sup>21</sup>.

### 2.3. Causa de pedir e coisa julgada

A causa de pedir delimita a resposta jurisdicional requestada pela parte. A **causa de pedir remota** é o detalhamento do ato que viola ou ameaça à liberdade de locomoção, espelhada na narração fática da petição inicial, que deu origem à pretensão<sup>22</sup>. A **causa de pedir próxima** é a norma jurídica construída em face da compreensão da relação jurídica de direito material do caso concreto, mormente a partir do enunciado do art. 5º, XV e LXVIII, da Constituição do Brasil, retratada nos fundamentos jurídicos do pedido de cessação de ameaça ou lesão à liberdade de locomoção.

Em poucas palavras, a causa de pedir do *habeas corpus* é a descrição da violação ou da ameaça de lesão à liberdade de ir e vir do indivíduo tutelada pelo ordenamento jurídico. O impetrante deve narrar não só os fundamentos jurídicos (o cerne

que fere a liberdade de locomoção do paciente e que encontra respaldo no dispositivo da Constituição: a **causa de pedir próxima**), mas também os elementos fáticos que o circundam (fundamentos de fato: a **causa de pedir remota**).

Esse aspecto tem importância para a definição dos **limites da coisa julgada da ação heroica**. Se houver não coincidência integral tanto em relação aos fundamentos fáticos, quanto aos jurídicos, será sempre possível a renovação do *habeas corpus* perante a mesma instância, eis que os efeitos da coisa julgada não se estenderiam aqui ao ponto de obstar essa possibilidade<sup>23</sup>. Se as ações se identificarem e se decorrido prazo para o recurso, a solução é a propositura de *writ* substitutivo na instância superior (como sucedâneo recursal).

Em outros termos, modificado os aspectos que circundam o núcleo da demanda, com modificação dos fundamentos de fato, a ação de *habeas corpus* pode ser renovada na instância originária. A coisa julgada fraca dessa ação constitucional permite que seja novamente impetrada, com a incidência da **teoria da substanciação** da causa de pedir. Não se aplica ao *writ* a **teoria da individualização**, segundo a qual a ação deve ser formada pela *causa petendi* próxima, isto é, só pelos fundamentos de direito, tornando irrelevantes a diferença de fatos para afastar a coisa julgada material.

Como se pode inferir, a extensão a força da coisa julgada é menor se adotada a **teoria da substanciação**: alterados aspectos circunstanciais, haverá possibilidade de nova demanda sem incidência de coisa julgada. A **teoria da individualização** é incompatível com o *habeas corpus* porque nela incide o princípio da eventualidade, que atribui à parte o ônus de alegar tudo o que for possível sob pena de se reputar deduzido em juízo todos os fatos. Segundo a teoria da individualização, a formação da coisa julgada recai sobre o direito, pouco interessando os aspectos fáticos circundantes à relação jurídica material concernente à liberdade. Nela, a coisa julgada ganha âmbito muito vasto e forte, o que conferiria interpretação demasiadamente restrita ao direito individual de liberdade.<sup>24</sup>

20. STF – Plenário – HC 143333/PR – Rel. Min. Edson Fachin – julgado em 11 e 12/4/2018.

21. STF – Rcl 24.506/SP – Rel. Min. Dias Toffoli – Informativo n.º 913, Transcrições, de 27-31.8.2018.

22. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. Recife: Nossa Livraria, 2004. v.2. p. 39-40.

23. JARDIM, Augusto Tanger. *A causa de pedir no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 74.

24. JARDIM, Augusto Tanger. *A causa de pedir no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 77.