

O Apelo contra a Vontade do Réu

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

1. Pode parecer, em um primeiro exame, que a questão envolvendo o recurso de apelação contra a vontade do réu seja uma esdruxularia, de interesse puramente teórico e que, na prática, jamais encontre incidência. Nada mais equivocado. Todos os que militam no foro criminal já se depararam, um sem-número de vezes, com o problema, que, embora não se apresente de forma rotineira, ocorre com certa frequência, gerando perplexidade para o intérprete diante do tema, sem saber, na verdade, o caminho a ser tomado diante da eventual colidência de defesas. De um lado o réu, manifestando, expressamente, seu desejo de não apelar; do outro, a defesa técnica interpondo o recurso. Como resolver o impasse?

2. Duas correntes de pensamento se digladiam na solução da tormentosa questão. Tanto a doutrina como a jurisprudência se mostram divididas diante da complexa matéria processual, trazendo argumentos ponderáveis ora em favor da predominância da vontade do imputado, ora pela prevalência da atuação da defesa técnica com razões não menos respeitáveis.

3. Para os que sustentam que a vontade do réu deve, sempre, prevalecer, a titularidade do direito de recorrer pertence ao acusado e não ao defensor. Este há de ser fâmulos da vontade de seu cliente, pois, em última análise, o senhor primeiro da sua liberdade é o próprio réu e não seu advogado, que, apenas, atua no processo dando-lhe a indispensável assistência técnica sem, no entanto, poder intervir nos limites de atuação da autodefesa. Caso o advogado, por esta ou por outra qualquer razão, não concorde com a atitude processual do seu constituinte, cabe-lhe demitir-se do múnus que lhe foi confiado, renunciando ao mandato.

Argumentam, ainda, os defensores desta posição que o direito de recorrer é renunciável e que, portanto, o imputado, ao manifestar sua oposição ao apelo, está exercendo um direito que lhe é assegurado em lei, não podendo, assim, ser obstado em sua posição contrária à manifestação recursal. Com efeito, vige em nosso processo penal o princípio da voluntariedade dos recursos, tendo em conta a regra contida no Código respectivo que estabelece serem os recursos voluntários, excetuando-se os casos em que deverão ser interpostos de ofício pelo juiz (artigo 574 do CPP). Ora, se os recursos são voluntários, como admitir-se o apelo **contra** a vontade do

sucumbente? Em última análise, quem sucumbiu foi o próprio réu e não seu advogado, que estaria, ao apelar, tomando caminho mais realista que o próprio rei.

Esta linha de pensamento, embora nem sempre usando os mesmos argumentos aqui expendidos, tem encontrado farta aceitação no seio da doutrina e no campo da jurisprudência. Na primeira, temos a voz autorizada de Damásio para quem “o direito de recorrer pertence ao réu, não ao defensor”.⁽¹⁾ Na esteira do ensinamento daquele ilustre Procurador de Justiça e Professor de São Paulo encontra-se copiosa jurisprudência: JTACrim SP 68/374, RT 501/314, 580/290 e 614/321, RT 655/380, TAMG, A. Crim 16.084, RT 667/326⁽²⁾. O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 67.882, relator o Ministro Celso de Mello, orientou-se no sentido de que “tratando-se de direito renunciável, não se vê como possa o defensor apelar contra a vontade do réu”⁽³⁾. Coerente com tal posicionamento, o Pretório Excelso decidiu que “se o réu pessoalmente renunciou ao direito de apelar, tendo recorrido o defensor, subindo os autos, deve o Tribunal não conhecer do recurso, não sendo de homologar a renúncia” (cf. RT 597/425 e HC 65.572, DJU, 12.02.88, p. 1381).⁽⁴⁾

Seguindo tal orientação sempre defendi, no exercício da Procuradoria de Justiça, quer perante o Tribunal de Alçada Criminal - RJ, quer perante o Tribunal de Justiça - RJ, em linha de preliminar, que o apelo interposto pela defesa técnica, contrariando a vontade expressa do réu no sentido de que não desejava apelar, não merecia conhecimento, eis que, em última análise, o acusado é o senhor primeiro do seu direito de liberdade bem como que o Código de Processo Penal adotou, como regra, o princípio da voluntariedade dos recursos (artigo 574 do CPP).

4. Hoje assim não penso. Meditando mais atentamente sobre a matéria, parece-me que a melhor posição é a esposada por aqueles que sustentam a prevalência da vontade da defesa técnica no caso de colidência com a manifestação do réu, devendo, em tal hipótese, ser conhecida a apelação.

Desde logo, impõe-se uma observação que deve ser feita em relação à legitimidade do defensor para recorrer. Nessa ordem de idéias, não me sabe acertada a afirmação de que a titularidade do direito de recorrer pertença **somente** ao imputado e não ao defensor. Tal colocação encontra formal desmentido na própria lei processual, pois que nela está dito, com todas as letras, que o recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, **seu procurador ou seu defensor** (artigo 577 do CPP, grifos meus). Em outras palavras: tanto o réu, em defesa material, pode apelar da sentença como o seu defensor, seja ele constituído

¹ *Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

² Referências à jurisprudência *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

³ Referências à jurisprudência do STF, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

⁴ Referências à jurisprudência do STF, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

seja ele dativo. É caso de interpretação literal da lei, que, no meu entendimento, não comporta tergiversação. Aliás, é por tal razão que o artigo 392, incisos II e III do CPP determina a intimação do réu e do defensor constituído para ciência da sentença, conforme o caso. Não teria sentido tal dispositivo caso o defensor não tivesse legitimidade para recorrer no caso de silêncio ou de recusa do réu em apelar. Para que, então, intimá-lo? Observe-se, por oportuno, que, na atualidade, a jurisprudência, ampliando os estreitos limites de lei processual, e a meu ver com inteiro acerto, consagra que, em qualquer caso, devem **sempre** ser intimados da sentença condenatória o réu e seu defensor, constituído ou dativo. Nem teria sentido manter-se a limitação contida no artigo 392 da Lei de Ritos diante do preceito constitucional da garantia da **ampla defesa** com os meios e **recursos** a ela inerentes. (artigo 5º, LV da Constituição Federal, grifos meus).

Outra afirmação que me soa temerária é a de que o direito de recorrer, sendo renunciável, não pode admitir oposição à vontade do réu quando ele afirma que não deseja apelar. É meu pensar que irrenunciável, isto sim, é o direito à liberdade, assegurado na Constituição Federal (artigo 5º, XV, LXI, LXVII e LXVIII), que, à toda evidência, há de sobrepor-se a qualquer outra limitação advinda da lei ordinária.

Merece destaque, da mesma maneira, o argumento segundo o qual o réu, como leigo, não dispõe de condições para aquilatar a extensão da renúncia ao apelo. Como um leigo pode avaliar da necessidade ou mesmo da mera conveniência a respeito da interposição de um recurso? Como? Esta, aliás, é a razão mais sufragada pela jurisprudência em favor da prevalência da vontade da defesa técnica sobre a vontade do réu. Vejam-se os seguintes julgados: A Crim 319.027, 7ª Câm do TA-Crim SP, em 02.12.82 - v. u. -, RT 589/333, TJSP, A Crim 47.206, RJ, TJSP 104/467 e 468; A Crim 58.102, RT 628/305; TACrim SP, A Crim 548947, RJ, TACrim SP 2/225, TJSP A Crim 79374 e outros. Averbem-se, por sinal, que o próprio Pretório Maior já decidiu neste sentido (STF, HC 65572) ⁵.

Mas há outros, muitos outros, argumentos que validam o entendimento aqui defendido.

O primeiro deles reside no fato de que enquanto a autodefesa é dispensável, em seu exercício, a defesa técnica não comporta abstenção. Queira ou não, o réu contará sempre com a defesa do técnico em direito no processo penal. Na verdade, segundo estabelece a lei processual penal, nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor (artigo 261 do CPP), complementando-se tal dispositivo pelas regras imperativas constantes dos artigos 263 a 265 c/c 564, III, "c" do mesmo Código, todas no sentido de assegurar a presença

⁵ Referências à jurisprudência do STF e outros, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

natureza processual, nada mais são que um desdobramento da norma constitucional que assegura aos acusados em geral a garantia da ampla defesa. (artigo 5º, LV da Constituição Federal). E ela não existiria sem a presença do experto em direito ao lado do imputado no decorrer de **todo** o processo. Já a autodefesa, ao contrário, pode ser dispensada desde que assim o deseje o próprio acusado. Ele pode exercê-la ou não. Dí-lo, às expressas, o artigo 186 do CPP ao garantir ao réu o direito ao silêncio. E a Constituição Federal dá ao preso o direito de permanecer calado (artigo 5º, LXIII), **assegurando-lhe**, porém, a assistência de advogado, mesmo quando ainda não instaurado o processo (artigo 5º, LXIII), onde em boa técnica, não se pode, sequer, falar em acusação mas, tão-somente, em mera indicição. Ora, se assim é, vê-se que não só a lei processual como também, e principalmente, a Constituição Federal emprestaram muito maior relevo à defesa técnica, sem dispensar, evidentemente, que, ao seu lado, figurasse a defesa material. Aliás, é de bom alvitre por em registro, que a lei processual permite até que, por ordem judicial, o réu seja retirado do recinto onde tem lugar a instrução criminal probatória, na hipótese a que alude o artigo 217 do CPP, não abrindo mão, jamais, da presença do defensor. A ressalva consta expressamente da lei processual. É mais uma evidência da prevalência que a lei emprestou à defesa técnica sobre a defesa material.

Assim pensando, vê-se que, na colidência de defesas no caso da interposição de recurso, deve prevalecer a vontade daquele que, pela interpretação sistemática da lei, mereceu, acertadamente, maior prestígio por parte do legislador.

Mas ainda há o que dizer. Ocorreria uma hipótese em que, mesmo para os sequazes da predominância da vontade do réu no sentido da não-interposição do recurso, tal ponto de vista não poderia prevalecer. Refiro-me ao caso singular do acusado menor (artigo 194 do CPP). Aqui, o curador é nomeado com o fim de suprir a relativa incapacidade do imputado, como de conhecimento vulgar. Pois bem: não teria sentido que prevalecesse a vontade do incapaz sobre a do seu curador, caso o primeiro, contrariando o segundo, manifestasse desejo de não apelar. Em ocorrendo o conflito de vontades, haveria, necessariamente, de prevalecer a vontade do curador no sentido da interposição de recurso, uma vez que o réu não teria plena capacidade para decidir e, justamente, por tal razão o curador se faz presente no processo.

Cabe, ainda, outra colocação, esta de natureza constitucional, que ratifica, sem dúvida, a posição de predominância da defesa técnica. Na realidade, estabelecendo a Lei Maior a garantia do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV), acrescenta que esta se dará “com os meios e recursos a ela inerentes”. A ilação que se pode extrair do mandamento constitucional é a de que a “ampla defesa” só se dá desde que usados os recursos que a integram. É mais um argumento em prol da validade do apelo da defesa técnica contrariando a vontade do réu.

Incumbe assinalar que o apelo em nada prejudicaria o réu, dada a vedação da *reformatio in pejus*, expressamente prevista no artigo 617, *in fine*, do CPP. Em outras palavras: por que impedir-se um recurso que só poderia, em última análise,

trazer benefício ao acusado? Portanto, ainda que se analise o *thema* no plano prático ou da mera conveniência só vantagens adviriam para o imputado com a admissão do apelo. Por que descartá-la?

Ao que foi dito há que somar-se um novo dado, extraído da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, que dispôs sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Ao tratar da atividade da advocacia (Título I, Capítulo I), estabelece o artigo 2º, § 2º da referida lei que constitui *múnus público* do advogado, em processo judicial, a “postulação de decisão favorável” (grifo meu) ao seu constituinte. Ora, se a lei assim cuidou da matéria, acaso não haveria ilogismo em vedar-se o conhecimento de um recurso que só benefícios poderia trazer para o réu, cerceando a ação do advogado ao buscar, para seu constituinte, decisão mais favorável e sem qualquer risco para o acusado?

Não terminam aí as razões em favor do conhecimento do apelo em tais circunstâncias. É que, como sabido, o Ministério Público pode impetrar *habeas corpus* em favor do réu (artigo 654, *caput*, parte final do CPP). Suponha-se, à guisa de argumentação, que o réu, uma vez condenado em processo manifestadamente nulo, ao ser intimado de forma pessoal de sentença condenatória, alegasse que não desejava apelar e que a defesa técnica, por fas ou por nefas, não apelasse do decisum eivado de nulidade absoluta. Acaso tal sentença deveria subsistir? Evidentemente que não; bastava a impetração de *habeas corpus* pelo Ministério Público objetivando desconstituir o julgado nulo, que, uma vez acolhido, faria desaparecer a condenação ilegal, pouco importando a vontade do réu. Vê-se, aqui, de forma bem nítida, como o verdadeiro valor absoluto e irrenunciável é a liberdade, que não pode ser tolhida em caso algum. Queira ou não o réu.

É preciso ter em conta que o Ministério Público pode, também, apelar em favor do réu, sem necessitar de aquiescência do imputado. Impõe-se registrar que, embora a lei processual penal não contenha expressa previsão a respeito do recurso em questão, tal como ocorre, por exemplo, em relação ao *habeas corpus*, como já assinalado, o Ministério Público tem não só legitimidade como interesse em recorrer contra a sentença condenatória ilegal ou injusta. Assim já se manifestou o Pretório Excelso em mais de uma oportunidade (RECrIm 86.088, DJU, 18.02.77, p. 9037 e RECrIm 91.836, DJU, 12.12.80, p. 10582). Esta, por sinal, era a orientação seguida pelo saudoso Ministro Cordeiro Guerra (RT 547/441 e 442).⁶ Aliás, merece reparo a expressão “recurso em benefício do réu”, pois, na verdade, o Ministério Público não apela em favor do acusado mas sim no sentido de ver realizada a justiça, objetivo maior da Instituição. Surge, assim, de maneira insofismável, que, quando em jogo direitos indisponíveis (dentre os quais a liberdade ocupa o primeiro plano), a vontade do réu não conta.

⁶ Referências à jurisprudência do STF e outros, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

Mas ainda há o que dizer em relação ao assunto. No caso de concurso de agentes, a decisão de recurso interposto por um dos réus, se fundada em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros. É caso de mera extensão do julgado (artigo 580 do CPP). Avente-se a seguinte hipótese: em determinado feito criminal são condenados dois réus, que agiram em concurso. Um deles apela sustentando, por exemplo, a atipicidade do fato. Já o outro, não importa o motivo, manifesta vontade de não apelar. O Tribunal, conhecendo do recurso, caso acolha as razões do apelante de que o fato não constitui infração penal, fará estender ao co-réu que não apelou os efeitos da decisão, pouco importando tenha o outro imputado concordado com a condenação ilegal. É mais um argumento a demonstrar como é de pouca valia a vontade do réu em face de dois valores indisponíveis: o da liberdade e o da realização de justiça.

É por tal razão, aliás, que os tribunais podem conceder *habeas corpus* de ofício quando verificarem, no curso do processo, que alguém sofre ou se encontra na iminência de sofrer constrangimento ileg¹ (artigo 654, § 2º do CPP), pouco valendo a vontade do acusado. O Supremo Tribunal Federal, por sinal, já admitiu a admissibilidade de extensão do julgado a que se refere o artigo 580 do CPP até mesmo pela via angusta do *habeas corpus* (RTJ 101/127)², que, como sabido, pode ser impetrado por qualquer pessoa em favor do réu, contando ou não com a sua aquiescência.

A doutrina, ao examinar o tema, igualmente, também já manifestou entendimento no sentido da posição aqui assumida no caso em que a autodefesa e a defesa técnica sigam linhas antagônicas. Registre-se o ensinamento: “divergência entre a posição do acusado e a do defensor também pode ocorrer quando o primeiro, intimado da sentença”, alega que não deseja apelar, vindo, ao empós, o defensor a recorrer, quando, por sua vez, intimado. Nesses casos, entende-se deve prevalecer a posição da defesa técnica, mais benéfica ao réu...

O não-conhecimento do recurso, nesta hipótese, acarreta nulidade.³

Portanto, sempre que não for possível obter-se a desejável interação da autodefesa com a defesa técnica em matéria de interposição do apelo, há que prevalecer o caminho traçado pelo *expert* em favor do recurso, sem dúvida mais benéfico ao réu, bem como por atender ele, dentro da melhor técnica, aos princípios que tutelam o direito de defesa no campo da lei processual penal e, principalmente, perante a Constituição Federal.

Seria de todo conveniente, para evitar o desencontro, que os Tribunais superiores estabeleçam ato normativo (Provimento) recomendando aos juizes do primeiro grau de jurisdição que, quando possível, a intimação da sentença condenatória

¹ Referências à jurisprudência do STF e outros, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 384, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

² *As nulidades do Processo Penal*, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, pág. 79, Malheiros Editores, 4ª Edição.

para o réu se desse na presença do seu advogado. É certo que a providência, sem dúvida salutar, não impediria a eventual divergência quanto à interposição do apelo, mas serviria, não há negar, para tornar menos freqüente a colidência de defesas.

* **Sergio Demoro Hamilton** é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula, ex-Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis - RJ e ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.