

ASPECTOS DO RECURSO DE OFÍCIO (EM MATÉRIA PENAL)

HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS

SUMÁRIO: 1) *Conceito*. 2) *Fundamentos*. 3) *O chamado "recurso obrigatório"*. 4) *Natureza jurídica*. 5) *Abolição*.

1) "Chama-se recurso de ofício aquêle em que a devolução à superior instância se opera por ato do juiz" (JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, 1.^a ed., Forense, Rio, 1965, pág. 317).

Ou de modo mais explícito: *recurso "ex officio" é o recurso hierárquico interposto (formalmente) pelo próprio órgão da jurisdição que prolatou a sentença recorrida.*

É, portanto, recurso de órgão inferior para órgão superior. Não existe fora do sistema da pluralidade de instâncias.

Inconcebível, portanto, a figura do recurso de retratação *ex officio*.

O recurso de ofício, recurso *sui generis*, é interposto (formalmente) pelo próprio órgão da jurisdição que prolatou a sentença recorrida.

Esta é, aliás, sua característica fundamental.

Verifica-se, na hipótese, insólito deslocamento do eixo da atividade propulsora do recurso: em vez da atuação normal da parte vencida, aparece a atuação anormal do juiz.

Trata-se de "idiotice" ou "esquisitice" do direito brasileiro, sem similar nos ordenamentos jurídicos alienígenas (salvo o lusitano, que também conheceu êsse estranho recurso).

Note-se, porém: a mencionada "irracionalidade" é perfeitamente explicável. De fato: quando o órgão da jurisdição manifesta o recurso *ex officio*, não o faz como parte — agindo *nomine proprio*, na defesa de direito seu, ou de outrem (substituto processual) — mas apenas de modo formal, *id est*, pela prática de ato puramente mecânico, substituindo, assim, a atividade do interessado por sua própria atividade.

Destarte, embora o recurso *ex officio* manifeste-se, aparentemente, como ato do juiz, concretiza-se, na realidade, isto é, *substancialmente*, como ato da própria parte interessada.

Constituiria, aliás, autêntica *contradictio in terminus*, absurdo sem nome, admitir-se a figura dum julgador que impugnasse a própria decisão; ou, então — o que seria ainda mais contrário à natureza das coisas — conceber-se um juízo no qual determinado indivíduo exercesse, ao mesmo tempo, as funções de sujeito parcial e de órgão judicante.

2) Dois são — como se sabe — os fundamentos do recurso “*ex officio*”: a defesa de certos interesses de ordem pública; e a falta de confiança do Estado nos órgãos encarregados da defesa desses interesses.

Tendo em vista a relevância de determinados interesses, considera-se que não seria possível postergá-los, submetendo-os, tão somente, à apreciação de um único grau jurisdicional. Pelo contrário, convém devolvê-los, em caso de sucumbência, ao exame da instância superior.

Por outro lado, sendo o órgão do M.P. simples parte formal (sem direito próprio a defender em juízo), é bem possível que — por desídia, comodismo, ou outro motivo — seja induzido a se conformar, até mesmo sistematicamente, com a decisão que contrarie tais interesses.

Instituiu-se, destarte, o recurso de ofício, para suprir as deficiências do M. P. e remover-lhe a inércia.

A propósito, adverte PEDRO PALMEIRA: “Tudo indica que, não obstante a mais ou menos perfeita organização do Ministério Público nacional, cuja principal atribuição é velar pela rigorosa e exata aplicação da lei, não deposita o Estado nos seus órgãos a necessária confiança, como seria de desejar” (*Da Sistemática dos Recursos nos Códigos de Processo Civil do Brasil e de Portugal*, Livraria Freitas Bastos, S. A., Rio de Janeiro, 1964, pág. 22).

3) Considere-se, agora, certa modalidade de recurso *ex officio*: o chamado “recurso obrigatório” (também denominado “recurso necessário”).

O recurso de ofício tanto pode ser “obrigatório” como “facultativo”; a opção é do Legislador.

“Obrigatório”, quando estabelecido como uma constante.

“Facultativo”, quando deixado ao alvedrio do órgão jurisdicional.

Por conseguinte, todo “recurso obrigatório” é recurso de ofício; a recíproca, porém, não é verdadeira: pode haver recurso *ex officio* meramente “facultativo”.

No que concerne a este ponto, esclarece FREDERICO MARQUES: “Atualmente, todos os recursos de ofício são de caráter necessário. Nosso processo penal já conheceu, no entanto, recursos *ex officio* de natureza facultativa” (ob. cit., pág. 317). Havia, outrora — obtempera — “a apelação *ex officio* que se dava ao presidente do Tribunal do Júri, sem esse caráter (obrigatório)”. (Ob. cit., pág. 193). “Tratava-se de recurso “que a lei confiava ao zelo do juiz” (FIRMINO WHITAKER, *Júri*, 6.^a edição, 1930, pág. 226)” (ob. cit., pág. cit., nt. 2).

Outro ex. de FREDERICO MARQUES:

“A Constituição de 1937, à maneira do que se continha nos textos constitucionais anteriores, desde a reforma de 1926, consagra forma especial de recurso de ofício, no art. 101, parág. único, contra decisões denegatórias de *habeas corpus*, assim dizendo: “Nos casos do n.º II, n.º 2, letra b, poderá o recurso também ser interposto pelo presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público. Esse ato do presidente do tribunal, denominado de recurso, embora *ex officio*, não tinha o caráter de necessário” (ob. cit., pág. 193).

A mencionada “obrigatoriedade” não é, portanto, requisito necessário à conceituação do recurso de ofício.

4) Para a maioria dos doutrinadores, não tem o recurso de ofício — especialmente o “obrigatório” — natureza recursal.

FREDERICO MARQUES, *per tutti* — chamando BUZAID à colação — manifesta-se, nesse sentido, de modo peremptório: “É êle (o recurso de ofício), antes, um *quase-recurso*, pois o reexame, na jurisdição superior, se efetua *ex vi legis*. Há, aí, uma ordem de devolução imposta pela lei (...), e não remédio recursal: só se compreende êste, quando o interessado declara a sua inconformidade com a decisão e pede ao Juízo *ad quem* a reforma total ou parcial da sentença que lhe trouxe gravame e prejuízo” (ob. cit., pág. 317).

Não é, todavia, de admitir-se quejanda tese.

Por mais paradoxal que pareça, não possui a *oficialidade* o talento de alterar a natureza do recurso, transmudando-o em instituto diferente; aliás, nem mesmo a referida “obrigatoriedade” contraria o princípio da autonomia da vontade, ínsito à via recursal, como categoria jurídica.

Explica-se, facilmente, a asserção: é que o “recurso necessário” representa *per se* (*ex vi legis*), o latente interêsse de recorrer do Estado — administração. Êste, como parte interessada, jamais se encontra tolhido na sua liberdade de recorrer, quando interpõe semelhante recurso (embora o faça através de órgão estranho, *id est*, do Estado — Juiz).

Observe-se apenas o seguinte: enquanto no *soi-disant* “recurso obrigatório”, essa *voluntariedade* é permanente e automática, no recurso de ofício, dito “facultativo”, tudo depende do eventual querer do órgão judicante, incumbido de atuar.

Extrai-se do exposto uma constatação. Esta: não faz sentido a classificação tradicional dos recursos em “voluntários” e “obrigatórios”; todos os recursos são *voluntários* e sòmente *voluntários*.

5) Atente-se, afinal, para um último tópico: o problema da *abolição do recurso “ex officio”*.

Não cabe criticar aqui o instituto, por retrógado ou avançado, útil ou inútil.

Sua abolição é, aliás, basicamente, problema de política legislativa.

O recurso *ex officio* tem sido acolhido pelo processo penal pátrio. FREDERICO MARQUES menciona os seguintes casos: “os consignados nos arts. 574, ns. I e II, e 746 do Cód. de Proc. Penal, e aquêles previstos nos arts. 7.º e 23, n.º V, da lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951” (ob. cit., pág. 190). (A lista não está completa. Cite-se, ainda, a hipótese do art. 411, do mencionado Cód.).

Mas o Anteprojeto Tornaghi o suprime, conforme se vê do art. 704 — que ostenta como rubrica lateral a palavra “*Voluntariedade*”:

“Art. 704. Todos os recursos são voluntários, não havendo nenhum de ofício.”

(Assinale-se, apenas, a superfluidade dêsse dispositivo. Realmente: se o esboço em causa se transformasse em lei, o caráter oficial do recurso poderia ser eliminado mediante simples omissão. Perfeitamente cabível, *in casu*, o expediente técnico da emenda supressiva.

E mais: a ser aceito o mencionado artigo, a palavra "*Voluntariedade*" deveria ser substituída por "*Oficialidade*", tendo em vista razões já expendidas).

O Anteprojeto Frederico Marques, por seu turno, estruturado nos moldes rígidos do sistema acusatório, declara que aboliu, "de vez, todo e qualquer procedimento *ex officio* (cfr. Exp. Mot., 1).

Nos termos expressos desse projeto de estatuto processual, a via de recurso pode ser usada apenas "pelo Ministério Público, ou pelo querelante, pelo réu ou pelo ofendido" (art. 591, cabeça).

Em suas *Instituições de Direito Processual Civil*, todavia, mostra-se FREDERICO MARQUES favorável à manutenção do recurso de ofício:

"A nosso ver, o recurso de ofício é instituto que se prende ao nosso sistema de Juízos mocráticos em primeira instância. É êle instrumento eficaz para evitar conluios pouco decentes entre juízes fracos e indignos desse nome e funcionários relapsos da administração pública. É ainda meio e modo para suprir a ação, nem sempre eficaz e enérgica do Ministério Público, em processos em que lhe está afeta a tutela ativa e militante de interesses indisponíveis" (vol. IV, 3.^a ed., Forense, Rio, 1969, pág. 282).

O futuro do instituto depende da reforma da legislação pátria, ora em curso.