



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Recurso de Ofício no Processo Penal

Márcia de Paula Domingues

Rio de Janeiro
2010

MÁRCIA DE PAULA DOMINGUES

O Recurso de Ofício no Processo Penal

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2010

O RECURSO DE OFÍCIO NO PROCESSO PENAL

Márcia de Paula Domingues

Graduada pela Universidade Estácio de Sá

Resumo: O trabalho enfoca a questão do recurso de ofício e sua incompatibilidade com o sistema acusatório, no qual se garante a imparcialidade do órgão jurisdicional e a pretensão acusatória exercida pelo Ministério Público. O trabalho a ser desenvolvido buscará demonstrar os pontos controvertidos acerca do tema sobretudo diante das constantes mudanças que vêm gradativamente modificando o diploma processual penal.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. O Recurso de Ofício no Processo Penal e o Sistema Acusatório. Constitucionalidade do Recurso de Ofício.

Sumário: Introdução. 1. Breve Origem histórica do Recurso de Ofício. 2. Sistemas Processuais. 2.1. Sistema Inquisitivo. 2.2. Sistema Acusatório. 2.3. Sistema Misto. 3. Natureza Jurídica. 4. Hipóteses do Recurso de Ofício elencadas no processo penal. 5. Recurso de Ofício da Absolvição Sumária. 6. Constitucionalidade do Recurso de Ofício. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a questão do recurso de ofício e sua incompatibilidade com o sistema acusatório, no qual se garante a imparcialidade do órgão jurisdicional e a pretensão acusatória exercida pelo Ministério Público. Importa refletir a origem histórica do recurso de ofício, ou reexame necessário ou ainda duplo grau obrigatório, diante do espírito autoritário

do Código de 1941. Expõe sobre a revogação tácita do recurso de ofício no contexto da absolvição sumária no procedimento do júri com o advento da Lei 11.689/08, adequando-se ao recurso voluntário. Examina o recurso de ofício diante do sistema inquisitório reinante no século XIV que visava obstar o poder e a onipotência dos juízes e o atual Estado Democrático de Direito. Analisa, também, as hipóteses elencadas no art. 574 do Código de Processo Penal e na legislação extravagante. Aborda, outrossim, o recurso de ofício ou necessário como condição de eficácia da sentença, esperando, ao final, concluir se o recurso de ofício encontra respaldo dentro de um contexto normativo garantista.

Esta pesquisa tem relevância por tratar de um instituto que vai de encontro com o sistema penal acusatório, fruto de um sentimento de respeito à dignidade da pessoa humana, e que a sociedade clama por preservá-lo. Releve-se, portanto, que a importância do presente estudo não é só para os operadores do direito, mas também para a sociedade em geral, que vivencia a dinâmica do processo penal num contexto normativo garantista, onde não se admite mais espaço para os resquícios do sistema inquisitivo.

O presente artigo analisa o tema abordando questões controvertidas, quais sejam, se o recurso de ofício é compatível com o princípio da voluntariedade dos recursos, uma vez que os recursos são interpostos voluntariamente, ou seja, dependem da livre manifestação de vontade das partes; se o recurso de ofício se coaduna com o sistema acusatório, no qual se garante a imparcialidade do órgão jurisdicional; se o recurso de ofício permanece por força do art.574 inciso II do Código de Processo Penal ou se houve revogação do referido dispositivo, com a edição da Lei 11.689/2008. Analisará, ainda, a natureza jurídica do recurso de ofício para aqueles que o admitem em vigor.

Procura-se discutir os argumentos constitucionais, processuais e históricos no sentido de não admitir tenha sido o recurso de ofício recepcionado pela Constituição da República.

Analisaré o posicionamento da não recepção do recurso de ofício pelo sistema constitucional vigente, demonstrando os dispositivos legais e os fundamentos doutrinários que sustentam essa tese, utilizando como principal argumento a incompatibilidade com o sistema penal acusatório e o princípio da voluntariedade dos recursos. Outrossim, pretende demonstrar os pontos controvertidos acerca do tema, ratificando a sua não recepção pela Constituição da República, sobretudo diante das constantes mudanças que vêm gradativamente modificando o diploma processual penal e a passos largos consagrando o que se pretende defender no presente trabalho.

1. BREVE ORIGEM HISTÓRICA DO RECURSO DE OFÍCIO OU REEXAME NECESSÁRIO OU DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO

Por definição, recurso é o meio de provocar reforma ou modificação em sentença judicial desfavorável. Os recursos são meios de impugnação voluntária e dependem da vontade da parte sucumbente, que possui a prerrogativa exclusiva de se insurgir contra a decisão judicial.

O Código de Processo Penal prevê em algumas hipóteses, o cabimento do recurso de ofício, o que acaba sendo um resquício do sistema inquisitivo. No entanto, com o advento da nova ordem constitucional, surgem dúvidas sobre a sua manutenção.

O recurso de ofício é de origem portuguesa e objetivava frear o poder ilimitado dos juízes e conter os abusos decorrentes do sistema inquisitório que predominava à época na Europa, século XIV. Assim, no intuito de que a autoridade soberana não se transformasse em um instrumento de perseguição e vingança, instituiu-se a apelação *ex officio*.

Para entender a sistemática do recurso de ofício, mister se faz o estudo dos sistemas processuais penais.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS

2.1. SISTEMA INQUISITIVO

Consoante os ensinamentos de RANGEL (2009), surgiu após o sistema acusatório privado. O sistema inquisitivo é aquele em que o juiz procede à colheita, obtenção e avaliação das provas, concentrando as funções de acusar e julgar em uma única pessoa – o juiz, de tal sorte que ao julgar inexistente a imparcialidade, princípio indispensável à sua função, tendo em vista que o juiz se confundia com o órgão acusador e desde logo já fazia o pré-julgamento. Privilegia, portanto, os poderes instrutórios do juiz.

Outrossim, caracteriza-se pelo sigilo dos atos processuais, no qual são excluídos o contraditório e os direitos da defesa, em razão de sua natureza demasiadamente interventiva. Ressalta CARVALHO (2006) que se admitia, até mesmo a tortura como meio legal de obtenção de prova e confissão, além de provas como as de água fervente, ferro em brasa, dentre outras, o que denota um desrespeito total com a dignidade da pessoa humana e com a própria justiça.

Dessa forma, não restam dúvidas de que o sistema inquisitivo é incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que não se respeita a dignidade da pessoa humana e não contempla o acusado como titular de direitos, mas sim como objeto do processo. Não se coaduna, assim, com o direito penal constitucional, que tem como primado o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório tem origens no direito grego, onde havia participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Havia o sistema de ação popular para os delitos graves e a acusação privada para os menos graves.

Tal sistema tem o juiz como sujeito separado das partes e o julgamento iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, como afirma FERRAJOLI (2002). O acusador e o acusado ficam em pé de igualdade, de tal sorte que há separação entre as funções de acusar, defender e julgar, respeitando-se as garantias constitucionais.

Esse sistema vigorou até o século XII e foi criticado, tendo em vista que dificultava a apuração da verdade e foi se mostrando insuficiente para as novas necessidades de repressão aos delitos, gerando insatisfação, fazendo com que os juízes invadissem gradativamente as atribuições dos acusadores privados, daí porque a reunião em um mesmo órgão – o Estado-Juiz - das funções de acusar e julgar.

Por derradeiro, o sistema acusatório foi sendo substituído paulatinamente pelo inquisitivo e chegou-se à conclusão de que a acusação não poderia ficar por conta dos particulares, uma vez que comprometia o combate à delinquência.

Dessa forma, os Juízes passaram a proceder de ofício e o sistema acusatório acabou por fortalecer o sistema inquisitivo até o século XIV, o qual se alastrou em diversas legislações.

Todavia, diante dos métodos degradantes e desumanos utilizados pelo sistema inquisitivo, no século XVIII, foram surgindo reações contrárias a ele, gerando um abandono de tal sistema, ressurgindo, assim, o sistema acusatório, vigorando novamente a separação entre as funções de acusar, defender e julgar concentrada nas mãos de pessoas distintas, a saber: o autor, o juiz e o réu, assim como a garantia do contraditório e da ampla defesa, norteando todo o processo.

Atualmente é o sistema vigente em nosso ordenamento, pois a Constituição da República outorgou privativamente ao Ministério Público a função de promover privativamente a ação penal pública, a teor do art. 129, I. Entretanto, no entender de RANGEL (2009), não é puramente acusatório em sua essência, uma vez que há resquícios que se podem observar em várias passagens do Código de Processo Penal.

De acordo com o mestre JARDIM (1997), o Ministério Público desempenha uma função de maior importância, assumindo a titularidade da ação penal, produzindo prova e deixando o Juiz equidistante do conflito de interesses.

2.3. SISTEMA MISTO

É também denominado como sistema acusatório formal. É fortemente influenciado pelo sistema acusatório privado de Roma. Tem também comunicação direta com o posterior sistema inquisitivo desenvolvido a partir do direito canônico e da formação dos Estados

Nacionais sob o regime da monarquia absolutista. É ainda o sistema adotado em vários países da Europa e da América Latina, como por exemplo, a Venezuela.

Esse sistema é dividido em duas fases, a saber: a instrução preliminar, denominada em alguns países como juizado de instrução e a judicial. A primeira é lastreada no sistema inquisitivo, mantendo o juiz na colheita das provas, ainda que na fase preliminar da acusação. A segunda fase é marcada pela acusação, em regra realizada pelo Ministério Público.

Diz-se sistema misto porque possui características tanto do sistema inquisitivo como do acusatório. O procedimento inicia de forma secreta, sem contraditório e ampla defesa. Contudo, na fase judicial, assegura-se ao acusado as garantias do contraditório e da ampla defesa, assim como a publicidade dos atos processuais.

RANGEL (2009) entende que o sistema misto (juizado de instrução), não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação.

3. NATUREZA JURÍDICA DO RECURSO DE OFÍCIO

A discussão acerca da natureza jurídica do tema, conquanto longe de receber tratamento consensual, é considerada de forma majoritária como mera condição de eficácia da sentença e não como de natureza recursal, porque segundo afirma renomada doutrina, de recurso não se trata. Isso para aqueles que admitem o recurso de ofício recebido pela ordem constitucional

A ilustre jurista GRINOVER (2009) argumenta que o juiz não tem interesse em recorrer, não podendo impugnar sua própria decisão. Daí porque os casos de necessidade do duplo grau de jurisdição, em que a sentença de primeiro grau deva ser submetida à

confirmação do segundo grau, não constituem conceitualmente recursos. Afirma tratar-se de condição de eficácia da sentença.

O citado posicionamento é referendado por RANGEL (2009), que embora não o admita em vigor, ressalta que para quem assim entende, tem a natureza jurídica de uma condição, uma condição de eficácia da decisão.

O mestre TOURINHO FILHO (2009), distingue os recursos voluntários e os necessários, afirmando quanto aos voluntários, ser um ônus da parte sucumbente em recorrer. De outro lado, assevera que com relação aos necessários, deve o Juiz interpor recurso necessariamente. Denomina o recurso de ofício com sendo recurso necessário. Alega que em sendo o recurso o resultado de um inconformismo, evidentemente o recurso necessário não poderia ser considerado recurso, pois o Juiz não ficaria inconformado com sua própria decisão. Mas acrescenta que ele tem o dever de recorrer de ofício por ser o recurso de ofício uma providência, uma medida com previsão legal em situações excepcionais. Ratifica a natureza de condição de eficácia da decisão, tanto assim que a súmula 423 do STF dispõe que não transita em julgado a sentença que haja omitido o recurso *ex officio*.

Uma outra acepção afirma que há decisões que devem ser prolatadas por mais de um órgão julgador, ou seja, em dois graus de jurisdição, em razão de sua matéria. São hipóteses em que a sentença é ato complexo e em tais casos o reexame necessário seria a via que possibilitaria a integração da sentença pela instância superior. Essa posição é defendida por MALCHER (1999).

NUCCI (2008) aduz que a terminologia utilizada pelo Código de Processo Penal – recurso de ofício – é equivocada, pois em sendo o recurso uma demonstração de inconformismo, não há como se falar que o juiz recorre de ofício de seu próprio julgado.

Nessa linha de raciocínio, o termo correto para a hipótese descrita no art. 574, I do Código de Processo Penal seria o duplo grau de jurisdição.

Adverte PACHELLI (2008) que para haver recurso de ofício seria necessário que o juiz tivesse iniciativa penal, o que não ocorre no ordenamento jurídico e acrescenta que a despeito de o Código de Processo Penal utilizar a terminologia recurso de ofício, a revisão somente seria viável pela via do reexame necessário.

MIRABETE (2006, p. 636) por sua vez entende tratar-se de “recurso anômalo, sendo considerado por muitos uma extravagância judiciária e arcaica, hoje totalmente desnecessária”.

4. HIPÓTESES DO RECURSO DE OFÍCIO ELENCADAS NO PROCESSO PENAL

Em regra, todo recurso objetiva a reforma de uma decisão. Em princípio, cabe à parte que se mostrar inconformada interpô-lo de forma voluntária. Todavia, há exceções ao princípio da voluntariedade dos recursos, prevendo a legislação processual o chamado recurso de ofício, que se mostra como uma imposição legal ao Magistrado, ou seja, o Juiz deve interpor obrigatoriamente recurso de sua decisão nos casos especificados em lei.

A legislação processual prevê quatro situações excepcionais nas quais teriam incidência o recurso de ofício. As duas primeiras hipóteses estão elencadas nos incisos I e II do art. 574 do Código de Processo Penal (CPP).

A primeira situação em que o CPP condiciona a validade da decisão ao recurso de ofício, é no caso de sentença que conceder *habeas corpus*.

De acordo com PACELLI (2008), que não aceita sua vigência, essa imposição de reexame necessário é fruto do autoritarismo do Código de 1941. Sustenta que vigora o princípio da inocência, só se justificando a prisão diante da existência de circunstâncias necessárias, cabendo ao Ministério Público a demonstração da necessidade da prisão e por essa razão também caberia ao Ministério Público, responsável pela persecução penal, a revisão da sentença que concedesse *habeas corpus*.

NUCCI ((2008), citando Pelegrini e Faria, aduz ser esta hipótese justificável em razão de que à época da edição do Código de Processo Penal não cabia recurso por parte do Ministério Público nessas hipóteses, determinando a lei, então o duplo grau de jurisdição obrigatório, visando o controle dessas decisões. Acrescenta, contudo, que atualmente o Ministério Público poderá manejar o Recurso em Sentido Estrito da sentença que conceder ou negar *habeas corpus*, a teor do art. 581, X, do Código de Processo Penal, razão por que seria desnecessário o recurso de ofício.

A segunda é da sentença que absolver desde logo o réu. Nessa hipótese, a doutrina vem sustentando de forma majoritária que não subsiste mais o recurso de ofício. Essa hipótese será tratada num capítulo à parte.

A terceira situação excepcional que autoriza o recurso de ofício é encontrada no art. 746 do CPP, nos casos de decisão que conceder a reabilitação.

A reabilitação garante o sigilo da condenação. Ela é regulada pelos artigos 93 a 95 do Código Penal. No entanto, LOPES (1999) pondera que o mais importante efeito da reabilitação - que é assegurar ao condenado o sigilo dos registros do processo - já é obtido pela aplicação do art. 202 da Lei 7.210/84, que aliás é muito mais vantajoso por não ter que aguardar o decurso de dois anos do dia em que a pena foi extinta, requisito esse exigido para requerer a reabilitação.

Todavia, MIRABETE (2006) sustenta não ter sido o recurso em questão abolido pela Lei de Execução Penal – Lei 7210/84, pois o instituto da reabilitação, previsto no Código Penal e na referida lei são compatíveis.

De qualquer forma, essa hipótese de recurso de ofício também é criticada por parte da doutrina, uma vez que em sendo intimado o Ministério Público poderia perfeitamente interpor o recurso de apelação, que seria cabível para a hipótese.

PACELLI (2008) questiona qual seria o interesse público em reexaminar-se a decisão que concede a reabilitação se a própria decisão da condenação não se sujeita ao duplo grau obrigatório.

No entanto, a jurisprudência dominante nos nossos tribunais não tem visto a reabilitação com reservas e têm analisado os recursos de ofício dessas decisões, provendo-os ou improvendo-os, sem negar-lhes vigência.

A quarta e última exceção tem previsão na legislação extravagante, qual seja, Lei 1521/51, que trata dos crimes sobre a economia popular, dispondo o art. 7º que os juízes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial.

Com relação a essa situação, há que salientar que a matéria relativa aos crimes contra a economia popular é regulada pela lei 8137/90, conforme observa PACELLI (2008). O mesmo autor pondera que se o Ministério Público é parte ativa no processo não haveria razão para o reexame necessário e se for o caso de arquivamento é de pressupor que o requerimento emana do próprio membro do *parquet*.

É importante ressaltar que é jurisprudência pacífica de que não cabe recurso de ofício nas decisões relativas aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, embora sejam espécies de

delitos contra a saúde pública, por receberem tratamento em legislação especial – Lei 11.343/06.

Todas as hipóteses são criticadas por grande parte da doutrina, ao argumento de não terem sido recepcionadas pela Constituição, como será abordado oportunamente.

5. RECURSO DE OFÍCIO DA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA

Essa hipótese merece ser tratada em tópico separado, pois a doutrina e jurisprudência de forma majoritária vêm admitindo que com o advento da Lei 11.689/08 tal recurso não mais subsiste.

A redação primitiva do art. 411 do Código de Processo Penal tratava da absolvição sumária no Júri e estabelecia que o Juiz deveria recorrer de ofício de sua decisão. Todavia, na redação do art. 415 do referido diploma, também alterado pela Lei 11.689/08, o legislador não faz menção à necessidade de recurso de ofício nas hipóteses de absolvição sumária. Contudo, não revogou expressamente o art. 574, II, do CPP, que menciona o o recurso de ofício da decisão de absolvição sumária.

RANGEL (2009, p. 617), afirma de forma categórica que o recurso de ofício da absolvição sumária foi expressamente revogado pela Lei 11.689/08 e o legislador não fez menção ao art. 574, II do Código de Processo Penal por “pura falta de técnica e ignorância”.

GOMES (2008), também afirma que no caso da absolvição sumária o recurso de ofício não mais subsiste, aduzindo que se não há mais essa exigência no art. 415 do CPP, pode-se concluir que não há mais necessidade de remessa dos autos para a confirmação da sentença. Releva que deve ser feita uma interpretação sistemática com a reforma processual penal, cabendo à parte que se sentir prejudicada manejar o recurso de apelação.

De igual forma, NUCCI (2008) reputa extinto o recurso de ofício nas hipóteses de absolvição sumária, apontando duas razões. A primeira porque o art. 574, II do CPP faz expressa menção ao art. 411 do citado diploma. Todavia, a Lei 11.689/08 transferiu o conteúdo desse artigo para o art. 415, o qual por sua vez não faz qualquer referência à necessidade do recurso de ofício, que denomina de duplo grau de jurisdição obrigatório. A segunda razão se deve ao fato de que o art. 574 II do CPP faz referência às hipóteses de absolvição com fundamento em excludente de ilicitude ou culpabilidade, não abarcando as demais hipóteses do art. 415 do CPP.

Conclui o referido mestre que não haveria sentido algumas decisões de absolvição sumária se sujeitarem ao recurso de ofício e outras não. Por essas razões reputa o recurso de ofício eliminado, nos casos de absolvição sumária no procedimento do júri.

Não é diferente o posicionamento de BADARÓ (2008) ao afirmar como todos acima citados que tal recurso não mais subsiste. Defende que a redação do art. 415 que correspondia ao antigo art. 411 não faz mais essa previsão, de sorte que o inc. II do art. 574 do CPP restou tacitamente revogado, tendo em vista que fazia remissão ao art. 411, o qual previa o recurso de ofício e não mais prevê consoante os termos do art. 415 do CPP.

PRADO (2008) concordando com a doutrina mencionada, da mesma forma entende ter havido revogação expressa do recurso de ofício no atual art. 416, aduzindo parecer ser inequívoco que ao menos nessa hipótese houve supressão do duplo grau obrigatório. Salienta que para os casos de absolvição sumária a lei adequou o recurso cabível – que é o de apelação, conforme o art. 416 do CPP.

Aduz, ainda, que a supressão do recurso de ofício para os casos de absolvição sumária tem aplicação imediata, de modo que aqueles recursos ainda não apreciados pelo

Tribunal não devem ser conhecidos, prevalecendo a decisão de absolvição sumária do Juiz de 1º grau.

Com efeito, assim vem agindo a jurisprudência. No Reexame Necessário 2009.052.00050, da Relatoria do Desembargador Marcus Basílio, a C. 1ª Câmara entendeu que como a Lei 11.689/08 não mais previa a necessidade do reexame necessário da decisão que absolve sumariamente o acusado, deveria ser aplicada imediatamente, até porque mais favorável ao agente e sob esse argumento, não conheceu do recurso.

No mesmo sentido foi o julgamento do Reexame Necessário 0148970-13.2009.8.19.0004, da Relatoria da Desembargadora Suimei Meira Cavalieri, em que a C. 3ª Câmara Criminal, por unanimidade, firmou o entendimento de não fazer mais sentido o duplo grau obrigatório no caso de absolvição sumária, haja vista que o art. 574, II do CPP faz referência ao art. 411, o qual ao ser substituído pelo art. 415 do mesmo diploma, não fez qualquer alusão ao recurso de ofício.

Assim, parece não haver mais dúvidas, ao menos com relação ao recurso de ofício das sentenças de absolvição sumária, de que foi esse revogado expressamente, pelas razões acima citadas.

6. CONSTITUCIONALIDADE DO RECURSO DE OFÍCIO

Há uma grande discussão na doutrina no sentido da não recepção do recurso de ofício pela Constituição da República, apontando fortes argumentos nesse sentido.

PRADO (2008, p. 350) defende que o recurso de ofício não foi acolhido pela Constituição, aduzindo não se tratar de recurso, mas de “desdobramento do exercício dos direitos de ação e defesa” e como tal é imprescindível o interesse da parte. Afirma todavia,

que a despeito da ausência do requisito da voluntariedade, o duplo grau obrigatório tem previsão legal e seu fim exclusivo é condicionar a eficácia das decisões favoráveis ao acusado.

No entender de RANGEL (2009), o recurso de ofício também não foi recepcionado pela Carta Magna, pois tal recurso, em sua origem visava conter os abusos do juiz no contexto do sistema inquisitivo, porém, perdia sua vigência e validade diante do sistema acusatório, no qual a pretensão acusatória é exercida pelo Ministério Público e não pelo Juiz. Por questões históricas, ele era compreensível, mas não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Ensina o consagrado mestre que não pode haver recurso que não seja voluntário, pois todo recurso pressupõe a vontade de recorrer, ausente no magistrado. Além disso, só pode ser interposto pelas parte, não sendo o juiz parte. Outrossim, é imprescindível o interesse para que seja conhecido. Alega também que o Juiz não pode ser obrigado a interpor um recurso em nome da parte, concluindo, por fim, pela sua não recepção pela Constituição.

PACELLI (2008) também rechaça a vigência do recurso de ofício, compreendendo-o no contexto do sistema inquisitivo, tendo em vista que a instauração da ação penal era de iniciativa do próprio juiz. Assinala que como o Juiz podia propor a ação penal, com muito mais razão poderia recorrer de ofício. Todavia, aduz que não há como aceitá-lo dentro de um contexto normativo garantista e ainda sob o prisma de que a titularidade da ação penal é de iniciativa privativa do Ministério Público.

Comunga desse entendimento, LOPES JR (2009). Sustenta a inconstitucionalidade do recurso de ofício, e nos mesmos moldes aduz que em sendo o recurso uma extensão do direito de ação, seria incompatível com o art. 129, I, da Constituição, que dispõe ser função institucional do Ministério Público promover privativamente a ação penal pública. Em outras

palavras, nas decisões que beneficiam o réu, o recurso também seria de iniciativa privada do Ministério Público.

Também faz duras críticas ao recurso de ofício, alegando a manifesta ilegalidade e a falta de interesse do juiz em interpor recurso de sua própria decisão. Repara que só existe recurso de ofício de decisões que beneficiam o réu, a exemplo daquelas que concedem *habeas corpus*, porém as que decretam a prisão não há o reexame necessário. Assevera o insigne autor (p. 423) ser um “ranço autoritário incompatível com o processo penal democrático, com a constitucional independência dos juízes e até mesmo com o contraditório, pois estabelece uma forma desigual de tratamento processual das partes”.

Na mesma linha de raciocínio, leciona LIMA (2009) que os recursos de ofício não foram recepcionados pelo art. 129, I da Constituição, pois entende que o recurso é uma forma de promoção da ação penal e como tal, prorrogar-se-ia a ação penal instaurada, a qual, em sendo pública, é de iniciativa privativa do Ministério Público.

Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência, consoante o Reexame Necessário nº 0021323-44.2009.8.19.0001, da Relatoria do eminente Desembargador Sidney Rosa, julgado em 30 de março deste ano, pela 7ª Câmara Criminal, no qual por unanimidade reconheceu-se que o recurso de ofício interposto contra sentença que concedeu *habeas corpus* não preenchia os requisitos de admissibilidade, tendo em vista que o art. 129, I da Constituição revogou o art. 574 do Código de Processo Penal. Destacou que o Juiz deve manter-se equidistante, assim como que os recursos são de iniciativa exclusiva das partes.

Discorda desse posicionamento MIRABETE (2003), ressaltando que essa orientação não deve prevalecer, uma vez que o art. 129, I da Constituição refere-se apenas à iniciativa da ação, e não ao duplo grau de jurisdição.

Perfilha da mesma opinião NUCCI (2008), acrescentando que não age o magistrado de ofício movimentando a ação penal, apenas submete a questão ao duplo grau de jurisdição obrigatório, cumprindo o que a lei determina.

O entendimento dos renomados autores encontra amparo na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a teor do Reexame Necessário de nº 2008.052.00068, da Relatoria do Exmo. Desembargador Adilson Vieira Macabu, julgado em 10 de março de 2009 por unanimidade pela C. 2ª Câmara Criminal, ao reconhecer que embora a ação penal seja privativa do Ministério Público, não há razoabilidade para admitir-se tenha o art. 129 I da Constituição da República revogado o dispositivo processual que exige o reexame necessário, registrando, outrossim, que a legitimidade para propor ação penal não afasta a existência dos recursos de ofício, sendo uma opção do legislador impor a revisão da sentença por órgão jurisdicional superior.

No mesmo sentido manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 767.535-PA, da Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, firmando entendimento no sentido de manter o recurso de ofício nas hipóteses previstas na legislação processual penal, mesmo após a entrada em vigor da nova ordem constitucional.

Tal posição não destoa da decisão proferida no Recurso Ordinário em *habeas corpus* 17.143-SC, da Relatoria da Min. Laurita Vaz, no qual asseverou tratar-se o recurso de ofício de providência legal prevista no art. 574, I e II do Código de Processo Penal, inexistindo trânsito em julgado da decisão que concede *habeas corpus* se não for submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório, em consonância com a súmula 423 da Suprema Corte.

GOMES (2008) leciona que com o advento da Constituição da República de 1988, que conferiu ao Ministério Público privativamente a iniciativa da ação penal, nos termos do art. 129 I, inicialmente formou-se um entendimento no sentido de que não mais existia o

recurso obrigatório, até porque com a adoção do sistema acusatório, com um órgão julgando e outro acusando havia sem dúvida a repartição de atribuições e a atuação de ofício do juiz violaria esse sistema.

Todavia, acrescenta que esse entendimento não prevaleceu, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido da manutenção do recurso de ofício. Ademais, reconhece que o fato de o Ministério Público ter atribuição privativa para a propositura da ação penal não implica a revogação do recurso de ofício. Argumenta que a iniciativa da ação penal pode se dar por meio de um particular, no caso da ação penal subsidiária da pública, através do oferecimento de Queixa-Crime. Além disso, ressalta que o recurso de ofício não é um recurso a rigor.

Com efeito, a Suprema Corte ao se manifestar sobre o recurso de ofício, não acolheu a tese de que tal recurso foi revogado pelo art. 129, I da Constituição, que atribuiu ao Ministério Público a função de promover privativamente a ação penal pública. Tal entendimento foi esposado no *habeas corpus* n. 74.714-1, Piauí, da Relatoria do Ministro Maurício Corrêa.

Não foi outra a conclusão a que se chegou no julgamento do *habeas corpus* STF 75.417-1, Distrito Federal, sob a Relatoria do Ministro Octavio Gallotti, no qual salientou não haver qualquer incompatibilidade entre o recurso de ofício e o art. 129, I da Constituição. Aduziu que instaurada a ação penal, que se torna indisponível, “divorcia-se, a atuação do Ministério Público, do desfecho do processo, não havendo, de seu turno, como distinguir na atividade do Juiz, que se limita a remeter os autos, a assunção de iniciativa própria ou da condição de parte”.

CONCLUSÃO

Diante de todo o conteúdo apresentado no presente artigo, conclui-se que o recurso de ofício não foi recepcionado pela Constituição da República de 1988. Esse instituto não encontra amparo no sistema penal acusatório, fruto de um sentimento de respeito à dignidade da pessoa humana, sendo com ele incompatível.

Com relação ao recurso de ofício das sentenças de absolvição sumária no procedimento do júri não restam dúvidas de que o art. 574, II do Código de Processo Penal foi tacitamente revogado, sendo evidente que não mais subsiste.

Não é crível que o legislador, ao modificar sensivelmente a sistemática processual, com a introdução da Lei 11.689/08, não mais fazendo previsão do recurso de ofício da decisão de absolvição sumária, como ocorria na antiga redação do art. 411 do CPP, queira ampliar a interpretação do art. 574, II do CPP, o que seria um contrassenso. É muito mais razoável admitir tenha havido a revogação tácita de tal dispositivo do que interpretá-lo de forma ampliativa.

Quanto às demais hipóteses de recurso de ofício, como demonstrado, afigura-se perfeitamente correto o entendimento da mais abalizada doutrina que o tem como não recepcionado pelo ordenamento constitucional, tendo em vista que incompatível com o estado democrático de direito, não havendo como concluir-se de modo diverso.

É um instituto arcaico, um resquício do autoritarismo e contrário às garantias individuais, que não mais se justifica diante da nova ordem constitucional e diante do processo penal constitucional. Tanto assim o é, que o Projeto de Lei 4.206/2001, que altera a disciplina dos recursos no processo penal, modificando o art. 574, disporá apenas que os recursos são voluntários, encerrando de vez a controvérsia que objetivou o desenvolvimento desse trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *As Nulidades no Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. III.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. II.

MALCHER, José Lisboa da Gama. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As Reformas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Reexame Necessário n. 2008.052.00068. Relator: Des. Adilson Vieira Macabu. Publicado no DOE de 14.05.2009

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Reexame Necessário n. 2009.052.00050. Relator: Des. Marcus Basílio. Publicado no DOE de 07.01.2010

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Reexame Necessário n. 0148970-13.2009.8.19.0004. Relator: Des. Suimei Meira Cavalieri. Publicado no DOE de 01.03.2010

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Reexame Necessário n. 0021323-44.2009.8.19.0001. Relator: Des. Sidney Rosa. Publicado no DOE de 19.04.2010

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 767.535-PA. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Publicado no DOU de 01.02.2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 74.714-1. Relator: Min. Maurício Corrêa. Publicado no DOU de 22.08.1997

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 75.417-1. Relator: Min. Octavio Gallotti. Publicado no DOU de 20.03.1998

BRASIL. Lei nº 1.521 de 26 de dezembro de 1951.

BRASIL. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Lei nº 11.343/06 de 23 de agosto de 2006.

BRASIL. Lei nº 11.689/08 de 09 de junho de 2008.