

OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO NO PROCESSO PENAL APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N. 13.105/2015

The Special and Extraordinary Appeals in the Criminal Procedure after Law 13.105/2015

23 a 25
AGOSTO

www.
univali.br/
eventos

Univali
Campus Itajaí
Teatro:
Adelaide Konder

Flávio Schlickmann¹

Rafaela Borgo Koch Schlickmann²

Sumário: Introdução. 1. Considerações sobre Processo Penal. 2. Breve esforço teórico acerca do conceito de Recurso. 2.1 Da voluntariedade dos Recursos e dos efeitos recursais. 3. Da contagem de prazo no Processo Penal brasileiro. 4. Dos Recursos Especial e Extraordinário na lei n. 8.038/90 e sua aplicação no Processo Penal brasileiro. 4.1 Os efeitos da interposição dos Recursos Especial e Extraordinário em matéria penal conforme a Lei n. 8.038/90. 4.2 Apontamentos sobre os Recursos Especial e Extraordinário no Novo Código de Processo Civil. 4.2.1 A aplicação das disposições do Novo Código de Processo Civil nas questões relativas a Recurso Especial e Extraordinário em matéria penal. Considerações finais. Referência das fontes citadas.

Resumo: A presente pesquisa teve como objetivo geral estudar os Recursos Especial e Extraordinário no Processo Penal após a vigência do Novo Código de Processo Civil. Para tanto, como objetivos específicos buscou-se discutir a definição de Recurso, bem como seus efeitos, estudando, outrossim, as conseqüências que as alterações trazidas pela Lei n. 13.105/2015 referentes aos recursos de natureza extraordinária acarretaram ao Processo Penal, uma vez que o Código de Processo Civil de 2015 revogou as disposições relativas ao processamento dos Recursos Especial e Extraordinário da Lei n. 8.038/90 e fez previsão expressa de novo processamento para esses recursos. Para o desenvolvimento deste artigo científico, a Metodologia empregada foi a base lógica indutiva, que se realizou por meio da pesquisa bibliográfica, sendo utilizadas ainda as técnicas do referente, da categoria e do conceito operacional.

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI nas cadeiras de Direito Penal (Parte Geral), Direito Processual Penal, Núcleo de Prática Jurídica (Direito Penal), Estágios Especializantes (Penal). Advogado. E-mail: schlickmann@univali.br.

² Doutoranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Professora da Graduação nos cursos de Direito e de Gastronomia na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. E-mail: rafaelabkoch@univali.br.

Palavras-chave: Recurso Especial. Recurso Extraordinário. Processo Penal. Lei n. 8.038/90. Novo Código de Processo Civil.

Abstract: This research aims to study the Special and Extraordinary Appeals in the Criminal Procedure after the New Code of Civil Procedure. For this purpose, the specific objectives were to discuss the definition of Appeal as well as its effects, also studying the consequences that the changes brought by Law n. 13.105/2015 regarding extraordinary appeals resulted in the Criminal Procedure, since the Code of Civil Procedure of 2015 changed the predictions regarding the processing of the Special and Extraordinary Appeals of Law n. 8.038/90 and has made express predictions for further processing for these appeals. For the development of this scientific article, the Methodology employed was the logical inductive basis, which was carried out through bibliographical research, using the referent, category and operational concept techniques.

Keywords: Special Appeal. Extraordinary Appeal. Criminal Procedure. Law 8.038/90. New Code of Civil Procedure.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo central estudar os Recursos Especial e Extraordinário no Processo Penal após a vigência da Lei n. 13.105/2015, trabalhando, como objetivos específicos, a análise dos Recursos na sistemática processual brasileira, o estudo acerca dos Recursos de natureza extraordinária e suas alterações com o advento do Novo Código de Processo Civil, cujas mudanças refletiram sobremaneira na operacionalização de tais Recursos na esfera penal.

Para tanto, Inicialmente a pesquisa tece considerações sobre o Processo Penal, apresentando também a definição de Recurso. Estudam-se, ainda, a voluntariedade e efeitos dos Recursos, elucidando-se a contagem de prazos no Processo Penal brasileiro. Analisa-se, por conseguinte, Recurso Especial e Extraordinário na lei n. 8.038/90 e sua aplicação no Processo Penal brasileiro.

Abordam-se, outrossim, alguns apontamentos acerca do referidos Recursos no Novo Código de Processo Civil, de modo que o estudo se volta à análise da aplicação das disposições da Lei 13.105/2015 no que tange aos Recursos Especial e Extraordinário em matéria penal.

O problema central abordado na presente pesquisa provocou os seguintes questionamentos: É possível utilizar-se das novas disposições referentes ao processamento dos Recursos Especial e Extraordinário nas questões de matéria penal? Até que ponto o Novo Código de Processo Civil pode ser aplicado, por analogia, nas questões de matéria penal?

Nas diversas fases deste artigo, empregou-se o método indutivo à pesquisa desenvolvida, sendo operacionalizado através das técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica dos conceitos operacionais.

1. Considerações sobre Processo Penal

Inicialmente, cumpre destacar que, para os fins do presente artigo, a expressão Processo Penal denota o mesmo sentido que a expressão Direito Processual Penal, que, como ensina Bonfim³, “é o instrumento do Estado para o exercício da jurisdição em matéria penal”. Desta forma, o Processo Penal é o meio pelo qual o Estado exerce sua jurisdição quanto à matéria penal.

Para Greco Filho⁴, o Processo Penal “é o ramo do direito público que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição”; além disso, é o sistema que determina as regras para o exercício da ação e o processo em matéria penal.

Nas palavras de Nucci⁵, Processo Penal é uma estrutura de regras jurídicas, que tem por finalidade estabelecer a forma e os meios com que a punição será aplicada pelo Estado.

Ensina Capez⁶ que “é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal”. Já para Bonfim⁷, “é ramo do direito público que se ocupa da forma e do modo pelos quais os órgãos estatais encarregados da administração da justiça concretizam a pretensão punitiva”.

³ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45.

⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 115.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 250.

⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 47.

⁷ BONFIM, Edilson Mougnot, **Curso de processo penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45.

Conforme elucida Marcão⁸, o Processo Penal possui fontes, que são diferenciadas entre materiais ou formais. As fontes materiais são aquelas que criam a regra jurídica; as formais, por sua vez, dizem respeito às maneiras de expressão da norma jurídica positiva.

Capez⁹ complementa que constituem as fontes “postulados gerais que se fundam em premissas éticas extraídas do material legislativo. São axiomas fundamentais ou generalíssimos, que conferem fisionomia, unidade e validade a todo um sistema jurídico.”

Portanto, para os fins deste artigo, o Processo Penal pode ser entendido como um sinônimo de Direito Processual Penal, consistindo no ramo do Direito que se ocupa da aplicação da norma penal incriminadora aos casos concretos.

2. Breve esforço teórico acerca do conceito de Recurso

Na sistemática processual brasileira, Recurso apresenta uma acepção restrita, voltada à configuração de um “meio ou remédio impugnativo apto a provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior”, visando a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração.¹⁰

Didier Jr. e Cunha¹¹ destacam que o direito de recorrer é potestativo, uma vez que produz a instauração de procedimento recursal e todas as situações jurídicas que dele decorrem.

Depreende-se, pois, que Recurso pode ser entendido como um meio processual em que a parte busca a modificação de uma decisão judicial através da utilização do duplo grau de jurisdição.

Neste exato sentido, Lopes Jr.¹², afirma que “o conceito de recurso vincula-se à ideia de ser um meio processual através do qual a parte que sofreu o gravame solicita a modificação”, seja esta modificação total ou parcial.

Destaca-se, ademais, que referida mudança no teor da decisão pode corresponder a uma anulação da decisão judicial. Na sistemática processualística brasileira, o que não se pode admitir é tratar como Recurso os chamados reexames necessários, que estão previstos no artigo 574 do Código

⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 78.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 96.

de Processo Penal.¹³

Para Capez¹⁴, recurso consiste no reexame jurisdicional da matéria discutida ao longo do processo, buscando-se, assim, uma nova apreciação da sentença, ou determinada situação processual, tendo como finalidade corrigi-las, modificá-las ou ratificá-las.

No mesmo sentido é o conceito proposto por Nucci¹⁵, quando afirma que Recurso "é o direito que possui a parte, na relação processual, de se insurgir contra as decisões judiciais, requerendo a sua revisão, total ou parcial, em instância superior".

Lima¹⁶ assevera que Recurso é o objeto processual voluntário, em que se busca impugnar as decisões judiciais proferidas pelo juízo.

Sendo assim, o conceito de Recurso vincula-se, de fato, ao exercício do duplo grau de jurisdição, quando se busca a modificação por uma instância superior de uma decisão judicial de uma instância inferior.

2.1 Da Voluntariedade dos Recursos e dos efeitos recursais

Ensina Lima¹⁷ que os Recursos são de regra voluntários, uma vez que tal voluntariedade está disposta no teor do artigo 574¹⁸ do Código de Processo Penal, que prevê que "Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:". Por esta razão, o Recurso no Processo Penal brasileiro não é obrigatório, sendo apenas

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento comum. Vol. III. 47 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹¹ DIDIER JR., FREDIE; CUNHA. Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis***, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.. p. 88

¹² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 858.

¹³ BRASIL. **Código de Processo Penal** . Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 542.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 610.

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nº 12.830, 12845 12.850, 12.878 e 12.894, todas de 2013. São Paulo: Juspodivm, 2014. p. 1.547.

¹⁷ TÁVORA, Nestor. Alencar, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. rev. ampl. e atual, Bahia: Juspodivm, 2011. p. 871.

¹⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Art. 574, *caput*.

faculdade da parte.

Para Távora¹⁹, em razão de não ser obrigatório, o ato de recorrer não exercido causará à parte as consequências da decisão prolatada, uma vez que o não exercício da faculdade recursal acarretará o trânsito em julgado para a parte daquela decisão.

Uma vez apresentado Recurso, este produzirá efeitos no processo, sendo certo que nem todos os efeitos são aplicados a todos os Recursos. Neste sentido, os efeitos recursais dividem-se em: o devolutivo, suspensivo, extensivo e regressivo.

Conforme explica Lima²⁰, o efeito devolutivo

[...] consiste na transferência do conhecimento da matéria impugnada ao órgão jurisdicional, objetivando a reforma, a invalidação, a integração ou o esclarecimento da decisão impugnada. Na medida em que o recurso é voluntário, condicionado, pois, à manifestação do inconformismo do sucumbente, cabe ao recorrente delimitar a matéria a ser objeto de reapreciação e de nova decisão pelo órgão jurisdicional competente.

É plenamente possível, portanto, que a parte esteja satisfeita com parte do julgado e não concorde com o restante, e por isso a matéria a ser conhecida pelo juízo *ad quem* será somente aquela impugnada.

O efeito suspensivo, segundo Oliveira²¹, existirá "quando a matéria decidida não puder produzir qualquer efeito, tão somente em decorrência da interposição do recurso, isto é, do afastamento da preclusão". Desta forma, o efeito suspensivo proíbe a execução imediata da decisão até que o Recurso seja analisado.

Já o efeito regressivo, conhecido também como juízo de retratação, é aquele em que ocorre uma modificação da decisão impugnada pelo juízo que a proferiu, antes de ser remetido ao juízo *ad quem*. Neste caso, o efeito regressivo impede a existência posterior do efeito devolutivo naquela situação

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nº 12.830, 12.845, 12.850, 12.878 e 12.894, todas de 2013. São Paulo: Juspodivm, 2014. p. 1.561.

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nº 12.830, 12.845, 12.850, 12.878 e 12.894, todas de 2013. São Paulo: Juspodivm, 2014. p. 1601.

²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal I**. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 948.

específica.²²

Em última análise sobre os efeitos dos Recursos, o efeito extensivo é aquele em que uma decisão proferida pelo juízo *ad quem* aproveitará aos demais corréus. Comum em situações em que existe concurso de agentes, a decisão que se baseia em motivos não pessoais pode ser aproveitada aos demais participantes do crime, mesmo não tendo estes exercido a faculdade recursal no momento oportuno.²³

3. Da contagem de prazo no Processo Penal brasileiro

A contagem dos prazos processuais cíveis no Brasil, com o advento do Código de Processo Civil de 2015²⁴, sofreu destacadas modificações, notadamente porque a contagem considera apenas os dias úteis dentre os marcos iniciais e finais.

Para o Processo Penal, a seu turno, a regra continua sendo a prevista no artigo 798 do Código de Processo Penal²⁵, que preconiza que "Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado".

Desta feita, os prazos processuais penais no Brasil não sofreram modificação após o advento da Lei n. 13.105/2015.

Conforme preceitua o Código de Processo Penal, os prazos são contados excluindo-se o dia do início e computando o dia do vencimento. No entanto, para contagem inicial e final do prazo, consideram-se apenas dias úteis, sendo prorrogados ao final em caso de término do prazo em domingo ou feriados para o próximo dia útil imediato.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 875.

²³ TÁVORA, Nestor. Alencar, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. rev. ampl. e atual, Bahia: Juspodivm, 2011. p. 899.

²⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

²⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº3.689, de 03 de outubro de 1941. Art. 798.

4. Dos Recursos Especial e Extraordinário na Lei n. 8.038/90 e sua aplicação no Processo Penal brasileiro

Antes de adentrar a discussão específica do tópico, importante contextualizar a criação e função dos recursos de natureza extraordinária, de modo a extrair-se da lição de Didier Jr. e Cunha²⁶:

Recurso extraordinário (ou recurso excepcional, ou recurso de superposição) é gênero do qual são espécies o recurso extraordinário para o STF (art. 102, HI, CF/1988) e o recurso especial para o STJ (art. 105, III, CF/88) (...). O recurso especial para o STJ é, na verdade, fruto da divisão das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário para o STF (antes da CF/1988), que servia como meio de impugnação da decisão judicial por violação à Constituição e à legislação federal. Com a criação do STJ, pela CF/1988, as hipóteses de cabimento do antigo recurso extraordinário foram repartidas entre o STF e o STJ. O recurso especial nada mais é do que um recurso extraordinário para o STJ. Esses recursos, pois, têm um regime jurídico comum, com diversas características semelhantes.

Destaca-se, por conseguinte, que a lei n. 8.038/90 foi instituída para criar procedimentos específicos para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Neste norte, até a entrada em vigor no Novo Código de Processo Civil, esta lei regulava o processamento dos Recursos Especial e Extraordinário no Brasil, e, por esta razão, se aplicava ao Processo Penal.

Consiste o Recurso Especial, conforme elucida Nucci²⁷:

[...] o recurso excepcional, voltado a garantir a harmonia da aplicação da legislação infraconstitucional, tendo por foco comparativo o disposto em leis federais, evitando-se que estas sejam desautorizadas por decisões proferidas nos casos concretos pelos tribunais do País, além de se buscar evitar que interpretações divergentes, acerca de legislação federal, coloquem em risco a unidade e a credibilidade do sistema federativo.

O Recurso Especial tem cabimento (segundo o artigo 105, inciso III da CRFB/88²⁸) nas seguintes situações: a) decisão que contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) decisão que julgar válido ato de governo

²⁶ DIDIER JR., FREDIE; CUNHA. Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis***, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 306.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 654.

²⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

local contestado em face de lei federal; c) decisão que der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Importante destacar, neste ponto, que no Processo Penal a hipótese em que mais se aplica o Recurso Especial é referente à decisão que contraria lei federal.

Já o Recurso Extraordinário, segundo Oliveira²⁹, consiste no meio recursal, com previsão no artigo 102, inciso III, da CRFB/88, em que se impugnam as decisões que: contrariam dispositivo da Constituição Federal, ou que declaram a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgam válida lei ou ato de governo local contestado em face da constituição; ou julgam válida lei local contestada em face de lei federal.

Impende ressaltar que no Processo Penal a violação a dispositivo da Constituição Federal é comumente utilizada como argumento de interposição do referido Recurso.

No que diz respeito ao reexame de matéria de fato, esta não é possível em Recurso Especial ou Extraordinário, ressaltando Nucci³⁰ que “É inadmissível tanto no recurso extraordinário, quanto no recurso especial”. Isso por que ambos devem tratar de questões puramente de direito, a fim de não vulgarizar a sua utilização, tornando os tribunais superiores órgãos de reavaliação da prova.

Por conseguinte, o prazo para apresentação dos Recursos Especial e Extraordinário estava regulado pela lei n. 8.038/90, nos artigos 26 até 29, cuja previsão era de quinze dias, contados da data da intimação do acórdão, devendo ser interpostos tais recursos perante o presidente do tribunal estadual ou regional recorrido. No entanto, a vigência do Novo Código de Processo Civil acabou por revogar expressamente tais disposições.

Nucci³¹ destaca que o artigo 26 da lei n. 8.038/90 determinava a apresentação dos Recursos em petição separada, contendo a exposição dos

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal I**. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1004.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 655.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 656.

fatos e do direito, a demonstração do cabimento e as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. No mesmo prazo de quinze dias, concedia-se à parte contrária possibilidade de apresentar contrarrazões, conforme dispunha o artigo 27, *caput*, da Lei 8.038/90.

Uma vez inadmitido o Recurso Especial ou Extraordinário perante o Tribunal em que foi interposto, o artigo 28 da mesma lei previa a possibilidade de apresentação de agravo de instrumento:

Art. 28 - Denegado o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de cinco dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

§ 1º - Cada agravo de instrumento será instruído com as peças que forem indicadas pelo agravante e pelo agravado, dele constando, obrigatoriamente, além das mencionadas no parágrafo único do art. 523 do Código de Processo Civil, o acórdão recorrido, a petição de interposição do recurso e as contra-razões, se houver. [...]

Incumbe ressaltar que a partir das mudanças no Código de Processo Civil de 1973 a discussão quanto à aplicabilidade das regras do Processo Civil ao Processo Penal começou a ganhar força.

Oportuno destacar, neste ponto, que ainda que fizesse menção ao Código de Processo Civil, a lei em questão não se aplicava, em sua integralidade, ao processo penal.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal editou súmula para disciplinar a regra a ser aplicada nos agravos de instrumento relativos à inadmissão de Recurso Especial e Extraordinário de matéria penal, excluindo-se a aplicação do Código de Processo Civil no caso. Neste sentido, o teor da súmula 699 do STF prevê que:

Súmula 699 STF: O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei 8.038/1990, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei 8.950/1994 ao Código de Processo Civil.

Portanto, após as mudanças no Código de Processo Civil de 1973 realizadas pela lei 8.950/1994, o prazo para interposição de agravo de instrumento da decisão que inadmitiu os Recursos Especial ou Extraordinário de matéria penal continuava sendo de cinco dias, independentemente de qualquer disposição em contrário.

4.1 Os efeitos da interposição dos Recursos Especial e Extraordinário em matéria penal conforme a Lei n. 8.038/90

A interposição dos Recursos Especial e Extraordinário no Processo Penal encontravam-se regulados pela Lei n. 8.038/90, que previa o recebimento dos mesmos apenas no efeito devolutivo. O revogado artigo 27, §2º da lei, previa que:

Art. 27 - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões.

§ 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

Assim, em atenção à previsão legal, os Recursos eram apenas recebidos no efeito devolutivo, o que levava o intérprete a concluir que poderia haver uma execução provisória do julgado, ocasionando, no Processo Penal, a possibilidade de prisão do recorrente.

Por tal razão, buscava-se o efeito suspensivo em petição separada, visando suspender a execução da decisão até o julgamento definitivo do processo.

Nesta senda, em relação ao efeito suspensivo, Orione Neto³² assevera que “[...] é a propriedade do recurso que leva ao adiamento da produção dos efeitos normais da decisão hostilizada, a partir do momento em que é possível impugná-la”. Assim, pelo efeito suspensivo, a execução do comando emergente da decisão impugnada não pode ser efetivada até que seja julgado o recurso.

Wambier³³ divideo efeito suspensivo em duas modalidades: o típico e o atípico. Para o autor, o efeito suspensivo típico é aquele no qual a suspensão da eficácia da decisão impugnada decorre da simples interposição do Recurso, como, por exemplo, no caso da apelação que, regra geral, é dotada do efeito suspensivo. Por outro lado, o efeito suspensivo atípico é aquele que decorre de

³² ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 127.

³³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 360.

um pedido do recorrente no próprio Recurso, ou através do ajuizamento de uma medida cautelar visando à atribuição de tal efeito.

Nesse sentido, a respeito da possibilidade de se buscar a suspensão da decisão até o julgamento definitivo do processo, a jurisprudência já decidiu sobre a eventual aplicação do efeito suspensivo a Recurso Especial admitido:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. INEXISTÊNCIA. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. SENTENÇA. EXECUÇÃO DA PENA CONDICIONADA AO TRÂNSITO EM JULGADO. APELAÇÃO EXCLUSIVA DO RÉU. TRIBUNAL A QUO. SANÇÃO. DETERMINAÇÃO. EXECUÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. [...] 2. O art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90 estabelece regras gerais sobre os recursos especial e extraordinário, e, frente aos princípios constitucionais do estado de inocência e devido processo legal e à Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), não abarca esses recursos quando encerrarem matéria penal cujo conteúdo tenda a afastar a pena imposta; 3. Inteligência dos princípios da máxima efetividade e da interpretação conforme a constituição, cânones da hermenêutica constitucional; [...] 7. Ordem concedida.³⁴

Dessa forma, o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em matéria penal, era de que os Recursos Especial e Extraordinário devem ser recebidos em seu duplo efeito; isso ocorre em razão dos princípios do estado de inocência e do devido processo legal, sendo inconstitucional o cumprimento provisório da pena.

No mesmo sentido era o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

Ação cautelar inominada. Efeito suspensivo a recurso extraordinário. 2. Decisão monocrática concessiva. Referendum da Turma. 3. Existência de plausibilidade jurídica da pretensão e ocorrência do *periculum in mora*. 4. Cautelar, em questão de ordem, referendada.³⁵

Portanto, mesmo em contrariedade ao que previa a Lei n. 8.038/90, o efeito suspensivo a Recurso Especial ou Extraordinário em matéria penal era comumente deferido para evitar prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

³⁴ BRASIL; Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº. 41.916/ SC**. DJU 29.05.06, SEÇÃO 1, P. 295, J. 21.06.06.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Petição: Pet-QO 2922/DF**. Ação Cautelar Inominada. Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário. Relator: Gilmar Mendes. Julgamento: 11/08/2003. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: 13/02/2004.

4.2 Apontamentos sobre os Recursos Especial e Extraordinário no Novo Código de Processo Civil

A nova sistemática dos Recursos Especial e Extraordinário no Novo Código de Processo Civil pressupõe a compreensão de uma nova função dirigida às Cortes Supremas no direito brasileiro, qual seja: o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como cortes de interpretação e de precedentes, e não mais como controle de jurisprudência.³⁶

O artigo 1029 do Novo Código de Processo Civil³⁷ prevê a possibilidade de interposição de Recursos Extraordinário e Especial, relativamente aos casos previstos na Constituição Federal, e estabelece os requisitos para os mesmos:

Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

I - a exposição do fato e do direito;

II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;

III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida.

Desta forma, a estrutura dos Recursos se manteve quase intocável quanto ao teor das disposições da Lei n. 8.038/90, como visto anteriormente.

Lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero³⁸ que o prazo para interposição dos Recursos se manteve em quinze dias, a teor do disposto no artigo 1003, §5º, do Código de Processo Civil. Ademais, entendem que não apenas como permissão, mas como obrigação, a parte precisa delinear os fatos do caso, conforme dispõe o artigo 1029, inciso I, restando superada a afirmação de que os tribunais superiores não podem conhecer dos fatos. Neste sentido, destacam que a matéria a ser trabalhada nos Recursos é:

[...] composto de fatos e de direito – até mesmo porque fato e direito se interpenetram no processo de delimitação do caso, interpretação e aplicação do direito. O que não é possível é rediscutir a existência ou inexistência dos fatos em recurso extraordinário e em recurso especial (Súmula 279 do STF, e Súmula 7 do STJ). Vale dizer: o recorrente tem que trabalhar com o caso em seu recurso *partindo da narrativa fática* estabelecida pela decisão recorrida. Consequentemente, o

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 543-544.

³⁷ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 545.

Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não podem considerar existente fato considerado inexistente considerar inexistente fato considerado existente pela decisão recorrida.

Assim, quanto à matéria permitida à análise dos Recursos, esta deve relacionar fatos e direito; no entanto, não se permite a análise de novos fatos, uma vez que o Recurso deve expor apenas os fatos conhecidos pela decisão recorrida.

Ressalta-se que, em qualquer caso, o recorrente tem o ônus de demonstrar nas suas razões recursais a causa constitucional ou a causa federal que autoriza a interposição de tais Recursos, constituído tal requisito no denominado prequestionamento, inobstante o sentido de prequestionamento estar relacionado ao enfrentamento pelo órgão que prolatou a decisão sobre a questão recorrida.³⁹

É possível perceber que a nova sistemática dos Recursos Especial e Extraordinário trouxe importante inovação quanto à atribuição de efeito suspensivo. Neste sentido, ensina Donizetti⁴⁰ que:

Sabido é que o RE e REsp não são dotados de efeito suspensivo automático. No regramento do NCPD, em se tratando de recursos especiais *latu sensu*, apenas os interpostos de acórdão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas têm efeito suspensivo a *ope legis*. O § 5º regula o endereçamento do pedido de concessão de efeito suspensivo a tais recursos. No CPC/73, ante a falta de regramento específico, a atribuição de efeito suspensivo a RE e REsp era viabilizado por meio de ajuizamento de ação cautelar.

Portanto, o §5º do artigo 1029⁴¹ disciplina a concessão de efeito suspensivo aos Recursos Extraordinário e Especial, sendo certo que a nova previsão pôs fim à necessidade de propositura de ação cautelar, e disciplinou

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, volume II. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 547.

⁴⁰ DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 797.

⁴¹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº. 13.105/2015. Art. 1029. [...] § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame preventivo para julgá-lo; II - ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

legalmente a possibilidade de atribuição do efeito suspensivo aos Recursos propostos e admitidos.

O pedido deverá ser formulado ao tribunal superior ou ao presidente ou vice-presidente do tribunal regional, no período compreendido entre a interposição do Recurso e a publicação da decisão de admissão.⁴²

Entendem Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁴³ que, diferentemente do que ocorria no Código de Processo Civil de 1973, “o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial no novo Código é realizado em regra no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça”.

Sendo assim, da decisão que inadmitiu os Recursos, caberá agravo interno. Noutro norte, em alguns casos se defere ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal local o juízo de admissibilidade, autorizando que, da decisão de inadmissão, caiba agravo em Recurso Extraordinário ou agravo em Recurso Especial, nos termos do artigo 1042 e seguintes do Código de Processo Civil.⁴⁴

Desta feita, notam-se avanços significativos na sistemática recursal extraordinária, sendo certo que o Novo Código de Processo Civil acarretou importantes inovações, notadamente em relação à concessão de efeito suspensivo ao acórdão recorrido.

4.2.1 A aplicação das disposições do Novo Código de Processo Civil nas questões relativas a Recurso Especial e Extraordinário em matéria penal

O presente artigo analisa os reflexos da vigência do Novo Código de Processo Civil no Processo Penal, bem como a revogação das disposições dos artigos 26 a 29 da Lei n. 8.038/90. Além disso, o objetivo de pesquisa é investigar se é possível a utilização das novas disposições sobre os Recursos Extraordinário e Especial em matéria penal.

⁴² DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 797.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, volume II. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 555.

⁴⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Inegável que os novos Recurso Especial e Extraordinários se aplicam em matéria penal. Isto por que a previsão de tais Recursos é Constitucional, e a delimitação na forma e processamento pela lei processual civil não impede a interposição dos mesmos em matéria penal.

Sobre a aplicação das disposições do Processo Civil no Processo Penal, entende Lima⁴⁵ que, de acordo com o artigo 15 do Novo Código de Processo Civil, a ausência de normas que regulem os processos eleitorais, trabalhistas e administrativos autorizam a aplicação do mesmo. No entanto, ressalta que tal disposição não é exclusiva de tais procedimentos, sendo plenamente aceitável a aplicação das disposições do Código de Processo Civil ao Processo Penal, destacando a necessidade de se adotar cautela a esse respeito:

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil em 2016, há de se ter extrema cautela com a sua aplicação ao processo penal. Como se trata de diploma processual muito mais moderno que nosso Código de Processo Penal, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, não temos dúvidas em afirmar que haverá grande euforia e entusiasmo com a possibilidade de aplicação de seus institutos ao processo penal brasileiro. No entanto, a aplicação do novo CPC ao processo penal só pode ocorrer da maneira subsidiária. O emprego da analogia permitido pelo art. 3º do CPP pressupõe a inexistência de lei disciplinando matéria específica, constatando-se, pois, a lacuna involuntária da lei. Por ser a analogia recurso de autointegração (Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, art. 4º), e *não instrumento de derrogação de texto ou de procedimento legal*, o emprego da analogia só pode ser admitido quando a lei for omissa.

Assim, entende-se que, mesmo sendo possível a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil nas questões penais, a aplicação deve se limitar àquilo que não detenha previsão expressa, uma vez que a lei processual penal apenas autoriza tal aplicação em casos de lacuna da lei.

Por esta razão, a título exemplificativo, resta evidenciado que a aplicação dos prazos em dias úteis, previstos no artigo 219 do Código de Processo Civil, não se aplica ao Processo Penal, uma vez que o artigo 798 do Código de Processo Penal faz previsão expressa de como se devem contar os prazos processuais penais.

⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3 ed. São Paulo: Juspodivm, 2015. p.105.

Exatamente neste contexto é que a presente pesquisa se desenvolve, uma vez que se propõe a analisar as disposições referentes ao processamento dos Recursos Extraordinário e Especial.

O trabalho se desenvolveu no sentido de entender se o processamento previsto no Novo Código de Processo Civil poderia ser aplicado ao Processo Penal, depreendendo-se, pois, que há essa possibilidade, no entanto somente nos pontos em que não houver determinação específica na legislação pertinente ao Processo penal.

Resta evidenciado, portanto, que mesmo estando disciplinados pela regra processual civilista, que prevê a contagem de prazos em dias úteis (a teor do artigo 219 do Código de Processo Civil), quando aplicados subsidiária e analogicamente ao Processo Penal, a contagem de prazos segue conforme prevista no Código de Processo penal, em conformidade com o disposto no artigo 798 do diploma legal em questão, vez que há previsão expressa em lei de como se operar a contagem.

Considerações finais

O Processo Penal consiste no instrumento que o Estado possui para o exercício da jurisdição em matéria penal, sendo que os Recursos são meios processuais voluntários em que a parte busca a modificação de uma decisão judicial através da utilização do duplo grau de jurisdição.

A lei n. 8.038/90 foi instituída para criar procedimentos específicos para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Assim, até a vigência do Novo Código de Processo Civil, referida lei regulava o processamento dos Recursos Especial e Extraordinário no Brasil, e, por esta razão, se aplicava ao Processo Penal.

Os Recursos Especial e Extraordinário não possuem efeito suspensivo, sendo recebidos apenas pelo efeito devolutivo. Mesmo diante desta perspectiva, viu-se que em matéria penal, não raros os casos, o efeito suspensivo era concedido a Recurso Especial ou Extraordinário, a fim de evitar prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

A lei n. 8.038/90, por conseqüência, foi revogada no que se refere ao processamento dos Recursos Especial e Extraordinário, apresentando significativos avanços na sistemática recursal extraordinário a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, em especial no que tange à concessão de efeito suspensivo ao acórdão recorrido, sendo que, com a regra geral, os prazos são contados em dias úteis.

Através da presente pesquisa foi possível perceber que o Processo Penal admite a aplicação subsidiária do Processo Civil, desde que a aplicação se limite ao que corresponder a lacuna na legislação processual penal existente.

Seguindo tal premissa, buscou-se elucidar a questão central do presente estudo, cuja problemática se apresentava através de dois questionamentos: É possível utilizar-se das novas disposições referentes ao processamento dos Recursos Especial e Extraordinário nas questões de matéria penal? Até que ponto o Novo Código de Processo Civil pode ser aplicado, por analogia, nas questões de matéria penal?

Como visto, muito embora o Processo Penal brasileiro autorize a aplicação analógica do Processo Civil, esta somente acontecerá de forma parcial, limitada aos casos em que houver lacuna na lei processual penal. Ainda que o Código de Processo Civil de 2015 tenha estabelecido que a contagem de prazos se dê em dias úteis, essa contagem não deve se aplicar ao Processo Penal, posto que sua legislação dispõe, de forma específica, como se realizará a contagem de prazos processuais penais.

Desta feita, tendo-se por base a problemática criada nesta pesquisa, a utilização dos Recursos Especial e Extraordinário em matéria penal são plenamente possíveis, vez que sua previsão é constitucional.

Resta claro que o Novo Código de Processo Civil apenas estabeleceu o processamento destes Recursos, sendo certo que eventual aplicação analógica deverá ser operada somente no que tange aos pontos em que se vislumbrem lacunas no Processo Penal, de modo que prevalecerá a regra processualística penal quando houver legislação pertinente.

Pode-se aplicar, pois, o processamento proposto pela lei processual civil, respeitados, inclusive, os prazos e demais disposições acerca dos efeitos dos Recursos; no entanto, por consequência lógica da presente pesquisa, vê-se que os prazos devem ser contados em conformidade com a legislação processual penal, não se operando a contagem em dias úteis estabelecida pelo Novo Código de Processo Civil.

Evidencia-se, por fim, que a atualidade do tema abre espaço a ulteriores e produtivas discussões, com maior profundidade e novos enfoques.

Referências das fontes citadas

- BONFIM, Edilson Mougnot, **Curso de processo penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº. 13.105/2015.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº3.689, de 03 de outubro de 1941.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Petição: Pet-QO 2922/DF**. Ação Cautelar Inominada. Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário. Relator: Gilmar Mendes. Julgamento: 11/08/2003. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: 13/02/2004.
- BRASIL; Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº. 41.916/ SC**. DJU 29.05.06, SEÇÃO 1, P. 295, J. 21.06.06.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DIDIER JR., FREDIE; CUNHA. Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis**, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016..
- DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nº 12.830, 12845 12.850, 12.878 e 12.894, todas de 2013. São Paulo: Juspodivm, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3 ed. São Paulo: Juspodivm, 2015.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, volume II. São Paulo: Saraiva, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal I**. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.
- ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TÁVORA, Nestor. Alencar, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. rev. amp. e atual, Bahia: Juspodivm, 2011.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento comum**. Vol. III. 47 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.