

A viabilidade do recurso adesivo no Processo Penal

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

1. As leis que regem o processo penal, a começar pela própria lei básica, o Código de Processo Penal, são pródigas em recursos de toda a espécie. Há recurso contra tudo; há recurso para tudo. Em outra oportunidade, tive a ocasião de externar toda a minha perplexidade diante de alguns excessos, como, *v.g.*, o "Protesto por Novo Júri", esdrúxula manifestação recursal, originária do Código de Processo Criminal do Império de 1832 (art. 302), por razões que, talvez, na época se justificassem, e que, de forma absurda, subsiste, ainda hoje, em nosso ordenamento processual, como verdadeira teratologia. ⁽¹⁾

Causa estranheza, por tal razão, que o legislador, nas sucessivas leis que vêm alterando a fisionomia no nosso processo penal, não houvesse cogitado da introdução do recurso adesivo no campo processual penal, presente, entre nós, no Código de Processo Civil, desde 1973, pois ele, ao contrário de outras manifestações recursais, parece-me providência prática e útil.

2. É evidente que sua aplicação, ao contrário do que ocorre no processo civil, só teria incidência quando interposto *pro reo*, não beneficiando ambas as partes.

Torna-se inconcebível pudessem o Ministério Público, o querelante ou, ainda, o assistente, habilitado ou não (art. 598 do CPP) dele fazer uso, pois, se assim agissem, o princípio da impossibilidade da *reformatio in pejus* estaria atingido de forma reflexa, além do que, não há dúvida, iriam tolher o réu quando da interposição de eventual recurso, temeroso que a ele "aderissem" o *Parquet*, o querelante ou o assistente, conforme o caso.

Sabe-se que, por força do disposto no art. 617 do Código de Processo Penal, sendo o recurso exclusivo do réu, o Tribunal não pode agravar-lhe a situação processual, pois estaria exercendo jurisdição sem ação. Já em relação ao recurso do Ministério Público, a situação é completamente diversa, pois nada impede a *reformatio in melius*, mesmo que não tenha havido a interposição de recurso por parte da defesa. Ela decorre do princípio do *favor rei*.

Tal colocação processual, de certa forma, explica o compreensível des-caso pela regulação do recurso incidental no campo penal.

(*) As críticas e as soluções aventadas em relação ao "Protesto por Novo Júri" podem ser vistas no trabalho intitulado "A reforma do Processo Penal", de minha autoria, in *Ensaios Jurídicos*, nº 06, pp. 102/123, IBAJ, Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1998, 1ª edição.

Porém, segundo entendo, mesmo assim, ele não perderia o seu valor, pois, embora viesse a ter diminuta incidência, ensejaria ao Tribunal apreciar, desde logo, as razões que o réu teria a aduzir na tentativa de melhorar a sua situação processual.

Por outro lado, se, no campo da doutrina, a *reformatio in melius*, em recurso exclusivo da acusação, é mais ou menos pacífica, o mesmo não se pode dizer em relação ao assunto no seio da jurisprudência de nossos tribunais superiores.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, por ocasião do julgamento do Recurso Criminal de nº 108.449-SP, relator o Sr. Ministro **Moreira Alves**, que ofende o art. 574 do Código de Processo Penal a decisão que, na ausência de recurso do réu, se serve do da acusação para minorar a pena.

No mesmo diapasão, situa-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado em recente decisão, na oportunidade do julgamento do Recurso Especial de nº 168.554-RJ, relator o Sr. Ministro **Hamilton Carvalhido**. No julgado em tela, restou assinalada a impossibilidade da *reformatio in melius* em recurso exclusivo do Ministério Público, por violar o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* e constituir rematada violação à coisa julgada (6ª Turma, unânime). No referido aresto, há, também, referência expressa à posição tranqüila do Pretório Excelso, no mesmo sentido, com alusão, inclusive, ao julgamento acima objeto de menção.

Tal corrente jurisprudencial, originária dos dois mais importantes Tribunais do País, vem reforçar o entendimento segundo o qual o recurso adesivo melhor resguardaria a posição do réu no processo, com a vantagem de, desde logo, encontrar julgamento, juntamente com o recurso principal interposto pela acusação.

Para melhor esclarecimento, ponho um exemplo: suponha-se que o réu tenha sido condenado e, por qualquer razão, não se tenha insurgido, mediante apelo, contra a sentença. O Ministério Público, no entanto, manifesta recurso buscando exasperar a pena do acusado. Em tal caso, parece-me, deveria ter o imputado direito ao recurso adesivo. Note-se que, no exemplo dado, o Ministério Público não sucumbiu, pois se viu vencedor na causa. Porém, assim mesmo, guarda interesse em recorrer (ver a pena majorada), conforme bem preceitua o parágrafo único do art. 577 do CPP. Já o réu, que sucumbiu e não apresentou apelação independente contra a sentença, poderia, agora, através do recurso adesivo, pugnar não só pelo improvimento do apelo do *Parquet* mas também pela reforma total ou parcial do *decisum*, buscando, no primeiro caso, a absolvição ou, quando menos, a redução da sanção penal.

É neste ponto que o apelo adesivo penal se distinguiria daqueloutro do processo civil. Neste, haveria a chamada sucumbência recíproca, propiciando o adesivo, ao passo que, no penal, somente quando o réu sucumbisse (ou tivesse interesse em recorrer) é que o adesivo teria lugar. Na hipótese acima formulada, o imputado, não interessa o motivo, restara conformado com a condenação. Porém, no momento em que o Ministério Público apela, a despeito de já haver decorrido o seu prazo para recorrer (preclusão temporal), o réu sai da

sua inércia e de mero recorrido passa, também, a recorrente, objetivando melhorar a sua situação no processo, fato que, no estágio atual do nosso direito positivo, se tornaria irremediável.

3. É conhecida a crítica feita à expressão “recurso adesivo”, adotada no art. 500 do CPC, usada para distingui-lo do recurso principal.

Na verdade, o recorrente não “adere” ao recurso principal; muito pelo contrário, a ele se contrapõe. Com efeito, o verbo aderir significa manifestar adesão, ao passo que o substantivo adesão indica assentimento, anuência, aprovação. Já o adjetivo adesivo reflete aquele ou aquilo que adere. ⁽²⁾ Ora, o recorrente, na realidade, pretende obter, com o adesivo, exatamente o contrário do que se sustenta no recurso principal, pois, ao interpor seu recurso, persegue objetivo diametralmente oposto ao de seu contendor. ⁽³⁾

Como a terminologia já vem consagrada no processo civil e na própria praxe forense, por mera questão prática, ela poderia ser aproveitada no campo penal, embora uma concepção mais ortodoxa apontasse a designação “recurso contraposto”, “recurso subordinado” ou, ainda, “recurso incidental”, pois melhor traduziria a idéia de confronto e de oposição que a manifestação recursal, em tal caso, traz ínsita em seu âmago.

4. Uma das críticas que se poderia fazer ao recurso adesivo seria a de que ele atentaria contra o princípio da igualdade das partes, dando ao réu a possibilidade de mais um recurso em detrimento da acusação. Sabe-se, no entanto, que a igualdade das partes no campo do processo penal sofre séria mitigação em homenagem ao princípio do *favor libertatis*. Com efeito, muitos são os privilégios da defesa em matéria recursal, alguns deles até merecedores de crítica, pois muito contribuem para enfraquecer a repressão penal. É o caso, por exemplo, do “Protesto por Novo Júri”, dos embargos infringentes e de nulidade e da revisão criminal (tratada no código como recurso), todas providências recursais privativas da defesa, sem contar com inúmeras outras passagens da lei processual penal em que somente o réu se vê beneficiado. ⁽⁴⁾

Mais consentâneo com o princípio do *favor libertatis* seria, sem dúvida, a adoção do recurso adesivo que, inclusive, encontraria deslinde, desde logo, quando do julgamento do recurso principal.

⁽²⁾ AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, in *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 36, Editora Nova Fronteira, 1975.

⁽³⁾ Para um estudo detalhado a respeito da questão terminológica envolvendo o recurso adesivo, o verbo aderir e demais palavras cognatas, veja-se JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, nos seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V (arts. 476 a 565), pp. 249 a 251, Forense, Rio-São Paulo. Ali, o leitor encontrará rica referência à doutrina e à legislação estrangeiras (italiana, portuguesa e alemã), bem como as observações feitas, na doutrina brasileira, por JOSÉ AFONSO DA SILVA a respeito do *thema*.

⁽⁴⁾ Sobre a matéria, tratada com maior amplitude, veja-se o estudo de minha autoria “A Vassalagem ao Direito de Defesa”, pp. 112 *usque* 134, in *Doutrina*, nº 04, 1997.

TOURINHO, dos poucos autores que aludem ao *thema* no campo penal, verbera a medida, salientando:

“No Processo Penal brasileiro não existe essa figura recursal, também denominada apelo incidental, mesmo porque neutralizaria o princípio da *reformatio in pejus*, uma das conseqüências do princípio do *favor rei* que nós adotamos. Se existisse, permitir-se-ia à segunda instância apreciar, sem maiores freios, a decisão impugnada.”⁽⁵⁾

Os temores do eminente processualista estariam afastados desde que o recurso incidental somente pudesse ser interposto pela defesa. Aliás, quer parecer-me que haveria manifesta inconstitucionalidade da lei que concedesse à acusação a possibilidade daquela providência, pois violaria a coisa julgada em detrimento do réu, realizando, por via oblíqua, a possibilidade de uma revisão do julgado *pro societate*.

5. Os requisitos de admissibilidade do recurso adesivo, a legitimação para recorrer, o procedimento recursal, a forma de interposição e o cabimento do adesivo, em sede penal, guardariam certa analogia com os do processo civil, mas destes se afastariam em muitos aspectos, ostentando identidade própria.

Examinemos, então, os diversos ângulos que informariam o adesivo em sede processual penal, tomando por base o tratamento que o mesmo recebeu no Código de Processo Civil, onde ele se encontra disciplinado nos arts. 500 a 503, fazendo-se, naturalmente, as necessárias adaptações:

- a) – o recurso somente poderia ser interposto pelo réu, desde que também vencido (ou com interesse recursal). Desta forma, só a defesa estaria dotada de legitimação para valer-se do adesivo;
- b) – considera-se vencido, para os fins do recurso, o réu que sucumbiu ou que, pelo menos, guarda interesse na reforma da decisão (art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal);
- c) – o recurso adesivo ficaria subordinado ao recurso principal. Isto exige que o recurso subordinante tenha sido interposto e, quando da apresentação do adesivo, ainda subsista. Suponha-se, por exemplo, que a apelação subordinante não tenha sido admitida perante o juízo *a quo*, por intempestiva. Imagine-se, ainda, que, em caso de exclusiva ação privada, o querelante venha, após, a desistir do apelo. No último caso, se o querelado houvesse manifestado o incidental, seguiria ele a sorte do principal, não dispondo o querelado de qualquer poder para fazer valer o seu recurso, que, nesse passo, não dispõe de luz própria;

⁽⁵⁾ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. 02, p. 593, Editora Saraiva, 5ª edição, 1999.

d) – o subordinado será, sempre, interposto perante a autoridade judiciária competente para conhecer do recurso subordinante;

e) – como regra geral, o adesivo poderá ser interposto pelo réu, seu procurador ou defensor (art. 577, *caput*, do CPP);

f) – o prazo para a interposição do adesivo seria, de acordo com o processo civil, o mesmo que a parte dispõe para responder ao recurso principal. No processo penal, porém, impõem-se algumas adaptações. Explico-me melhor: sabe-se que o apelado dispõe de 08 dias para contrapor-se ao recurso, salvo em relação aos casos de contravenção onde a lei prevê 03 dias para aquela finalidade (art. 600, *caput*, do CPP). Ora, tal prazo excederia o do apelo principal (05 dias, *caput* do art. 593 do CPP), salvo em relação à contravenção. Assim, se de um lado o recorrente-adesivo levaria vantagem, do outro veria seu prazo diminuído em relação ao recurso principal. O legislador poderia, desta maneira, corrigir a distorção, fixando um único prazo, ao estabelecer que o adesivo, em qualquer caso, observaria o lapso temporal cogitado para o recurso principal (art. 593, do CPP).

Parece-me solução mais justa, técnica e equânime nivelar o prazo, igualando-o nos dois recursos: o principal e o adesivo. É interessante observar que o problema só se põe em relação à apelação, em face do descompasso verificado nos prazos indicados nos arts. 593 e 600 do CPP. É certo que, no processo penal, ao contrário do que ocorre no processo civil, o recurso apresenta-se bifásico, compreendendo o momento de interposição (art. 578 do CPP) e o da apresentação de razões (art. 600 do CPP). Vale o registro que, perante os Juizados Especiais Criminais, o apelo reveste caráter monofásico (art. 82 da Lei nº 9.099, de 26.09.95), sendo de dez dias o prazo para o apelo e para a resposta (art. 82, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.099, de 26.09.95). Aqui, não haveria o que alterar;

g) – o prazo em questão começaria a fluir da data em que a defesa recebesse os autos com vista para ofertar contra-razões. Como se trata de prazo processual, a regra *dies a quo non computatur in termino* ganharia plena incidência (art. 798, § 1º, do CPP);

h) – a forma de interposição obedeceria aos ditames do Código de Processo Penal (art. 578, do CPP), isto é, far-se-ia por petição ou por termo, abrindo-se, após, nova vista para a oferta de razões, quando em jogo recurso bifásico, pois, como já assinalado, no Juizado Especial Criminal, por exceção, o apelo apresenta forma monofásica, ou seja, não há uma fase distinta para a interposição e outra para razões; juntamente com a apelação, são, desde logo, apresentadas as razões do recurso (art. 82, § 1º, da Lei nº 9.099, de 26.09.95). É, sem dúvida, a solução desejável do ponto de vista técnico para todas as hipóteses. No entanto, esta não é a regra geral no processo penal;

i) – quanto ao cabimento do adesivo, ele somente se daria em caso de apelação e por ocasião dos chamados recursos constitucionais, ou seja, o extraordinário e o especial. Ao contrário do que ocorre no processo civil, ele não encontraria admissibilidade nos embargos infringentes e de nulidade, uma vez que, no processo penal, aquele recurso é privativo da defesa (art. 609, parágrafo único, do CPP);

- j) – o recurso contraposto, igualmente, não mereceria conhecimento no caso de ser declarado deserto o recurso subordinante ou o do próprio querelado. Soa evidente que a deserção somente poderia ocorrer, por ausência de preparo, nos casos de exclusiva ação privada (art. 806 e seus parágrafos, do CPP);
- l) – no caso de apelação, se o réu fugir depois de haver apelado, o recurso incidental será declarado, da mesma forma, deserto, desde que, evidentemente, no caso, surja como condição de admissibilidade do apelo o recolhimento do réu à prisão;
- m) – quando o incidental for interposto pela Defensoria Pública, o prazo do recurso ganhará a contagem em dobro, por força do disposto na Lei nº 7.871, de 08.11.89;
- n) – também no Tribunal, o adesivo seguirá a sorte do principal. Desta maneira, caso o Tribunal não venha a conhecer do recurso principal (não importa a razão da inadmissibilidade), o subordinado, igualmente, não poderá merecer conhecimento, seguindo-lhe a sorte;
- o) – quanto ao rito na superior instância, principal e adesivo seguem juntos, em procedimento uno, como se ocorresse a hipótese de dois recursos independentes, sendo ambos julgados na mesma sessão, ocasião em que, tal como o recorrente principal, será facultado ao recorrente adesivo fazer sustentação oral;
- p) – suponha-se, para efeito de argumentação, que o adesivo não venha a ser conhecido no Juízo do primeiro grau de jurisdição, por entender o juiz que o apelo interposto pelo querelado encontra-se deserto. Denegada a apelação, abrir-se-á, para o réu, a oportunidade de interpor recurso no sentido estrito contra aquela decisão (art. 581, XV, *in fine*, do CPP), tal como ocorreria caso ele houvesse interposto um recurso independente;
- q) – na hipótese acima contemplada (nº 05, letra p), o recurso perderá objeto se, por qualquer motivo, o apelo principal não vier a ter seguimento, pois o adesivo a ele se subordina;
- r) – interessante questão pode ocorrer quando, no recurso adesivo, houver arguição de questão prévia que, se reconhecida, pode atingir o mérito do recurso principal. Nada melhor que o exemplo: no adesivo, o querelado sustenta a preliminar de extinção da punibilidade, pela ocorrência da decadência (art. 38 do CPP c/c 107, IV, do CP). Se acolhida a preliminar, ficará prejudicado o recurso principal quanto ao julgamento de mérito. Aqui, como de fácil observação, há uma inversão na ordem normal de apreciação dos recursos, fazendo com que o subordinante (principal) fique prejudicado quanto ao mérito, em razão do acolhimento da questão prévia suscitada no recurso subordinado (adesivo), que deve ser apreciada antes do julgamento *de meritis* do recurso principal;
- s) – já ficou dito (nº 05, letra “n”, *supra*) que o recurso contraposto segue a sorte do principal. Melhor dizendo: se este for julgado deserto ou, ainda, se o querelante desistir do recurso que interpôs, o adesivo, como recurso subordinado que é, não poderá merecer conhecimento. Porém, o inverso não se dá; nenhum reflexo terá, para o recurso independente, a desistência por parte do réu em relação ao recurso incidental que interpôs;

t) – para que o recurso possa ser considerado adesivo, é preciso que ele não tenha sido interposto no prazo que o réu dispunha para recorrer. Ele se daria quando, sucumbindo o réu ou havendo interesse para insurgir-se contra a decisão, não manifestasse recurso no prazo legal, mas se deparasse, após, com a interposição de recurso por parte do autor (Ministério Público ou querelante) ou do assistente (art. 598 do CPP). Somente em tal situação processual, caberia ao réu “aderir” ao recurso principal;

u) – vislumbre-se a situação de vários réus, em que um ou apenas alguns deles tenham manifestado recurso adesivo. Os princípios gerais acima expostos terão, da mesma forma, integral aplicação, convindo notar que cada recorrente-adesivo guardará total independência em relação ao outro. Imagine-se, para exemplificar, que o réu A não tenha o seu adesivo conhecido, por intempestivo. Tal fato não contamina o adesivo do réu B, até porque a subordinação do recurso contraposto dá-se, somente, em relação ao principal. No litisconsórcio passivo (caso de sucumbência paralela), repita-se, cada recurso adesivo terá sua própria fortuna, ficando todos, quanto ao conhecimento, subordinados ao principal. Se este, por fás ou por nefas, não vier a ser conhecido, aí sim, todos os adesivos seguir-lhe-ão o caminho;

v) – e se o recurso principal vier a ser interposto pelo assistente do Ministério Público ou pelo ofendido não habilitado como tal nas hipóteses contempladas no art. 598 do CPP e 80 do Código de Defesa do Consumidor, assim como consoante o enunciado constante da Súmula 210 do STF?

Da mesma forma, o réu, com maior razão, poderá “aderir” ao recurso principal e nem haveria razão para que se vedasse tal providência para o mesmo, tendo em conta que os objetivos do recurso do assistente não guardam, necessariamente, os ideais de justiça que movem o Ministério Público em suas manifestações processuais;

x) – cabe, agora, a seguinte ponderação: havendo recurso do assistente do Ministério Público (para aumentar a pena aplicada, por exemplo) e não manifestando o réu o adesivo, parece-me que o *Parquet*, ciente do fato, pode, se for o caso, como fiscal da lei, “aderir” ao recurso principal, buscando uma solução justa para a lide penal. Se ele pode apelar em favor do réu (*rectius*, buscando a correta aplicação da lei), por que não poderia ele “aderir” ao recurso do assistente no objetivo maior da Instituição, que reside na efetivação de um processo justo?

z) – caso haja mais de um recurso adesivo, o recorrente poderá desistir do mesmo sem anuência dos litisconsortes, no caso de sucumbência paralela, já que, em relação a eles, guarda total independência, como já observado (nº 05, letra “u”). Sua subordinação, no que respeita ao conhecimento do recurso, dá-se, somente, em relação ao recurso independente. Assim, por conseqüência, se o querelante vier a desistir do apelo que interpôs, o adesivo que lhe seguia não colherá conhecimento;

z-I) – quanto ao mérito, porém, o adesivo, como não poderia deixar de ser, mantém absoluta independência em relação ao recurso subordinante. Aliás, se assim não se desse, nem haveria razão de ser para a existência do adesivo. Me-

lhor dizendo: suponha-se que o recurso principal, *de meritis*, venha a ser improvido; tal circunstância em nada impedirá o conhecimento e provimento do recurso subordinado. E vice-versa;

z-II – no mais, aplicam-se as regras gerais de processo penal em matéria de conhecimento das chamadas questões absolutas ⁽⁶⁾, podendo o Tribunal, embora não conhecendo do recurso adesivo, conceder *habeas corpus* de ofício em prol do réu (art. 654, § 2º, do CPP), desde que vislumbre presente, *v.g.*, uma nulidade absoluta;

z-III – diga-se o mesmo quando houver a possibilidade de aplicação do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal, por extensão subjetiva dos efeitos benéficos do recurso contraposto;

z-IV – É certo que as questões ventiladas linhas acima (nº 05, **z-II** e **z-III**) poderiam ser apreciadas, de ofício, pelo Tribunal, por força do princípio do *favor rei*, mesmo sem que houvesse recurso adesivo. Porém, uma vez não tratadas no recurso principal, é de bom aviso o adesivo para provocar a manifestação e o prequestionamento por parte do Tribunal sobre a matéria, que, sem o recurso incidental, poderia passar despercebida, acarretando desnecessário gravame para o réu.

6. No momento em que se cogita proceder a uma reforma radical do nosso Código de Processo Penal, seria o caso de meditar-se sobre a **conveniência** da adoção de tal modalidade de recurso em nossa legislação.

Ficam, no momento, alinhadas algumas sugestões, não sei se meritórias, mas, de qualquer forma, instigadoras.

Primavera de 2000.

⁽⁶⁾ O assunto restou ventilado, com maiores cuidados, em estudo de minha autoria: "A Técnica do Parecer", in *Justitia*, órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo, vol. 169, 1995, pp. 09/23, de modo especial no item 13, p. 17.

⁽⁷⁾ SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.