

O USO ANALÓGICO DO RECURSO ADESIVO NO PROCESSO PENAL

THE ANALOG USE OF THE ADHESIVE RESOURCE IN THE PENAL PROCESS

Elcio Dadalt Neto¹

Marina Barbosa Chaibub²

Guilherme Henrique Cardoso³

RESUMO

O recurso adesivo é um mecanismo pelo qual o processo civil, permite excepcionalmente que o recorrido interponha um recurso ainda que intempestivo, ficando seu recebimento vinculado ao do recurso interposto pela parte contrária, possibilitando aquele que inicialmente não tinha interesse em recorrer, possa requerer a reapreciação de uma decisão a ele desfavorável. O processo penal não prevê esta possibilidade, porém, permite muitas vezes o uso analógico de regras processuais civis. Deste modo, o presente artigo visa discutir a viabilidade do recurso adesivo em matéria penal.

Palavras-chave: Processo Civil. Recurso Adesivo. Analogia. Processo Penal.

ABSTRACT

The adhesive appeal is a mechanism by which the civil procedure allows, exceptionally, that the defendant lodge an appeal, even if it is untimely, and his receipt is tied to that of the appeal filed by the opposing party, enabling the one who was initially not interested in appealing, of an unfavorable decision. The criminal procedure does not provide for this possibility, however, often allows the analogous use of civil procedural rules. Thus, this article aims to discuss the feasibility of the adhesive appeal in criminal matters.

Keywords: Civil Procedure. Adhesive Resource. Analogy. Criminal proceedings.

1. INTRODUÇÃO

A ideia de recurso adesivo nasceu nos primórdios da sociedade, segundo consta nos

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito “*Laudo de Camargo*” da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Email: elcio.dadalt@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito “*Laudo de Camargo*” da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Email: marinachaibub@hotmail.com

³ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito “*Laudo de Camargo*” da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Email: guilhermehcardoso@hotmail.com

textos bíblicos, Caim e Abel, quando disputavam os melhores frutos do amanhã do solo ou os melhores rebanhos, recorria o irmão mais novo, a seus pais para reclamar dos prejuízos ocasionados.

No mesmo contexto, na cidade de Roma surgiu a “*intercessio a appellatio*”, oposição da defesa contra sua execução por meio da apelação. Após essa ocorrência, nada se progrediu durante o período denominado de Idade Média em relação ao sistema recursal que possibilitava a manifestação do inconformismo pela parte vencida.

Já no Brasil, a primeira legislação processual se deu pelas Ordenações do Reino, em seu Livro III dedicado ao Processo Civil. A primeira lei editada no Brasil, foi o Regulamento nº. 737, de 25 de novembro de 1850, onde era disciplinado o processo comercial. Esta lei surgiu do Código Filipino, onde eram acolhidos os recursos de apelação, agravos, embargos, a revista e a chamada “queixa imediata ao Príncipe”, que era sob a forma de recurso extraordinário.

A palavra recurso tem como significado voltar atrás, dar curso contrário, retroceder, recuar, no sentido de dar ao instituto a significação consentânea ao conteúdo que encerra, substituindo, alterando ou fazendo desaparecer o seu resultado. O recurso prolonga a relação processual já instaurada, dando início a nova fase no processo, o procedimento recursal. Tem direito, a parte vencida, de postular ao mesmo juiz ou ao órgão jurisdicional superior, uma nova análise da *res in judicium deducta*, encerrando, assim, a fase recursal, findando-se a relação processual com a preclusão máxima, chamada coisa julgada formal. Dá-se, então, a entrega definitiva da tutela jurisdicional do Estado.⁴

Há divergência entre autores quanto ao conceito de recurso, alguns defendem ser um direito subjetivo que a ordem jurídica põe ao alcance da parte vencida, outra parte dos doutrinadores aludem ser meio impugnativo de que se vale a parte prejudicada para editar novo pronunciamento dos órgãos jurisdicionais sobre a pendenga, visando sua anulação ou reforma, total ou parcial. Tem ainda, uma terceira corrente que aduz ser o recurso direito objetivo e subjetivo que a lei impõe ao vencido.

Certo é que o recurso satisfaz necessidade inerente à própria personalidade do homem,

⁴ NORONHA, Carlos Silveira. Do recurso adesivo. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

segundo o qual ninguém se conforma com o julgamento que não lhe seja favorável.

Para que essa necessidade psicológica seja sanada, desde sempre o homem recorre ao julgamento da esfera superior, como chefe da tribo, do clã, ao *pater familias*, à sociedade ou ao Estado. Sendo assim, ficou estabelecido o princípio do duplo grau de jurisdição, que gerou a Revolução Francesa no Decreto de 1º de maio de 1790 da Assembleia Nacional Francesa.

Já no Brasil, o referido princípio foi adotado ao tempo decorrente da Independência, conservando-se implícita ou explicitamente em todas as Cartas Políticas. Ainda que fosse observado juridicamente o princípio do duplo grau de jurisdição nas relações jurídicas no Brasil, somente foi constituída norma expressa com o Código de Processo Civil de 1973.

A primeira legislação processual brasileira, foi editada em 1832, “Código de Processo Criminal de Primeira Instância, porém já em 1941, foi criado um novo código de Processo Penal, vigente até hoje, nenhum destes previu de forma expressa o instituto do recurso adesivo.

Inspirado no código processual penal Italiano de 1930, o nosso código de 1941, assim, herdou os traços do cenário histórico fascista, refletindo em normas autoritárias, guiado então, pelo princípio da presunção de culpabilidade, entretanto, com o passar do tempo, o CPP passou por mutações, se adaptando ao contexto social.

Embora tenha ocorrido significantes mudanças na legislação processual penal na década de 70, nenhum de nossos regulamentos previu de forma expressa o instituto do recurso adesivo⁵², porém, criou uma brecha, permitindo o uso análogo de normas processuais de direito processual civil. Deste modo vale questionar se, poderia o recurso adesivo ser usado de forma análoga no processo penal.

2. O RECURSO ADESIVO NO DIREITO COMPARADO

Não há na doutrina nada a respeito da primeira manifestação do recurso adesivo, também denominado em alguns países de recurso incidental. Devido a essa limitação na informação, pode se chegar a conclusão de que o referido recurso nasceu em Roma, ao tempo de Justiniano, tempo este em que houveram as modificações no processo romano,

⁵ PACCELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18 ed. São Paulo:Atlas, 2014.

principalmente na parte referente aos recursos, usados para impugnar decisões de magistrados inferiores.

A “*Appellatio*”, que era utilizada genericamente, para atacar decisões interlocutorias, passou a ter sua aplicação restrita a julgamentos definitivos, com a finalidade de valoração do recurso, este imperador, expediu edito onde proscreeu a utilização do mencionado recurso para decisões interlocutórias ou seus incidentes, como também para decisões definitivas, sejam principais, acessórias ou acerca de

despesas públicas, sob pena de multa pecuniária no correspondente a 50 libras para descumprimento do referido preceito.

Instituiu, ainda, Justiniano, que o apelado pudesse responder ao recurso mesmo estando ausente à audiência, caso em que o juiz devia suprir sua iniciativa. Isso estabeleceu no processo romano dois sistemas incompatíveis entre si: o da iniciativa da parte e do suprimimento da iniciativa do interessado pelo juízo. Essa reforma do direito justinianeu deu oportunidade ao recorrido de contra-atacar o recurso do apelante através desse novo procedimento que alterou as formas de interposição.

Séculos mais tarde, na Idade Média, o recurso foi acolhido pelos tribunais franceses e teve como consequência a formação de corrente jurisprudencial, influenciando o espírito especulativo dos legisladores.

O Código de Processo Civil francês instituiu um sistema de simplicidade e oralidade do procedimento, exercendo, assim, uma importante influência sobre as demais legislações europeias a partir do século XIX.⁶ Dentre elas, a legislação italiana.

O Código francês influenciou os Códigos de Nápoles e Parma, acolhendo norma legislativa idêntica à do Código Napoleônico, estabelecendo o instituto da apelação incidental.

O Código de Processo Civil alemão é outra legislação que sofreu grande influência do Estatuto francês. Seus recursos são caracterizados pela simplicidade, clareza e objetividade,

⁶ CHIOVENDA, Guisepppe. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, p. 109-115.

sendo contituído por apenas três recursos principais, quais sejam: a apelação, a cassação, que corresponde, na língua nacional, à “revisão” e queixa⁷.

O Ordenamento processual Civil espanhol, principalmente na parte em que concerne aos recursos, apesar de muito criticado pelas alterações sofridas após sua edição, ainda está consubstanciado na L.E.C., Ley e Enjuiciamiento Civil de 3 de fevereiro de 1881.

O Código de Processo Civil luso foi considerado um dos mais destacados ordenamentos jurídicos da Europa, que serviu de parâmetro junto com os Códigos da Áustria, Alemanha e Itália.

No Código uruguaio, o recurso adesivo se omite a respeito da “*apelación en relación*”, encontrando previsão expressa somente para “*apelación libre*”. Porém, entende-se cabível também à “*apelación en relación*”.⁸

Na Argentina, o recurso adesivo caiu em desuso por contrariar a doutrina pátria, mas continuando a ser utilizado em algumas Províncias da República Argentina.

No México, encontramos no Estatuto Processual Civil e expressa previsão legal do recurso adesivo sob a forma de apelação.⁹

Em sua história, o recurso não recebeu denominação própria e específica. Recebeu seu batismo somente em 1806, com a edição do Código Napoleônico, sob a denominação de *appel incident*.

3. RECURSO ADESIVO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA

Como já exposto, o recurso adesivo consiste na possibilidade do recorrido interpor um recurso, no prazo das contrarrazões, de um recurso contra ele interposto. Muitas vezes, uma decisão complexa nem sempre é favorável integralmente a uma parte, porém, ainda que tenha sofrido uma sucumbência, lhe parece mais vantajoso não interpor recurso para uma

⁷ GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil, Editorial Labor S.A., Madrid, 1936; págs. 836-844.

⁸ COUTURA, Eduardo. Proyecto do Código de procedimiento Civil, art. 501.

⁹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Terroitorios, do México, de 31 de dezembro de 1931, art. 690.

celeridade na fase executória ou no transito em julgado daquela decisão, ocorre que, com a interposição de um recurso pela parte contrária, tem sua pretensão frustrada, restando-lhe ainda, suportar o prejuízo dos contrapostos que deixou de recorrer, assim, para reestabelecer o Princípio da ampla defesa, o CPC cria essa excepcionalidade.

O instituto encontra-se disciplinado no art. 997 do novo CPC, cujo teor dispõe:

Art. 997. Cada parte interporá o recurso independentemente, no prazo e com observância das exigências legais.

1º Sendo vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir o outro.

2º O recurso adesivo fica subordinado ao recurso independente, sendo-lhe aplicáveis as mesmas regras deste quanto aos requisitos de admissibilidade e julgamento no tribunal, salvo disposição legal diversa, observado, ainda, o seguinte:

- a) será dirigido ao órgão perante o qual o recurso independente fora interposto, no prazo de que a parte dispõe para responder;
- b) será admissível na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial;
- c) não será conhecido, se houver desistência do recurso principal ou se for ele considerado inadmissível.

Essa interposição adesiva só é possível quando há sucumbência recíproca, ou seja, são vencedoras e vencidos ambos os litigantes. Isso acontece quando ambos têm o interesse de recorrer, porém espera o comportamento da parte adversa⁸. Não é admitido, portanto, o recurso do réu quando a sentença julga totalmente improcedente o pedido do autor, pois falta interesse de agir, não podendo, nem mesmo,

melhorar a fundamentação da decisão do magistrado. Os fundamentos do réu durante o processo são levados ao tribunal, sem necessidade de recorrer adesivamente.¹⁰

O recurso adesivo é uma forma de interposição e não uma espécie de recurso. O mesmo recurso pode ser interposto independentemente ou na forma adesiva, a diferença se encontra apenas na técnica de interposição.

Porém, não são todos os recursos que admitem a forma adesiva. É permitido pela lei somente a apelação, recurso especial e o recurso extraordinário. O recurso ordinário constitucional é aceito apenas quando fizer as vezes de recurso de apelação em ação proposta

¹⁰ OLIVEIRA, Pedro Miranda. Recurso Excepcional Cruzado. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2005, p.618

pelo Município ou pessoa residente no Brasil em face de Estado estrangeiro ou de organismo internacional.

Nos Juizados Especiais o recurso adesivo é admitido apenas quando interposto recurso extraordinário, vedado pelo recuso inominado por não existir previsão legal.¹¹

Os requisitos para admissibilidade do recurso adesivo são os mesmos exigidos para os respectivos recursos, inclusive o preparo. Em recursos cujo preparo é dispensado, é igualmente dispensado no recuso adesivo interposto.

Porém, se o recorrente é liberado do preparo no recuso interposto por motivos pessoais, a parte que recorrer adesivamente não terá o benefício, ou seja, as exigências são as mesmas do recurso principal para o recuso adesivo, contudo, quando por motivos personalíssimos, os benefícios não transferem ao recorrente adesivo.

É o caso também do prazo para interposição, se o recorrente, por qualquer motivo personalíssimo, tem benefício do prazo, o recorrente adesivo não o terá, necessariamente.

A interposição do recurso adesivo tem o mesmo prazo que teria para as contrarrazões do recurso principal, segundo o inciso I do §2º do art. 997 do CPC. Neste caso, não há necessidade da parte apresentar contrarrazões e recorrer, porém pode, se assim desejar, escolhendo pela apresentação de ambas, nenhuma ou apenas uma delas. Caso opte por interpor contrarrazões e recuso adesivo, deve apresentar em peças distintas para cada uma delas. Mas, contendo todos os elementos indispensáveis para a interposição do recurso, podem ser apresentados em peça única.¹²

De acordo com o Art. 997, §2º, III, do CPC, o recurso adesivo somente é admitido quando também admitido o recurso principal, ou seja, se o recuso principal não for conhecido, o recuso adesivo sequer terá analisado seu mérito, pois não há interesse recursal do aderente que justificasse o exame do seu recurso, visto que somente foi interposto diante da insatisfação apresentada pela parte adversa, o que não impede capítulo diverso daquele impugnado no recurso principal¹². Sendo assim, é cabível o recurso adesivo para majorar o

¹¹ Enunciado n. 88 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE): “Não cabe recurso adesivo em sede de Juizado Especial, por falta de expressa previsão legal”.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12ª ed., v. 5, cit., p. 325.

valor de honorários advocatícios, de acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹³.

Por fim, os pressupostos para o manejo do recurso adesivo serão a decisão em que houver sucumbência recíproca, o silêncio de uma parte, que apresentar o recurso adesivo e a interposição da outra. Os requisitos, então, para o conhecimento do recurso adesivo são o conhecimento do recurso principal e os seus requisitos de admissibilidade necessários para a generalidade dos recursos.

2.1 Pressupostos recursais

Para determinar o cabimento do recurso, é preciso conhecer da ocorrência de certos antecedentes que a lei impõe para que seja apreciado o seu conteúdo. Os pressupostos para admissibilidade são a recorribilidade, a adequação, o preparo, a tempestividade e a inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer.

Em regra, todos os pronunciamentos judiciais são recorríveis e somente os atos judiciais comportam recurso. A única exceção a essa regra é o pronunciamento do juiz, que não comporta recurso, pois não há aptidão de causar prejuízo, não tendo caráter decisório.

A regra mais simples para indicar se determinado ato processual é, ou não, recorrível é examinar se tem conteúdo decisório, se resolve alguma questão no processo, seja, por exemplo, referente à postulação, ao contraditório, à prova, à comunicação, à intervenção de terceiros, à competência, à conexão, continência, ou ao objeto da ação. Se o ato não tem carga decisória, mas apenas dá impulso ao feito, dele não cabe recurso.

Cada ato processual possui uma via recursal adequada para sua impugnação. Há sempre um recurso específico para cada tipo de ato judicial. Para se determinar o recurso adequado é preciso verificar qual a natureza do ato decisório. Porém, há situações onde está previsto mais de um recurso, como é o caso do acórdão não unânime em relação a um ou mais pontos, e unânime em relação a outro ou outros pontos, neste caso caberá embargos infringente, para impugnar a decisão não unânime e recurso especial ou extraordinário para impugnar a decisão julgada unanimemente. Ou ainda no caso do acórdão violar lei federal e a Constituição, neste caso caberá recurso especial e extraordinário contemporaneamente.

¹³ STJ, 1a T., REsp 936.690/RS, rel. Min. José Delgado, j. 18/12/2007, DJ 27/2/2008, p. 172. STJ, 2a T., Resp 1.276.739/RS, rel. Min. Mauro Campbell, j. 17/11/2011, DJe 28/11/2011

Aqui se aplica o princípio da fungibilidade, quando escolhe recurso diferente do adequado. O juiz poderá receber mesmo assim. Porém, há restrições para a aplicação do princípio da fungibilidade, como o prazo para interposição, que deverá ser tempestivamente ao prazo do recurso cabível; o erro da interposição devesse caracterizar boa fé não podendo ser grosseiro.

O preparo consiste no pagamento das despesas relativas ao processamento do recurso. Preparo pode compreender custas e porte de remessa e retorno dos autos. As custas são taxas exigidas pelo Estado para processar o recurso. Porte e remessa é a despesa com o deslocamento do recurso de um lugar para outro. O preparo deve estar previsto em lei estadual se o processo for estadual ou em lei federal se o processo for federal (lei estadual 11.608/03 de SP).

Sem o pagamento do preparo, o recurso não será admitido, sob pena de deserção. Porém, se é pago valor menor será, o recorrente, intimado para o pagamento do restante no prazo de 5 dias, somente se a parte não atender a essa intimação é que será decretada a deserção.

O Ministério Público, a União, os Estados e Municípios e respectivas autarquias e demais entidades que gozem de isenção legal estão dispensados de preparo.

A interposição do recurso deve cumprir o prazo estabelecido em lei, ou seja, o recurso apresentado além do prazo previsto, será intempestivo, sofrendo pena de preclusão.

A contagem do prazo é feita de modo a se excluir o dia do começo e incluir o do vencimento, segundo o art. 184 do Código de Processo Civil. Prorroga-se o termo inicial se recair em feriado ou se não houver expediente forense e, do mesmo modo, o dia do vencimento, conforme §§ 1º e 2º do art. 184 do supramencionado Diploma Legal.

Esse prazo, em regra, é de 15 dias, com a exceção do recurso de embargos de declaração, o qual tem o prazo de 5 dias. Em regra, o prazo para o recurso é o mesmo prazo para a resposta, devido ao princípio da igualdade.

Há ainda a considerar a hipótese do recurso adesivo, no art. 500 do CPC, em que a parte parcialmente vencida pode aguardar a iniciativa da outra e deixar para recorrer somente no caso de inconformidade do adversário. O prazo para interposição é de 15 dias, coincidindo com o estabelecido para resposta na apelação, nos embargos infringentes e no recurso extraordinário.

Há alguns fatos que impedem a interposição do recurso ou impedem que um recurso apresentado prossiga. Desistência, renúncia e aceitação são alguns desses fatos. Há impedimento por falta de interesse recursal. A existência de algum desses fatos impede o prosseguimento do recurso.

Há desistência quando o recorrente manifesta o desejo do recurso não ser apreciado. É possível a desistência antes de iniciado o seu julgamento, tornando definitiva a decisão a ser impugnada, sem possibilidade de recorrer.

Na renúncia, o recorrente abre mão da possibilidade de interpor recurso contra determinada decisão. Pode ser tácita ou expressa. Renúncia tácita decorre da não interposição do recurso no prazo previsto em lei. Já a renúncia expressa decorre da manifestação de vontade de não recorrer.

A aceitação é o 3º fato impeditivo do recurso, pois a parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer. Assim, não poderá interpor recurso contra a decisão. Há aceitação tácita quando se pratica ato incompatível com a vontade de recorrer. Segundo o art. 1000 do novo CPC, isso implica na preclusão lógica.

2.2 Pressuposto de legitimidade

Tem legitimidade para recorrer **a parte**, aquele que atua no processo com interesse no resultado, que são autor, réu ou terceiro interveniente, **o terceiro prejudicado**, estranho que só ingressa no processo mediante recurso e **o Ministério Público**, seja como parte ou fiscal da lei.

É necessário o interesse recursal para interposição, ou, em outras palavras, o recorrente deve almejar uma utilidade prática com a revisão do ato impugnado, a obtenção de uma situação, no deslinde da causa, que lhe seja mais favorável.

Tem interesse recursal aquele que sofre prejuízo jurídico com a decisão, aquele que pode obter proveito com aquele recurso. Em regra, não há possibilidade de interpor recurso pela simples insatisfação com os fundamentos da decisão. Ou seja, em regra, os fundamentos da decisão não permitem a interposição do recurso.

O pedido de reforma da decisão depende de requisitos para a formulação de sua petição, que, geralmente, são a indicação do órgão a quem se dirija o processo, a identificação do processo, os fundamentos do recurso e o pedido de prolação de um novo ato que substitua o impugnado. Cada recurso tem os seus requisitos formais, que serão examinados no momento oportuno.

2.3. Recursos no Processo Penal

No processo penal, assim como no processo civil, os pressupostos recursais se subdividem em objetivos e subjetivos passamos a análise de cada um destes. Dentro dos

subjetivos podemos destacar:

O interesse, como pressuposto subjetivo trata-se de um interesse processual, e não interesse moral. Trata-se da necessidade de uma situação processual mais vantajosa com o recurso. Assim, é necessária a sucumbência da parte a recorrer.

Desta forma, somente haverá interesse a parte que tiver sua pretensão desacolhida no processo. Usando do recurso para melhorar a sentença, obtendo uma decisão mais favorável.

Há controvérsias quanto à sucumbência do Ministério Público em relação a sentença que condene o réu, onde pede, em fase recursal, pela absolvição o mesmo.

Segundo José Frederico Marques, não há interesse do Ministério Público neste recurso, pois não houve sucumbência, devido ao fato do Ministério Público defender interesse oposto ao do acusado. (Elementos de direito processual penal, cit., v. 4, p. 207). Porém, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público, na condição de *custus legis*, tem interesse para recorrer pedindo a sentença absolutória do réu, pois o MP é parte imparcial, atuando como fiscal da lei, mesmo que ingresse na relação processual como polo ativo.

Outra questão divergente na doutrina é sobre o interesse do réu de recorrer de sentença absolutória com a finalidade de mudar o fundamento da sentença, como por exemplo a absolvição por falta de provas.

Sobre o assunto existem duas posições. Uma delas defende que não há sucumbência da motivação, apenas do dispositivo da sentença, faltaria, assim, interesse recursal. Mas a posição que prevalece é de que sempre haverá interesse recursal diante da possibilidade de melhora da situação do réu, visto que o fundamento da sentença no processo penal gera reflexos importantes no campo extrapenal e moral, intervindo na vida do agente.

A sucumbência é única quando atingida somente uma das partes, quando atingidas várias, é classificada como múltipla. Ela é paralela quando os interesses são idênticos, e recíproca quando opostos. Se atinge os integrantes da relação jurídica processual, ela é direta, e reflexa quando repercute fora do processo.

São legitimados para interpor recurso o Ministério Público, o querelante, o réu ou o terceiro interessado.

Mesmo que o réu não ratifique o recurso, em face de sua ausência, a Defensoria Pública, ainda sim, tem legitimidade para recorrer em seu favor (RTJ, 84/317). Não tem

legitimidade o Ministério Público para recorrer de ação exclusivamente privada, visto que o querelante dispõe da ação da maneira que quiser, podendo perdoar o ofensor ou apenas se conforma com o decreta absolutório (RT, 597;267 e 556/318).

Apelação interposta por réu leigo deve ser conhecida, porque ele é parte legítima para recorrer (RJTJSP, 126/443).

Tem-se admitido ainda a interposição de apelação por advogado sem procuração, com mandato verbal ou por defensor dativo, sem anuência do réu preso para proteção do princípio da ampla defesa.

Passamos a analisar os pressupostos objetivos.

O recurso deve estar previsto em lei, nada adiantando interpor recurso que não exista no processo penal.

A lei prevê um recurso adequado para cada decisão a ser impugnada. É aceito, aqui, o princípio da fungibilidade, para o recurso tempestivo, de boa-fé, de erro não grosseiro.

Além disso, há também o princípio da unirrecorribilidade, onde só existe uma forma de impugnação para cada tipo de decisão, salvo raras exceções, como por exemplo, o cabimento de interposição contemporânea de recurso especial e extraordinário.

Cabe ressaltar que, com a interposição do Recurso em Sentido Estrito, fica defesa a interposição de apelação, visto que este é um recurso residual.

Por fim, há também o princípio da variabilidade dos recursos, onde permite, à parte, a desistência de um recurso para interposição do outro, desde que tempestivamente. Lembrando que o Ministério Público, segundo artigo 42 e 576, não pode desistir dos recursos por ele interpostos.

A interposição do recurso deve ser apresentada dentro do prazo previsto em lei. A contagem do prazo no processo penal tem como termo inicial o primeiro dia útil subsequente à citação ou intimação, e como termo final a inclusão do dia final, quando útil, caso contrário é prorrogado para o próximo dia útil. Os prazos começam a ser contados da citação/intimação, e não da juntada do mandado aos autos, de acordo com a súmula 710 do STF.

No caso de carta precatória, o prazo é contado a partir da juntada da carta aos autos do processo (STF, RTJ, 59/366; STJ, 5ª T., rel. Min. Costa Leite, DJU, 30 nov. 1992, p. 22630).

Os defensores públicos, em ambas as instâncias, devem ser intimados pessoalmente e gozam de prazo em dobro para interpor recurso (Lei n. 7.871, de 8-11- 1989).

O recuso deve obedecer às formalidades legais para ser recebido. A regra para interposição está inserta no artigo 578 do CPP, podendo ser apresentada em forma de petição ou a termo.

No caso dos embargos infringentes, embargos declaratórios, carta testemunhável, recurso extraordinário, recurso especial, correção parcial e, também, no habeas corpus e na revisão criminal, apesar de não serem propriamente recursos, é obrigatória a apresentação do recurso por meio de petição.

Já o Recurso em Sentido Estrito e a Apelação podem ser interpostos por petição ou termo nos autos. O STJ tem admitido apelação até mesmo por cota nos autos, acompanhada de assinatura do recorrente (RSTJ, 34/235).

A motivação é outra formalidade dos recursos, ou seja, a apresentação de razões para anulação, reforma ou esclarecimento da decisão recorrida, sem as quais se opera nulidade. Em relação à defesa, a falta de apresentação de razões importa em inequívoco prejuízo à ampla defesa, encontrado no artigo 5º, LV da CF, sendo obrigatória sua apresentação (RT 545/382). É por isso que a apresentação tardia das razões implica uma mera irregularidade processual, sem qualquer consequência, e não nulidade.

São aqueles que impedem a interposição do recurso ou seu recebimento, e, portanto, surgem antes de o recurso ser interposto, como, por exemplo, a renúncia. A renúncia ao direito de recorrer é sempre anterior ao recurso, pois só se renuncia a fazer o que ainda não foi feito.

Em caso de divergência entre a vontade do réu e a vontade do defensor em recorrer, Bento de Faria defende que deve prevalecer a vontade do réu, onde aduz que: “... quem pode exercer determinada faculdade jurídica, pode, em regra, renunciar ao seu exercício. Assim, quem tem o direito de recorrer pode também renunciar ao recurso, quando interposto”.¹⁴

Diz ainda que “a própria parte, sendo capaz, pode renunciar ao prazo do recurso, ou desistir dele, mas o seu defensor não poderá fazê-lo, sem poderes especiais; pode ela exercer o seu direito de renúncia, desistindo do recurso porventura interposto pelo defensor, mas este

¹⁴ Código de Processo Penal, 1942, v. 2, p. 175.

não poderá, por si, proceder por igual forma, em se tratando de recurso manifestado pela própria parte”¹⁵.

Eduardo Espínola Filho tem a mesma linha de pensamento, em seu livro traz que “se plenamente capaz o recorrente, pode renunciar ao recurso, ou dele desistir, ainda quando interposto pelo seu defensor, ou procurador, porém a estes últimos não é dado validamente efetivar tal renúncia ou desistência, salvo com aquiescência da parte, ou estando munidos de procuração com poderes expressos” (Código de Processo Penal anotado, cit., v. 6, p. 26).

Na doutrina, portanto, prevalece o entendimento de que a vontade do acusado, apesar de não técnica, deve prevalecer sobre a do defensor.

São os fatos supervenientes à interposição do recurso, que impedem seu conhecimento. São fatos extintivos: a desistência e a deserção.

A desistência decorre da expressa manifestação de vontade do recorrente, no sentido de não prosseguir com o recurso interposto. Segundo Espínola Filho, é a expressa manifestação de desinteresse pelo seguimento do recurso¹⁶. A desistência é posterior à interposição do recurso, pois desistir decorre de algo que já se começou a fazer. De acordo com o artigo 576 do CPP, o Ministério Público não pode desistir dos recursos interpostos. O defensor somente pode fazê-lo com procuração com poderes especiais.

“Deserção é o ato de abandonar o recurso; equivale à desistência tácita ou presumida. A deserção da apelação é, assim, a desistência que a lei presume ter da mesma feito o apelante”¹⁶. Pode ocorrer da falta de preparo, quando a lei exigir. No caso da fuga do réu, foi revogado expressamente o artigo 595 do CPP, que tratava do assunto, pois ficou entendido que se o réu não precisa recolher-se à prisão para recorrer, caso fuja, a apelação não se poderá tornar deserta.

Entende-se, segundo jurisprudência, que tanto no caso de desistência como de renúncia, a vontade do defensor técnico deve prevalecer sobre a do acusado leigo, em atenção ao princípio da ampla defesa (STF, HC 77.159-4/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 18 set. 1998, p. 6; STJ, 5ª T., REsp 153.362/DF, rel. Min. Edson Vidigal, DJU, 11 maio 1998, p.

¹⁵ Código de Processo Penal, cit., 1960, v. 2, p. 307

¹⁶ Borges da Rosa, Processo Penal brasileiro, 1942, v. 4, p. 20

142143). “O conflito de vontades entre o acusado e o defensor, quanto à interposição de recurso, resolve-se, de modo geral, em favor da defesa técnica, seja porque tem melhores condições de decidir da conveniência ou não de sua apresentação, seja como forma mais apropriada de garantir o exercício da ampla defesa” (STF, 2ª T., REsp 188.703-6, rel. Min. Francisco Rezek, DJU, 13 out. 1995).

2.4. analogia como método de aplicação do direito

O instituto da analogia possui previsão legal, no art. 4º da lei de introdução ao direito brasileiro, estabelecendo que em caso de omissão da lei, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. O fato, no entanto, é que nossos magistrados, não podem inovar na ordem jurídica, entretanto, não podem se valer da ausência de previsão legal para abster-se de uma decisão, devendo se valer primeiramente da analogia.

A analogia, em grego, “*ana logon*”, significa “segundo a razão”, deste modo, o julgador ao se deparar com uma lacuna, poderá valorar o caso concreto, e pautar uma decisão em uma norma aplicável a outro instituto, desde que guarde uma semelhança em sua aplicação, ponderando a razoabilidade de sua aplicação e silogismo.

O renomado doutrinador Ferraz Junior, conceitua a analogia como um mecanismo, que pode ser aplicado pelo jurista, quando identificar uma semelhança entre dois casos e que um não possua norma expressa, mas que no entanto, a norma aplicável ao outro caso apresentaria um justo e perfeito enquadramento naquele caso

Ensina Carlos Maximiliano que a analogia, “no sentido primitivo, tradicional, oriundo da Matemática, é uma semelhança de relações. (...), portanto, resolver uma questão por analogia, é basear na presunção que duas coisas que têm entre si um certo número de pontos de semelhança possam consequentemente assemelhar-se quanto a um outro mais.

A analogia pode ser subdividida em duas modalidades, por força de compreensão e por extensão. A primeira se define pela aplicação da norma positiva a um fato compreendido em seu íntimo e vertente, apesar de não estar expressamente estabelecida em lei. A segunda, por sua vez, ocorre por extensão, melhor dizendo, quando extensiva a situações não previsíveis no ordenamento jurídico, assim, não compreendidas no seu âmago, apesar de prevista no

ponto de contato.

Elas se diferem pela não implicação no nascimento de nova norma, no caso a primeira. A segunda, por flagrante ofensa aos princípios jurisdicionais¹⁷.

Conforme ministra a eminente doutrinadora Maria Helena Diniz, a “*analogia legis*”, ou por força de compreensão, encontra esteio num preceito legal existente, sempre aplicável à hipótese semelhante, instituindo-se, assim, numa justificativa ortodoxa, num ato de reformulação normativa, resultado, primeiramente, do binômio estabilidade jurídica e segurança, em outro caso, na procura de fundamento consolidado na legislação que propicie seu enquadramento em situação real não consolidada, semelhança esta contida no ordenamento legal.

Um exemplo a ser citado é o artigo 197 da Lei de execuções penais onde aduz que caberá agravo das decisões preferidas pelo juiz, sem efeito suspensivo. Porém não determina o dispositivo, o rito processual a ser seguido. Entendem alguns que deveria ser aplicado o rito relativo ao Recurso em Sentido Estrito do artigo 582 do Código de Processo Penal, já que o agravo veio substituí-lo.

Outros entendem resolver o problema aplicando o procedimento previsto para o agravo no Código de Processo Civil, seguindo o entendimento de Júlio Fabrini Mirabete¹⁸.

A “*analogia juris*” dá perante um caso concreto não regulado pela lei, onde não há possibilidade de Analogia Legis, devido à inexistência de regramento para caso semelhante.

Segundo Carlos Maximiliano, a analogia legis se dá em situações onde não há dispositivo legal para ser aplicado ao caso nem de modo indireto, assim, faz o juiz de uma forma inteiramente nova, sem relação com nenhum fato conhecido.

Maria Helena Diniz explica que essa modalidade de analogia, conhecida, ainda, como analogia conjunta, é a combinação, formando uma norma ínsita, para disciplinar um instituto não contemplado pela lei.¹⁹

¹⁷ MORAES, Oswaldo de. A analogia no direito tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p.66- 67.

¹⁸ MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo Penal. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. São Paulo. Editora Saraiva. 1994.

A analogia juris não é apenas uma mera aplicação dos princípios gerais do direito, mas, na verdade, além de servir dos princípios, estes são aplicados aos casos concretos por via direta, sem utilização de processo analógico, enquanto a analogia legis é aplicada, ainda, indiretamente.

Maria Helena Diniz ainda, ao citar o autor R. Limongi França, demonstra ser a analogia um método de aplicação do direito, podendo servir-se de um costume ou de uma lei, mas nem por isso o direito consuetudinário ou o ordenamento jurídico são considerados espécies de analogia.

Aceitando a tese do princípio geral de direito ser uma forma de analogia, os princípios se aplicariam antes dos costumes, por força do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

PRESSUPOSTOS

Para aplicação da analogia no direito brasileiro, são necessários dois requisitos:

Primeiramente que o fato não tenha sido especificamente objetivado pelo legislador, apresentando, assim, uma lacuna na lei. O outro requisito é a possibilidade de uma interpretação extensiva que sane esta lacuna em espaços preenchidos da lei, desvendando os sentido e alcance da norma. Deve se comparar estes dois institutos e partir de premissas idênticas para que se possa chegar a conclusões coerentes.²⁰

Norberto Bobbio faz essa distinção mostrando os diferentes efeitos produzidos. Na extensão analógica, criando uma nova norma jurídica. E na interpretação extensiva dando extensão de uma norma a casos não previstos por ela²¹.

Assim, a extensão analógica cria uma nova norma jurídica, ampliando a forma de resolução dos casos que não têm previsão específica legal. Destarte, não é admitida essa extensão analógica aplicada no direito

Para a aplicação da analogia é imprescindível que o caso não possua qualquer

²⁰ R. Fac. Dir. Univ. SP. V. 105. P. 991 – 1006. Jan/dez 2010.

²¹ BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 294.

previsão legal, e, simultaneamente, um liame entre o caso que possui previsão e o que não possui, resguardando a intenção do legislador ao criar esta norma, isto é, a similitude deve residir na mesma natureza da solução daquele conflito²².

3. Aplicação analógica do NCPC no processo penal

Na verdade, a aplicação do NCPC ao processo penal é possível por meio da analogia, pois conforme preceitua o art. 3º do CPP “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito”, mas não serão aplicadas regras do NCPC quando contrariar a legislação processual penal.

Fato é que o CPP, permite o uso da analgia, independente se em benefício ou em desfavor do réu, nesse sentido por não ser norma incriminadora, assim, não fere o princípio da reserva legal. Portanto, não havendo norma no processo penal que trate de um assunto, é perfeitamente possível a aplicação análoga de normas do processo civil.

Com isso, surge a aplicação do NCPC por meio da analogia no CPP, como por exemplo, Art. 139, do CPP – Difamação; Art. 362, do CPP – citação do réu; e Art. 790 do CPP – execução de sentença penal estrangeira. Também pode ser aplicado ao processo penal por não existir matéria que disciplina o contraditório substancial do art. 10 do NCPC “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. E, além disso, também terá interpretação analógica do art. 43 do NCPC no CPP para determinar a competência quando registrar ou distribuir a ação penal. Nesse sentido Nucci traz alguns exemplos:

“O art. 207 do CPC prevê a possibilidade de se transmitir por telefone uma carta de ordem ou precatória, dependendo somente da confirmação do emissor. Não havendo dispositivo semelhante no Código de Processo Penal, tem-se usado tal preceito para a transmissão de ordens de habeas corpus, para a soltura do paciente, justamente porque mais eficaz;”

Porém, a influência do NCPC por forma da analogia no CPP vai mais além do que explicado, tendo cabimento também na cooperação nacional e internacional, previsto nos arts. 26 e seguintes do NCPC, nas ações penais privadas, previsto no art. 190 do NCPC;

²² FRANÇA, 1999, p.45-46.

calendarização do processo penal, previsto no art. 191 do NCPC; assunção de competência, previsto no art. 946 do NCPC; utilização dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, previsto no art. 976 do NCPC; também se aplica embargos de declaração, previsto no art. 1002, do NCPC por analogia no CPP quando o prazo fica interrompido para interposição de outros recursos.

E por fim, como define Orione Neto “Especificamente, o artigo 3º do Código de Processo Penal admite a aplicação analógica. Pode-se citar como exemplo do emprego da analogia, às vezes equivocadamente chamada de interpretação analógica, o cabimento do recurso em sentido estrito nas hipóteses de revogação da prisão preventiva e de concessão da liberdade provisória por analogia com o artigo 581, V, do CPP, na sua antiga redação, referente aos casos de indeferimento da prisão preventiva e relaxamento de prisão em flagrante”.²³

4. Recurso Adesivo e sua aplicação no processo penal

Recursos é uma forma de impugnar certa decisão judicial, ainda não transitada em julgado. Diante disso, surge o recurso adesivo, que nada mais é uma forma especial de interposição de determinados recursos, regulamentado em nosso ordenamento pelo artigo 900, do NCPC. C

Como conceitua Orione Neto (2009) “Dessa forma, podemos conceituar o recurso adesivo como o recurso interposto pelo recorrido contra o recorrente principal, após a fluência do prazo comum, com a finalidade de obter o reexame, pela superior instância, da parte da decisão que lhe seja desfavorável”. A viabilidade do uso do recurso adesivo, análogo ao processo civil, traz maior efetividade ao princípio da ampla defesa, pois amplia as partes mecanismos para se defenderem dentro do processo, acaba sendo uma garantia constitucional, como por exemplo, no aspecto da ampla defesa, dando à recorrente possibilidade de se manifestar de uma decisão desfavorável para o mesmo.

Diante da ausência de norma expressa no CPP a respeito do tema em questão, no sentido de que o Código de Processo Penal não trouxe resposta em relação em que quando

²³ ORIONE NETO, 2011, p. 11.

as partes são sucumbentes, uma delas decide em não recorrer, mas ao ter conhecimento sobre a existente da interposição do recurso da outra parte, se ela poderá ou não recorrer de forma adesiva, existindo uma lacuna na lei. E para resolver essa questão, uma das maneiras para preencher lacunas normativas é a utilização analogia, previsto no art. 3º, do CPP. Portanto, a lei processual penal não trouxe previsão sobre a apresentação do recurso adesivo, encontrando essa possibilidade no CPC.

Diferentemente do que ocorre no processo civil, o recurso adesivo em matéria penal só poderia ser usado pelo réu, tão logo, torna-se inconcebível que 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”.²⁷ E, além disso, pode causar temor ao réu, pois o mesmo ficaria receoso de que o Ministério Público pudesse apresentar recurso adesivo diante do seu recurso principal.

Nos termos do artigo 607 do CPP, o tribunal, câmara ou turma não poderá agravar a pena, quando somente o réu tiver recorrido, não podendo reconhecer de ofício nem os casos de nulidade se não questionados pelas partes. Desse disposto se extrai o princípio da “*reformatio in pejus*”, isto é, havendo recurso apenas do réu, não poderia ter sua situação agravada, fato que justifica a impossibilidade de interposição do recurso adesivo pela acuação quando não o tenha feito no momento adequado, pois indiretamente estaria violado o referido princípio.

Ademais o possibilidade de recurso adesivo exclusivamente pelo, também réu recebe ampara pelo princípio da “*reformatio in mellus*”, logo, se o réu pode se beneficiar pelo recurso interposto unicamente pela acusação, em analogia, nada obstaría que pudesse oferecer adesivamente um ampliamiento de sua defesa, pois, não apenas impugnaria o provimento do recurso, como também poderia por meio autônomo se defender, lutando pela minoração da pena ou até mesmo de sua absolvição.

Indaga-se se o recurso adesivo desequilibraria a igualdade entre as partes, porém, cumpre destacar que, o próprio código processual penal cria outros recursos que são de uso exclusivo da defesa, como o protesto por novo júri, embargos infringentes e de nulidade e da

revisão criminal, em verdade, trata-se em equilibrar os polos processuais, uma vez uma sentença penal desfavorável ao réu pode atingir um dos principais direitos humanos, que é a liberdade, portanto, no confronto deste com o direito de punir do Estado, deve se basear na predominância do direito de liberdade.

Há um projeto de lei, criado pelo Sr. Delegado Edson Moreira, prevendo a inclusão de um art. 580- A, no código de processo penal. O recurso adesivo teria aplicação no processo penal quando fosse admitido no recurso em sentido estrito, na apelação, agravo em execução, carta testemunhável, recurso extraordinário e no recurso especial. E o não seguimento ou a desistência do recurso principal não o impediria.

O principal fundamento para que o recurso adesivo tenha previsão no processo penal é a agilidade na fluidez do excesso de demanda para o segundo grau de jurisdição. Isso impede que a parte contrária interponha recursos meramente protelatórios, provocando o desestímulo de contestação quando a defesa não concorda com a decisão e propõe o recurso, pois até então, a parte contrária estava conformada e só contestou para prolongar mais o processo.

Diante disso, o projeto-lei explica essa situação que “Exemplificativamente pode-se citar a hipótese de réu confesso, reconhecido pela vítima e testemunhas, menor e primário, condenado por roubo majorado pela comparsaria e emprego de arma, com pena fixada no mínimo, estabelecido o regime semiaberto. O recurso da defesa, que a nenhum propósito chegará, poderá levar ao apelo da acusação, em primeiro momento inerte, o que, e em tese, poderia implicar em só pensamento da reprimenda e fixação de regime mais gravoso”.

Portanto, a aplicação do recurso adesivo no processo penal, ao contrário do que acontece no processo civil, somente seria aceita quando fosse interposto “pro reo”, não beneficiando ambas as partes, apenas a defesa.

CONCLUSÃO

Desde a publicação do CPP, em 1941, houveram significativas mudanças no contexto social e jurídico, embora este tenha passado por diversas adaptações, nenhuma previu a inserção do recurso adesivo como recurso. Ocorre que, o código de Processo Penal, permite

o uso análogo de normas processuais civis nos casos de lacunas na lei, desde que não haja previsão em sentido contrário.

É viável o uso do recurso adesivo em matéria processual penal quando visa beneficiar o réu, isto porque, recebe amparo do princípio da ampla defesa, visto que, a maior sanção em direito penal visa a restrição de um direito constitucional que é a liberdade, um direito indisponível, assim, havendo sucumbência processual, deve ser utilizado mecanismos exaustivos para a defesa do recorrido.