

O recurso *ex officio* no processo penal: uma abordagem à luz da Constituição Federal

Gabriela Schneider¹

Resumo: O recurso de ofício, previsto na legislação processual penal brasileira (arts. 574 e 746 do CPP, e legislação esparsa), tem como obrigatoriedade a remessa de algumas decisões, pelo próprio juiz prolator, ao duplo grau de jurisdição. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – que trouxe explícito diversos princípios constitucionais fundamentais, além de firmar a adoção do sistema acusatório –, este instituto tem sido alvo de diferentes análises na doutrina e na jurisprudência, uma vez que há duas correntes que se contrapõem: (i) a primeira, e minoritária, sustenta a sua revogação (por afrontar diretamente a CF/88); e (ii) a segunda, defende a sua validade e eficácia, mesmo após o advento da Carta Magna (posição majoritária na doutrina e, também, nos nossos Tribunais Superiores). O presente trabalho, portanto, pretende fazer uma análise das congruências e incongruências apresentadas pelo recurso de ofício diante do sistema acusatório, bem como perante os princípios constitucionais norteadores de um processo penal democrático.

Palavras-chave: recurso de ofício; sistema acusatório; Constituição Federal; princípios constitucionais.

Abstract: The necessary reexamination, foreseen under the Brazilian law of criminal procedure (articles 574 and 746 of the PPC, and sparse legislation), has the obligation to remit some decisions by the judge to the two levels of jurisdiction. With the promulgation of the 1988 Constitution - which brought explicit many constitutional principles, and secured the adoption of the adversarial system - this institute has been the object of various analyzes in doctrine and jurisprudence, since there are two trends that oppose: (i) the first and minority position defends its repeal (by directly confronting the CF/88), and (ii) the second, sustains its validity and effectiveness, even after the advent of the *Magna Carta* (the majority position in doctrine and also in our High Courts). This study, therefore, aims to produce an analysis of the congruencies and incongruencies presented by necessary reexamination in front of the adversarial system, as well as before the constitutional principles which guide a democratic criminal procedure.

Keywords: necessary reexamination; adversarial system; Federal Constitution; constitutional principles.

Introdução

Ao se analisar o instituto do recurso de ofício no processo penal brasileiro, alguns problemas destacam-se e merecem uma maior atenção, entre eles: quais as principais características do recurso de ofício no ordenamento jurídico brasileiro? Existem incongruências do recurso de ofício com o sistema acusatório brasileiro, bem como com os princípios constitucionais norteadores do processo penal democrático? Quais são especificamente estas incongruências e os seus resultados diante do sistema processual penal vigente?

O recurso de ofício (reexame necessário ou recurso obrigatório) adotado pelo nosso Código de Processo Penal e, também, em algumas legislações esparsas, tem como principal

¹ Mestranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela mesma Universidade. Advogada.

característica a obrigatoriedade de remessa, pelo próprio juiz prolator da decisão – previamente estipulada em lei, como, por exemplo, a sentença concessiva de habeas corpus, em primeiro grau, e a que concede reabilitação – ao duplo grau de jurisdição. Este recurso, da forma como adotado atualmente no Brasil, apresenta, em linha de princípio, duas principais incongruências constitucionais que merecem destaque.

A doutrina minoritária entende que este instituto, apesar de ser uma exceção a teoria geral dos recursos, possui natureza jurídica recursal, uma vez que os efeitos são os mesmos de qualquer outra decisão submetida ao duplo grau de jurisdição. Por esta razão há entendimento de que o recurso apresenta uma inconformidade frente ao sistema acusatório (adotado pela CF/88), pois, desta forma, o juiz age como se órgão acusador fosse.

A segunda incongruência aparece com a doutrina majoritária que entende que o recurso de ofício nada mais é de que uma condição de eficácia da sentença que transita em julgado somente após a análise do duplo grau de jurisdição. Mesmo no caso que se poderia avaliar este recurso como uma condição de sentença, ou seja, uma tarefa apenas procedimental de supervisão dos tribunais superiores à decisão do juiz, pode-se dizer que há afronta aos princípios constitucionais norteadores do processo penal democrático, uma vez que o referido recurso somente é interposto em decisões que beneficiam o réu, e que, posteriormente, podem vir a prejudicá-lo se houver reforma pelo Tribunal.

A ideia trazida pelo Código de Processo Penal de 1941 é de que algumas decisões que beneficiam o réu devem ser revistas pelo Tribunal em razão do significativo valor que elas têm frente à sociedade. Com o advento da CF/88, além da afronta ao sistema acusatório, essa previsão legal passou a acarretar violações aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da ampla defesa, da isonomia processual, da dignidade da pessoa humana, os quais são fundamentais para a “estrutura” de um processo penal democrático que se quer alcançar; e, além disso, o referido recurso parece estar em desencontro com a constitucional independência dos juízes.

As (in)congruências do recurso de ofício no atual Estado Democrático de Direito

O recurso de ofício ou *ex officio* no processo penal brasileiro é um tema que merece destaque diante das controvérsias apresentadas pela doutrina e jurisprudência, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe à tona o sistema acusatório ao nosso ordenamento jurídico. Também conhecido como reexame necessário ou recurso obrigatório, o recurso de ofício propicia uma série de discussões relevantes, também, no que diz respeito ao nosso atual Estado Democrático de Direito.

O recurso de ofício nada mais é que a remessa obrigatória, pelo próprio juiz prolator, de algumas decisões – previamente estipuladas em lei – para a análise do duplo grau de jurisdição. Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Os recursos ainda se distinguem em voluntários e necessários. Os primeiros são aqueles cujo ônus de interpô-los cabe, exclusivamente, àquele que sucumbiu. É apenas um ônus: recorre, se quiser. Já os necessários, também denominados *ex officio*, são aqueles que necessariamente devem ser interpostos pelo próprio Juiz.²

Sabe-se que um dos princípios essenciais dos recursos processuais penais é a voluntariedade recursal: as partes interessadas/lesadas (defesa ou acusação) manifestam, voluntariamente, a vontade de que a decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau seja revista pelo Tribunal, tecendo, para tanto, as argumentações necessárias para que seja realizada a referida revisão.

Contudo, o recurso de ofício surge no processo penal brasileiro como uma exceção à regra, e mais: inexistente prazo para a interposição deste recurso, podendo o juiz fazê-lo a qualquer momento, bem como não há a necessidade do magistrado apresentar as razões pelas quais está recorrendo, conforme leciona Roberto Gullo:

O recurso de ofício não é arrazoado. As razões são as invocadas na sentença. É vedado ainda ao juiz juntar documentos para fundamentar o recurso de ofício. A razão para isso é a de que os que ele necessitava para a decisão já deverá tê-los mandado juntar e tal recurso é um ato mecânico, funcional, não depende de prova coligada pelo juiz, pois seu objetivo é o de propiciar um reexame da decisão pela instância superior em virtude da importância que a lei dispensa a esses casos específicos.³

Segundo Lucio Santoro de Constantino, “*o fundamento do recurso de ofício está na presunção de que determinadas decisões, por refletirem interesse público especial, merecem ser submetidas ao duplo grau de jurisdição.*”⁴

Importa que o recurso de ofício é melhor compreendido em sua essência à luz do debate sobre os sistemas processuais penais – que dividem-se em acusatório, inquisitório e misto⁵. De acordo com Paulo Rangel, é com base no momento político de cada Estado que se

² TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, págs 762/763.

³ GULLO, Roberto. **Recurso ex officio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 21.

⁴ CONSTANTINO, Lucio Santoro de. **Recursos Criminais, Sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 75.

⁵ Aury Lopes Jr sustenta duas razões críticas pelas quais entende não existir a adoção do sistema misto no Brasil, quais sejam: (i) o sistema misto não possui um núcleo fundante, já que os sistemas realmente puros são tipos históricos; e (ii) a separação das atividades de julgar e acusar não são núcleos fundantes dos sistemas, motivo

apresenta o sistema processual penal adequado, com o devido conjunto de princípios e regras que serão as diretrizes para a aplicação do direito penal em cada caso concreto:

O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória. Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório e a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. A contrario sensu, no Estado totalitário, em que a repressão é a mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarida.⁶

Para Luigi Ferrajoli, a separação do juiz da acusação é a primeira principal característica do sistema acusatório (que foi adotado pela Constituição Federal de 1988, precisamente em seu art. 129, inc. I):

A separação do juiz da acusação, exigida por nosso axioma A8 e agora indica como primeira garantia orgânica, supõe a configuração do processo como uma relação triangular entre três sujeitos, dos quais duas partes em causa e um terceiro super partes: o acusador, o defensor e o juiz. Essa estrutura triádica forma, como se viu, a primeira característica do processo acusatório. E é indispensável para que seja garantida a equidistância do juiz em relação aos dois interesses contrapostos – a tutela dos delitos, representada pela acusação e a tutela das punições arbitrárias, representada pela defesa -, que então correspondem aos dois escopos, perfeitamente compatíveis em abstrato mas sempre conflitantes em concreto, que, como já dito, justificam o direito penal.⁷

Nesse contexto, surge o princípio do Juiz Natural, o qual embasa a ideia de que o juiz deve ocupar uma posição equilibrada durante o processo, sobretudo no tocante à imparcialidade (à sua imparcialidade), cujas partes devem sentir segurança quanto ao fato de o juiz não ter aderido a priori a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõem durante o processo⁸. A preservação da imparcialidade do magistrado para tomar decisões é uma razão importante para ter sido adotado tal sistema, no

pela qual, insuficiente para a sua caracterização (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 70). Para se estabelecer qual sistema rege um ordenamento é necessário buscar um princípio unificador (no inquisitório, rege o princípio inquisitivo: a gestão da prova está nas mãos do julgador; no acusatório, rege o princípio dispositivo: a gestão da prova está nas mãos das partes), o que, de fato, não se encontra dentro do sistema misto, conforme Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: *o dito sistema misto é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório* (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [coord]. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11).

⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 41.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.465

⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das Leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 109.

Brasil, sendo que aqui se “*exige um juiz espectador, e não um juiz ator (típico do modelo inquisitório)*”⁹.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, temos os ensinamentos de Cristiano Álvares Valladares do Lago:

o sistema acusatório tem suas raízes na Grécia e em Roma, instalado a princípio com base na acusação privada, evoluindo para a acusação oficial - admitindo-se excepcional iniciativa privada ou por qualquer do povo, instalando-se verdadeiro processo de partes, que não pode existir sem a acusação, mantendo o julgador sempre a posição passiva, imparcial, sem iniciativa da ação penal ou dos meios probatórios, assegurando-se a paridade das partes, o contraditório, a ampla defesa, realizando-se o processo sob a forma oral, pública, culminando com julgamento genuinamente popular.¹⁰

Já o sistema inquisitório tem como característica principal a reunião de funções, em uma só pessoa, de acusar, defender e julgar. Quer dizer, um único sujeito (ou órgão) atua de ofício, sem qualquer provocação de terceiros, combinando todas essas funções, possuindo amplos poderes em todas as fases do processo.¹¹ Assim ensina Nereu José Giacomolli:

Nesse modelo inquisitorial, o juiz, senhor, o todo poderoso, representante divino ou dos aristocratas e monarcas contemporâneos, um ser intocável, insuspeito, ungido contra qualquer voz crítica, um ser acima dos demais agentes processuais, com mais poderes, inclusive probatórios, que as próprias partes. Por isso, há justificativa, nesse modelo, para que o mesmo sujeito seja magistrado, acusado e defensor, concomitantemente.¹²

Seguindo os preceitos de Mauro Fonseca Andrade, em síntese, poder-se-ia concluir que os acusados, em um processo de natureza acusatória, serão julgados por um juiz sem qualquer interesse em vê-los processados (ou até mesmo condenados); diferentemente de acusados em um processo de natureza inquisitiva, os quais serão julgados pelo mesmo juiz que supriu a ausência de um acusador (*juicio de faltas* espanhol), ou, então, que haja determinado o oferecimento da acusação contra eles (processo alemão).¹³

⁹ LOPES, Aury Jr. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2006. p. 17.

¹⁰ LAGO, Cristiano Álvares Valladares. **Sistemas Processuais Penais**. Disponível em http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf. Acesso em 06 set.12.

¹¹ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: RT, 2007. p. 37.

¹² GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal – considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 6.

¹³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 441.

Dito isto, temos que após a implementação do sistema acusatório no processo penal brasileiro (com o advento da Constituição Federal de 1988), as situações de interesse público (ou da sociedade) estão sob responsabilidade do órgão acusador: o Ministério Público.

Percebe-se, com a breve análise dos sistemas processuais, que o juiz, remetendo a decisão ao Tribunal, de ofício, atua como se órgão acusador fosse, pois, em tese, quem tem interesse em reaver decisões que foram contrárias à sociedade (caso entenda pela necessidade) é apenas àquele investido constitucionalmente para tanto: o agente do *Parquet*.

Segundo Gilberto Thums, o sistema acusatório pode não ser o melhor sistema quando estivermos diante da eficácia da persecução penal, mas pela busca da dignidade da pessoa humana, esta é a melhor opção.¹⁴

Interessante, também, é a discussão acerca da natureza jurídica do reexame necessário. Para tanto, há uma divisão na doutrina: minoritária e majoritária.

Teria o recurso de ofício natureza recursal? Discute-se tal questão, pois, apesar de não existir o inconformismo com a decisão proferida (já que é o juiz recorrendo da decisão que acabou de proferir), não se pode esquecer que os efeitos produzidos por este instituto são os recursais, conforme explica Nereu José Giacomolli: “*ademais, as decisões que entendem não se tratar de recurso, estão equivocadas. Isso porque se possibilita ao órgão ad quem a modificação da decisão, com todos os efeitos recursais.*”¹⁵

Dentro desta perspectiva é crível a análise de que o recurso de ofício fere o sistema acusatório, e, portanto, torna-se incompatível com a ordem constitucional de 1988. Vale dizer, no entanto, que estamos diante da doutrina minoritária.

A doutrina majoritária entende que o recurso de ofício não é um recurso propriamente dito, e sim uma mera condição de eficácia da decisão, pois o *decisum* somente transita em julgado após a confirmação (ou modificação) da decisão no duplo grau de jurisdição e, segundo Bruno Haad, sendo o recurso condição de eficácia, “*parece, a priori, que não se fere o sistema processual penal acusatório, pois, o reexame necessário, não sendo recurso, nada acusa.*”¹⁶

¹⁴ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 242/243.

¹⁵ REABILITAÇÃO. RECURSO DE OFÍCIO. ARTIGO 746 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual atribuiu o exercício da ação penal pública ao Ministério Público, não mais subsiste o denominado recurso de ofício. Preserva-se o princípio acusatório, na medida em que o recurso insere-se dentro do desdobramento do exercício da ação ou da afirmação de pretensão. Não nasce um novo processo; é uma nova fase processual. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. (Recurso de Ofício Nº 70009438805, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 09/09/2004).

¹⁶ GALVAO, Bruno Haddad. **Recurso de ofício (reexame necessário) no processo penal e sua (in) validade**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 03 agosto. 2008.

O Supremo Tribunal Federal editou a súmula 423, confirmando que não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*. Nesse sentido temos as lições de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Qual seria a natureza desse recurso? Se o recurso é resultado de um inconformismo, por óbvio o recurso necessário não pode ser considerado recurso, pois o Juiz, que tem o dever de recorrer de ofício, não haveria de ficar inconformado com a sua própria decisão...Daí dizer-se que o recurso *ex officio* é uma providência, uma medida prevista em lei, em situações especiais, porque interesses superiores reclamam mais cautela na solução de litígios. Ele não passa de mera “condição de eficácia da decisão”, mesmo porque, segundo a Súmula 423 do STF, não interposto o recurso *ex officio*, a decisão não transita em julgado.¹⁷

Partindo da premissa de que o recurso de ofício é uma condição de eficácia da decisão, primeiramente, necessário se faz estudar quais as decisões que são atualmente submetidas a este instituto, para, posteriormente, adentrar na discussão acerca da sua (in)constitucionalidade.

As previsões expressas, no nosso Código de Processo Penal, das decisões que são submetidas ao recurso de ofício, são: (i.) da sentença que conceder *habeas corpus* (art. 574, I); (ii.) da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (art. 574, II – tal hipótese é questionável após o advento da Lei 11.689/08 que reformou o procedimento do Tribunal do Júri); e (iii.) da sentença concessiva de reabilitação criminal (art. 746).

De acordo com a doutrina majoritária, como Paulo Rangel¹⁸, entre outros, o dispositivo da decisão que absolver o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (art. 574, II, CPP), após a promulgação da nova Lei do Júri (11.689/2008) foi revogado. Isto, pois, a redação do artigo 415, do atual Código de Processo Penal, não faz menção ao recurso de ofício, o qual, na antiga redação, era mencionado no artigo 411 do mesmo diploma legal.

Já no tocante a decisão que concede a reabilitação¹⁹ ²⁰criminal há discussão na doutrina acerca da revogação ou não do dispositivo, após a promulgação da Lei de Execução

¹⁷ TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraivam 2006, págs 762/763.

¹⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁹ De acordo com SPROVIERI: “*Outra disposição importante, mas que se segue à concessão, diz respeito ao reexame que será efetuado pela segunda instância. Com efeito, estabelece o art. 746 do CPP que “da decisão que conceder reabilitação haverá recurso de ofício”, demonstrando a preocupação do legislador em, senão restringir, pelo menos fiscalizar sua concessão evitando seja concedido tal benefício sem mais nem menos*”. SPROVIERI, Rovilson Cleber. **Da reabilitação**. p.10 in **Revista Interamericana de Direito Processual Penal**: doutrina, pareceres, jurisprudência comentada. Ano I ns. ½ jan-março e abril/junho 1976. Porto Alegre, Revista Jurídica Ltda.

Criminal (Lei nº 7210/84). Há os que sustentam – posição, inclusive, dos nossos Tribunais Superiores²¹ – que o recurso de ofício, mesmo após o advento da nova Lei de Execução, permanece compatível com o instituto de reabilitação previsto, tanto na nova Lei, quanto no Código Penal; sendo este, também, o entendimento da jurisprudência dominante²².

Além destas, existem outras previsões da obrigatoriedade de interposição do recurso de ofício, em legislações esparsas, como as decisões de absolvição e arquivamento, nos casos do art. 7º da Lei n. 1.521/51.

Percebe-se, portanto, que todas as hipóteses em que o recurso deve ser interposto de ofício são aquelas em que houve decisão beneficiando o réu, conforme leciona Aury Lopes Jr:

Impressiona a escancarada forma de controle por parte dos órgãos jurisdicionais superiores das decisões proferidas em primeiro grau que beneficiem o imputado, pois é obrigatório remeter ao reexame ao tribunal (enquanto isso não acontecer, não há trânsito em julgado, recordemos) as decisões que concedem habeas corpus (mas não as que decretam prisão temporária ou preventiva...), a que absolve sumariamente o réu (mas não há reexame necessário da decisão de pronúncia, nem da sentença condenatória) e a que concede a reabilitação.²³

Tal concepção, em um primeiro momento, parece um contraponto à ideia original da criação deste instituto. Buscando na história, o recurso de ofício apareceu pela primeira vez com o direito processual português, surgindo como proteção ao réu dos desvios eventualmente ocorridos no curso da persecução penal. Segundo Nelson Nery Júnior:

A justificação histórica do aparecimento da remessa obrigatória se encontra nos amplos poderes que tinha o magistrado no direito intermédio, quando da vigência do processo inquisitório. O direito lusitano criou, então, a ‘apelação *ex officio*’, para atuar como sistema de freios àqueles poderes quase onipotentes do juiz inquisitorial.²⁴

²⁰ Ainda, sobre a constitucionalidade do recurso de ofício na reabilitação, SOARES opina: “*Em nosso entender, é duvidoso o entendimento de que o art. 129, I da Carta Magna Teria revogado o art. 746 do CPP. Na verdade, aquela disposição constitucional diz que a iniciativa da ação penal pública cabe ao Ministério Público. Porém, a interposição do recurso ex officio não diz respeito ao princípio processual penal da iniciativa das partes (o recurso não inicia o processo), mas sim ao princípio do impulso oficial, segundo o qual compete o juiz, uma vez instaurada a relação processual, dar continuidade ao rito procedimental, até o esgotamento da função jurisdicional. O instituto do recurso de ofício é expressão do princípio do impulso oficial, e, portanto plenamente constitucional*”. SOARES, Olavo Berriel. **Reabilitação criminal e o recurso de ofício [Comentário de jurisprudência]**. Boletim IBCCRIM. Jurisprudência. São Paulo, v.3, n.32, p. 108, ago. 1995.

²¹ Ver Recurso Especial nº 157.415/SP, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 15/09/1998, DJ 13/10/1998, p. 197.

²² Como exemplo, cita-se decisão oriunda do TJ/RS, datada de 17 de maio de 2012: REEXAME NECESSÁRIO. REABILITAÇÃO CRIMINAL. REQUISITOS NECESSÁRIOS NÃO SATISFEITOS. ART. 94 DO CP. Não satisfeitos os requisitos elencados no art. 94 do CP, inviável o deferimento do pedido de reabilitação criminal. Reexame necessário provido, para desacolher o pedido de reabilitação. (Recurso de Ofício nº 70044140911, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 17/05/2012).

²³ LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 464.

²⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 76.

Quando incorporado ao sistema processual brasileiro, em 1941, o recurso de ofício perdeu esse caráter de “proteção aos réus”, desconstituindo a ideia original justamente para o contrário. Roberto Gullo justifica a razão pela qual somente os casos que beneficiam o réu são hipóteses de cabimento do recurso de ofício:

Nota-se que as circunstâncias em que é necessária a interpretação do recurso ex officio no Direito Processual são todas circunstâncias que beneficiam o réu e, para assegurar o direito do Estado de punir (jus puniendi) os que tenham transgredido a norma legal (norma agendi), propiciando, assim, uma maior garantia à sociedade é que a lei não permite que o juiz decida soberanamente sobre tal situação. Exige-se, nestes casos importantes, que a decisão não seja única e sim que estas decisões que beneficiem o réu sejam também levadas à apreciação da segunda instância.²⁵

O que se percebe, a princípio, é uma incompatibilidade do reexame necessário com a ordem Constitucional de 1988, a qual, conforme já mencionado, trouxe explícito diversos direitos fundamentais e princípios constitucionais, os quais, atualmente, recebem destaque e evidência no que se refere à interpretação das normas infraconstitucionais penais e processuais penais.

Especificamente sobre o reexame necessário alguns princípios constitucionais merecem ser estudados para verificar a (in)compatibilidade deste instituto com a Constituição Federal, entre eles estão: princípio da presunção de inocência, princípio da ampla defesa, princípio da isonomia processual, contraditório e dignidade da pessoa humana.

Segundo Luigi Ferrajoli, a presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade, que “*representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpável*”²⁶. Isso porque, ao corpo social, basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.²⁷

Então, de uma decisão que beneficiou o réu (ou seja, de uma forma ou outra confirmou a sua presunção de inocência) é obrigatória a remessa ao Tribunal superior, sob pena de não transitar em julgado a decisão, podendo, portanto, o *decisum* ser reformado.

Nesse patamar surge o princípio da isonomia processual (intimamente ligado com o contraditório), o qual estabelece a igualdade entre as partes, ou seja, elas devem contar com as mesmas oportunidades, sem distinções. Adriana Melo Zawada escreve nesse sentido:

²⁵ GULLO, Roberto. **Recurso ex officio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.441.

²⁷ LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 192.

Por fim, como direito fundamental à igualdade é basicamente a igualdade perante a lei, sobretudo no aspecto de vedação de discriminações concretas, que devem ser proibidas nas normas jurídicas, do que decorre o direito de todos os indivíduos à tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos. A igualdade como direito fundamental tende a assegurar uma esfera de conduta aos indivíduos, explicitando que comportamentos lhes estão permitidos e quais limitações lhes são impostas em relação à necessidade de que a igualdade predomine.²⁸

Desta forma, com a breve análise dos princípios supramencionados, parece que ao submeter, de ofício, decisões que beneficiam o réu, ao duplo grau de jurisdição, ocorre um favorecimento da acusação, uma vez que inexistente reexame necessário das situações que condenam ou prejudicam o réu. Restaria, portanto, prejudicado o princípio do contraditório, o qual, segundo Nelson Nery Júnior:

significa dar as mesmas oportunidades as partes (*Chancengleichheit*) e os mesmos instrumentos processuais (*Waffengleichheit*) para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, requerendo e realizando provas, recorrendo das decisões judiciais, etc.²⁹

Além da afronta aos princípios norteadores do processo penal democrático, é importante analisar se o recurso de ofício está ou não em conformidade com a autonomia/independência dos juízes. Leonardo Greco leciona que os juízes devem gozar de absoluta independência em relação a qualquer outra autoridade pública, inclusive judiciária:

No exercício da jurisdição, os juízes devem gozar de absoluta independência em relação a qualquer outra autoridade pública, inclusive judiciária, e a qualquer tipo de pressão individual ou coletiva que possa comprometer a sua impessoalidade. Essa independência deve ser concretamente assegurada pelo respeito dos demais Poderes e autoridades às garantias e prerrogativas inerentes à sua investidura, à sua subordinação a regime disciplinar e a sistemas de controle e administração da carreira democráticos e objetivos e ao desempenho de suas funções em condições de absoluta segurança, incolumidade e bem-estar próprios e de seus familiares.³⁰

Ainda, conforme Luigi Ferrajoli, a independência do juiz é uma aquisição do moderno Estado de Direito, conexas, teóricas como historicamente, à confirmação, de um lado, do princípio de estrita legalidade e, de outro, dos direitos naturais ou fundamentais da pessoa.

Sem a intenção de aprofundar o tema da independência do juiz, pelo contrário, apenas menciona-se a título provocativo, questiona-se: é possível dizer que as decisões que obrigam os juízes a recorrerem de ofício, ao final, perdem seu valor, uma vez que

²⁸ ZAWADA, Adriano Melo. **Direitos sociais, igualdade e dignidade da pessoa humana**. Revista Mestrado em Direito. Osasco, ano 7., n1, 2007, p. 106.

²⁹ NERY Junior, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 138.

³⁰ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - N° 14 - p. 9-68, abril / 2002, p.30. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1/2>. Acesso em 20 set. 11.

obrigatoriamente devem ser confirmadas (ou modificadas) pelo Tribunal? O recurso de ofício parece prejudicar, portanto, a autonomia e independência de um juiz, na medida em que a sua decisão, por si só, não é passível de surtir efeitos.

Diante de tudo, em que pese exista a corrente que afirme veementemente que, após a promulgação da atual Carta Magna, o recurso obrigatório não mais coexiste, na prática, o que se vê, é exatamente o contrário. Ele ainda permanece no texto infraconstitucional e continua sendo aplicado, bastando, para tanto, uma simples verificação da jurisprudência atual. Por isso, a discussão deste instituto não pode ser “esquecida” pelos operadores do Direito, pois o recurso de ofício apresenta um verdadeiro atraso daquilo que se busca alcançar em matéria processual penal no atual Estado Democrático de Direito: o reconhecimento de um verdadeiro (e necessário) sistema acusatório.

Considerações Finais

Debates envolvendo os temas do sistema acusatório brasileiro e as suas estruturas, bem como dos direitos e garantias constitucionais dos cidadãos (com a devida interpretação das normas infraconstitucionais à luz da Constituição Federal) têm ganhado grande relevância nos últimos anos. Entretanto, tem sido relativamente esquecida a discussão sobre um tema específico relacionado a este debate central: a saber, o recurso *ex officio* (no sistema processual penal).

Há entendimento de que o recurso apresenta uma inconformidade frente ao sistema acusatório (adotado pela CF/88), pois, desta forma, o juiz age como se órgão acusador fosse; pois, apesar de ser uma exceção a teoria geral dos recursos, possui natureza jurídica recursal, uma vez que os efeitos são os mesmos de qualquer outra decisão submetida ao duplo grau de jurisdição.

Entretanto, a doutrina majoritária entende que o recurso de ofício nada mais é de que uma condição de eficácia da sentença e, portanto, não haveria afronta direta à Constituição. Ocorre que, mesmo o recurso sendo visto como uma tarefa apenas procedimental de supervisão dos tribunais superiores à decisão do juiz, pode-se dizer que há uma (séria) afronta aos princípios constitucionais norteadores do processo penal democrático, uma vez que o referido “recurso” somente é interposto em decisões que beneficiam o réu, e que, posteriormente, podem vir a prejudicá-lo, caso haja reforma do *decisum* pelo Tribunal.

Com visto, o recurso de ofício, previsto no ordenamento processual penal vigente, é um instituto que apresenta diversas discussões no tocante à sua análise frente à Constituição Federal de 1988 e, por isso, merece uma devida atenção. Apesar de alguns doutrinadores,

como Paulo Rangel³¹, Ada Pellegrini Grinover³², entre outros, afirmarem que, após a promulgação da Constituição de 1988, o recurso *ex officio* foi revogado, não é o que se vislumbra na atualidade quando se vê decisões (que beneficiaram o réu) sendo reformadas pelos Tribunais, em razão da obrigatoriedade de remessa ao duplo grau de jurisdição.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2010.

CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: RT, 2007.

CONSTANTINO, Lucio Santoro de. **Recursos Criminais, Sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [coord]. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro:Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GALVAO, Bruno Haddad. **Recurso de ofício (reexame necessário) no processo penal e sua (in)validade**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 03 agosto. 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal – considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14 - p. 9-68, abril / 2002. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1/2>.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GULLO, Roberto. **Recurso ex officio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares. **Sistemas Processuais Penais**. Disponível em http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf. Acesso em 06 set. de 2012.

³¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____, Aury Jr. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das Leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

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

SOARES, Olavo Berriel. **Reabilitação criminal e o recurso de ofício [Comentário de jurisprudência]**. Boletim IBCCRIM. Jurisprudência. São Paulo, v.3, n.32, p. 108, ago. 1995.

SPROVIERI, Rovilson Cleber. **Da reabilitação in Revista Interamericana de Direito Processual Penal**: doutrina, pareceres, jurisprudência comentada. Ano I ns. 1 /2 jan-março e abril/junho 1976. Porto Alegre, Revista Jurídica Ltda.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAWADA, Adriano Melo. **Direitos sociais, igualdade e dignidade da pessoa humana**. Revista Mestrado em Direito. Osasco, ano 7., n1, 2007.