

RECURSO *EX OFFICIO* — REVOGAÇÃO PELO ARTIGO 129, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.*

GIOVANI MANSUR

Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Sistema recursal brasileiro no processo penal; 2. Hipóteses de recurso *ex officio* no processo penal; 3. A *ratio* do recurso *ex officio*; 4. Artigo 129, I, da CF/88: titularidade da ação penal pública e recurso *ex officio*; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1 — SISTEMA RECURSAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Caracteriza o sistema recursal vigente no Brasil a complexidade e o grande número de oportunidades de recorrer, havendo em determinados casos, como lembra Vicente Greco Filho¹, a possibilidade de análise de um processo por nada menos que quatro instâncias diferentes (juiz singular, Tribunal de Justiça ou de Alçada, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

São as seguintes, como se sabe, as oportunidades de se recorrer no processo penal brasileiro:

a) *Recurso em sentido estrito*: cabível contra decisões em regra interlocutórias, taxativamente arroladas pelo artigo 581 do CPP.

b) *Apelação*: cabível contra decisões definitivas de absolvição ou condenação por juiz singular, decisões proferidas pelo Tribunal do Júri nos casos do artigo 593, IV, a, b, c,

* Aprovada por maioria, com emenda.

e d, e das decisões definitivas ou com força de definitivas, se não for previsto o recurso em sentido estrito.

c) *Protesto por novo Júri*: recurso privativo da defesa, cabível quando ocorre uma condenação pelo tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 20 (vinte) anos.

d) *Embargos*:

— de declaração, quando ocorrer ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão na sentença ou acórdão;

— infringentes, que têm por pressuposto um julgamento em 2ª instância não unânime, com voto vencido favorável ao réu, versando sobre matéria de mérito;

— de nulidade, que pressupõem julgamento em 2ª instância não unânime, com voto vencido favorável ao réu, versando sobre matéria estritamente processual capaz de invalidar o processo;

— de divergência, previsto na Lei 8.038/90, cabível quando houver divergência, em recurso especial, da decisão de uma turma, da seção ou do órgão especial.

e) *Carta testemunhável*: admissível quando for denegado recurso em sentido estrito ou protesto por novo Júri, evitando-se que o juiz subtraia algum inconformismo do conhecimento do tribunal.

f) *Correição parcial*: destinada ao combate do *error in procedendo*.

g) *Agravos*: presentes na execução penal e nos procedimentos dos tribunais superiores.

h) *Recurso ordinário*: para o STJ, cabível de decisão denegatória de *habeas corpus* decidido em única ou última instância pelos tribunais regionais federais ou tribunais dos Estados, DF e Territórios; para o STF, de decisão denegatória de *habeas corpus*, decidido em única instância por tribunais superiores, bem como no caso de crime político.

i) *Recurso especial*: cabível contra decisão que contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal, ou der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

j) *Recurso extraordinário*: reservado às hipóteses de contrariedade à Constituição Federal.

Não nos referimos ao *habeas corpus* e à revisão criminal, já que a melhor doutrina os tem não como recursos, mas como verdadeiras ações.

2 O RECURSO *EX OFFICIO* — HIPÓTESES DE OCORRÊNCIA

Muito embora inserido no Título II do Livro III do CPP, que trata dos recursos em geral, na realidade o recurso *ex officio* não é exatamente um recurso.

Com efeito, entende-se por recurso o pedido de uma nova decisão judicial, para que se modifique decisão proferida anteriormente.

No recurso *ex officio* não há qualquer pedido. Conforme ensinamento de Tourinho Filho², o magistrado *a quo* diz, ao final de seu decisório: “dessa decisão recorro para o Egrégio Tribunal (de Justiça ou de Alçada, conforme o caso)”.

Trata-se, conforme acentua Vicente Greco Filho³, de requisito ou condição necessária à preclusão ou trânsito em julgado de uma decisão ou sentença.

São as seguintes as hipóteses em que, atualmente, é cabível o recurso *ex officio*:

a) das decisões concessivas de *habeas corpus* pelos juízes de 1º grau (art. 574, I, do CPP);

b) da absolvição sumária, na fase da pronúncia, nos crimes da competência do Tribunal do Júri (art. 574, II, do CPP), quando o juiz se convence da ocorrência de causa que exclua o crime ou isente de pena o réu (arts. 20, 21, 22, 23, 26, *caput*, e 28 § 1º — erro de tipo, erro de proibição, coação irresistível, obediência hierárquica, legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito, inimizabilidade e embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior).

c) das sentenças absolutórias de acusados por crimes contra a economia popular (art. 7º da Lei 1.521, de 29/12/51).

3 A *RATIO* DO RECURSO DE OFÍCIO

Fundamenta-se a existência do recurso de ofício, segundo seus defensores, na relevância dada pelo legislador a determinadas matérias, tanto no âmbito criminal quanto no cível.

Tais matérias, por sua importância exasperada, estão a merecer que se lhes dê tratamento diferenciado.

Argumenta-se ainda em favor da medida a possibilidade de conluio entre as pessoas que figuram na relação processual ou de deficiência na tutela dos interesses públicos (acentuadamente na esfera cível).

De ver-se que, a rigor, nenhum dos argumentos são suficientemente plausíveis para a manutenção de tal medida, tanto no processo civil quanto no penal.

Em primeiro lugar, é um verdadeiro dogma jurídico afirmar-se que as situações previstas no artigo 574, incisos I e II, do CPP, bem como no artigo 7º, da Lei 1.521/51, sejam as de maior relevância, a ponto de merecerem o tratamento diferenciado que lhes é dispensado pela lei.

São, a toda evidência, situações importantes. Mas, no meu modesto sentir, equivalem-se em importância a inúmeras outras situações, como, por exemplo, a decisão que concede a liberdade provisória, ou a que absolve alguém pela prática de um crime hediondo (de ver-se que o homicídio sequer é considerado crime hediondo). Os exemplos se multiplicam.

Não se encontra, s.m.j., uma justificativa de ordem lógica que diferencie tais situações de tantas outras não sujeitas ao duplo grau de jurisdição necessário.

Quanto à possibilidade dos representantes do Poder Público (no caso juízes e promotores de justiça) agirem com incúria, não pode também ser utilizada como justificativa razoável.

Conforme asseveram Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci⁴, se houver desvios na conduta de juiz e promotor (conluio, por exemplo) em prejuízo do fiel cumprimento da lei, deverão ser eles punidos pelos meios regulares de direitos, e não por transferência ao Judiciário do controle de seu comportamento irregular.

Como se vê, a existência do recurso *ex officio* é vazia de fundamentação, e supérflua dentro do contexto jurídico brasileiro.

Ousaria afirmar que tal medida se constitui numa verdadeira burocracia jurídica, perfeitamente dispensável em nosso ordenamento.

4 ARTIGO 129, I, DA CF/88 — TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL E RECURSO *EX OFFICIO*

Diz o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal em vigor:

“Art. 129 — São funções institucionais do Ministério Público:

I — Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Tal dispositivo fulmina qualquer iniciativa de ação penal pública que não advier do Ministério Público.

Chegamos, então, ao ponto central da presente discussão: é o recurso *ex officio* uma forma de iniciativa da ação penal?

Entendo que sim.

Da mesma forma com que cabe privativamente ao Ministério Público provocar a prestação jurisdicional através da ação penal pública, somente esta Instituição terá interesse na modificação de tal prestação, caso essa seja contra seus interesses.

É certo que o recurso *ex officio* não impede o recurso do *Parquet*, se esse tiver interesse na modificação da decisão. Não poderia ser diferente. Nesse caso, o recurso de ofício é de manifesta inutilidade.

Mas, mesmo que o MP não recorra da decisão, o recurso *ex officio* invade ostensivamente o âmbito de suas atribuições.

Se o Promotor de Justiça, titular da ação penal, diante de uma decisão que contrarie a denúncia (v.g. absolvição sumária), dela não recorre, é porque mostrou-se satisfeito com o resultado da ação por si promovida. É ele o órgão acusatório, e a ele cabe a iniciativa de se prosseguir ou não na apreciação do feito perante a segunda instância.

Recorrendo da decisão, reinicia o juiz a apreciação da ação penal, cujo órgão de persecução exclusivo já se deu por satisfeito. É uma incoerência.

Muitas vezes, nos procedimentos da competência do Tribunal do Júri, o Promotor, na fase do artigo 406 do CPP, chega a pedir a absolvição sumária do réu (o que evidentemente não vincula a decisão do magistrado, que pode entender de modo diverso e enviar o réu a julgamento pelo júri popular). Decidindo o juiz pela absolvição sumária, não só com a concordância, mas atendendo a pedido do MP, está prestada a tutela jurisdicional de forma adequada. A ação penal está satisfeita. Como pode então um membro do Poder Judiciário colocar a máquina da Justiça novamente em funcionamento para analisar uma ação cujo titular exclusivo considera plenamente satisfeita? Reside exatamente aí a afronta ao texto constitucional atualmente em vigor.

Com julgados pioneiros, essa vem sendo a orientação do E. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul.

Em acórdão proferido em 21 de junho de 1989, assim se manifestou aquela Corte:

“Com o advento da nova Constituição Federal, baniu-se da administração da Justiça Criminal o sistema inquisitivo e implantou-se o sistema acusatório, cuja característica principal é, exatamente, a repartição, entre órgãos autônomos diversos, das funções de acusar e julgar. Com efeito, é o que dispõe expressamente o artigo 129, I, da CF, ao estabelecer constituir

função institucional do Ministério Público promover privativamente a ação penal pública.

Assim, constituindo a apelação de ofício forma de iniciativa da ação penal e sendo esta, quando pública, privativa do Ministério Público, segue-se como tendo sido revogadas pelo artigo 129, I da CF as normas que obrigam os juízes a recorrer de ofício (arts. 574, I e II, do CPP, e 7º da Lei 1.521/51) pela excrecência jurídica que encerram e pela dicotomia decorrente do princípio processual" (RT 659/305).

Noticia a mesma decisão, em seu corpo, a existência de inúmeros julgados anteriores a partir da Apelação Criminal 289.020/79, da 3ª Câmara Criminal daquela Corte, datada de 18 de abril de 1989, nos quais não mais se passou a conhecer dos recursos interpostos de ofício conforme determinado no artigo 574 do CPP.

5 CONCLUSÃO

São inconstitucionais, em face do art. 129, I, da Constituição Federal, os artigos 594, II, do Código de Processo Penal, e 7º, da Lei n. 1.521/51.

6 BIBLIOGRAFIA

1. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*.
2. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*.
3. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*.
4. TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e processo*.