

MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* *Crimes contra a ordem tributária*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 422.

PERINI, Andrea. Ai margini dell'esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, 2, p. 538-86, ap. *Legu.*, 1999.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2002, p. 419. (Tese, Doutorado em Processo Penal).

SALOMÃO, Heloisa Estellita. O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 26, p. 129-42, abv/um., 1999.

TONINI, Paolo. *La prova penale*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1998, p. 128.

ESSELS, Johannes. Schweigen und Leugnen im Strafverfahren. *Juristische Schulung*, München, 5, p. 169-76, maio, 1966.

Princípios Constitucionais do Processo Penal – Questões Polêmicas

Fábio Ramazzini Bechara*

Pedro Franco de Campos**

1. Introdução

Trata-se de tema sempre recorrente, que demanda uma leitura mais ampla e acurada, abrangendo a concepção genérica dos princípios e suas múltiplas manifestações no Processo Penal.

2. Noção de princípios

Os princípios podem ser definidos como a base, o fundamento, a origem, a razão fundamental sobre a qual se discorre sobre qualquer matéria. A expressão “princípio geral” constitui um pleonasma, uma vez que a generalidade e a universalidade são ínsitas aos princípios. Trata-se de proposições mais abstratas que dão razão ou servem de base e fundamento ao Direito. Trata-se de um enunciado amplo, que permite solucionar um problema e orienta um comportamento resolvido num esquema abstrato através de um procedimento de redução a uma unidade da multiplicidade de fatos que oferece a vida real. São normas que têm uma estrutura deôntica, uma vez que estabelecem juízos de dever-ser¹.

Já as suas características podem ser resumidas: a) idéias cardinais que constituem a origem ou o fundamento do Direito; b) estão dotadas de um alto grau de generalidade; c) gozam de grande compreensão no âmbito jurídico; d) pertencem

*Juiz Federal Substituto da 3ª Vara Federal de Belo Horizonte e mestre e doutor em Ciências Penais pela UFMG

às mais amplas formulações do Direito; e) não requerem necessariamente formulações, mas, se estiverem formuladas, seu lugar mais lógico são as proposições normativas mais abstratas do ordenamento. A essência dos princípios gerais do Direito consiste na constituição de normas básicas reveladoras das crenças e convicções da comunidade a respeito dos problemas fundamentais de sua organização; centra-se em construir a base ou o fundamento do Direito, dando-lhe solidez para que sirva à finalidade de regulamentar ordenadamente a comunidade. Constituem as idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica de uma nação. Os princípios gerais do Direito não são meros critérios diretivos nem juízos de valor simplesmente, são autênticas normas jurídicas em sentido substancial, pois estabelecem modelos de conduta. A causa geradora dos princípios gerais do Direito é a convicção social, o viver da comunidade, a sua idéia da vida, a consciência e crença social da época. O papel da consciência social e das crenças e convicções sociais como causa geradora dos princípios gerais do Direito merece especial destaque. A denominada consciência social requer certa valoração qualitativa².

É inegável que os princípios gerais do Direito não somente servem de orientação ao juiz, no momento de proferir a sua decisão, mas também constituem um limite ao seu arbítrio, garantindo que a decisão não está em desacordo com o espírito do ordenamento jurídico e que suas resoluções não violam a consciência social. São mais do que um elemento da insegurança jurídica, na medida em que contribuem para dotar o ordenamento jurídico em seu conjunto de seguridade, tanto no sentido de assegurar que condutas que se ajustem à justiça não se vejam reprovadas pela norma positiva, como permitindo resolver situações não contempladas em norma alguma positiva, mas que tenham relevância jurídica³.

Nessa perspectiva, inserem-se os princípios constitucionais, inclusive, em relação à sua incidência no processo penal, determinando suas premissas básicas e condicionando seus atores à consecução dos seus fins. Os princípios, como assinalado, podem ou não estar previstos no texto legal, todavia todos são positivados, na medida em que possuem vigência sociológica.

3. Dos princípios em espécie

3.1. Princípio do estado de inocência (art. 5º, LVII, da CF)

Melhor denominação seria – “princípio da não-culpabilidade”. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado.

O fundamento do princípio está na proibição do excesso, que em outras

palavras significa a impossibilidade de antecipação dos efeitos da condenação antes do trânsito em julgado. O cumprimento da pena, a perda da primariedade, a execução civil da condenação, todos pressupõem o trânsito em julgado da decisão condenatória. De outro lado, é importante salientar que quando se instaura uma ação penal contra alguém, da mesma forma quando se decreta a prisão cautelar, há um ataque à inocência, com a presunção de culpabilidade e de responsabilidade pelo fato imputado. No entanto, tudo fica na esfera da “incerteza da inocência” até a sentença final, já que se trata de uma afirmação provisória de culpabilidade. Essa afirmação provisória de culpabilidade é absolutamente necessária, pois do contrário a excessiva e irrestrita observância do princípio esvaziaria o poder estatal de tutelar a coletividade por meio dos institutos da ação penal e da prisão cautelar, proteção essa que também possui proteção constitucional.

O princípio do “estado de inocência” tem reflexo nos processos da competência do Tribunal do Júri – foi abolido o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados, quando da pronúncia. Esta providência era adotada antes da vigência da CF e da Lei 9.033, de 2 de maio de 1995, dando nova redação ao § 1º do art. 408 do CPP. No entanto, mesmo depois da vigência da CF, mas antes da Lei 9.033/95, alguns julgados ainda determinavam o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, entendendo que isso não contrariava a norma constitucional. O raciocínio estava vinculado ao fato de que a expressão *culpados* não era utilizada pela lei (CPP) com o sentido de *condenados*, mas, sim, de *acusado de culpa* (RT 703/274). Hoje, com a alteração do CPP, a questão está encerrada.

Outra questão divergente refere-se à alienação cautelar de bens, nos termos do art. 34, § 5º, da Lei 6.368/76. Sustenta-se que tal venda implicaria violação à presunção de inocência, dada a sua natureza definitiva, o que caracterizaria verdadeira antecipação dos efeitos da condenação. Contudo, tal interpretação não se mostra correta, uma vez que o produto da alienação não é revertido à União, mas depositado em juízo, incidindo inclusive correção monetária. A finalidade do dispositivo em análise não é impor uma constrição abusiva ao patrimônio dos acusados da prática de tráfico de substância entorpecente, mas tão-somente evitar a depreciação do bem. O bem depreciado pode frustrar tanto o interesse do acusado na hipótese de absolvição como do Estado na de condenação.

Finalmente, demanda uma curiosa análise a recente Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal, que possibilita a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime prisional menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesse caso, tem-se uma hipótese de antecipação dos efeitos da condenação transitado em julgado, contudo a mitigação do princípio da presunção de inocência é justificada pelo princípio do *favor rei* ou *favor libertatis*, igualmente de índole constitucional.

3.2. Princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)

O mais importante princípio do sistema acusatório (separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador), também conhecido pelo nome de “princípio da bilateralidade da audiência”, consiste, em resumo, na possibilidade de as partes, em igualdade de condições, praticarem todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz. Atinge, também, a necessidade de cientificação da parte contrária, dos atos praticados por uma delas, por isso é chamado, pelos doutos, como o princípio que consagra o binômio: “ciência e participação”.

Pela redação do art. 5º, LV, da CF, fica evidente que o princípio do contraditório e da ampla defesa é de cumprimento obrigatório somente nos processos judiciais e administrativos, pois somente nesses é que se observa a existência de uma relação dialética de acusador e acusado ou de litigantes. Daí porque não há que se falar na incidência do princípio durante o inquérito policial, uma vez que se trata de mero procedimento administrativo, desprovido de qualquer litígio, resumindo-se a um método de investigação levado adiante pela polícia judiciária. Ocorre, todavia, que muito embora não se fale na incidência do princípio durante o inquérito policial, é possível visualizar alguns atos típicos de contraditório, os quais não afetam a natureza inquisitiva do procedimento. Por exemplo, o interrogatório policial e a nota de culpa durante a lavratura do auto de prisão em flagrante.

O contraditório abriga em seu conteúdo tanto o direito à informação como o direito à participação. O direito a informação no direito de ser cientificado, que por sua vez é respeitado por meio dos institutos da citação, intimação e notificação. Já o direito à participação consiste tanto no direito à prova como no direito à atividade de argumentação, de natureza eminentemente retórica, que busca seduzir pelo poder da palavra, oral ou escrita. Quanto ao momento da sua observância, o contraditório pode ser prévio, real ou simultâneo, e, finalmente, diferido ou prorrogado. A CF não faz qualquer restrição quanto ao momento do exercício do contraditório, o que não seria razoável, dada a infinidade de situações de fato possíveis de acontecerem. É de se anotar que, no caso do contraditório diferido, sua admissibilidade é justificada tanto pelo propósito de preservação da eficácia de determinado ato, como a decretação da prisão cautelar, por exemplo, como também em razão do momento da persecução criminal, como na hipótese da perícia realizada durante o inquérito policial.

A ampla defesa, por sua vez, abriga em seu conteúdo o direito à autodefesa, o direito à defesa técnica e o direito à prova, que é o direito de se defender provando. O direito à autodefesa abrange o direito à audiência ou de ser ouvido, o direito de presença nos atos processuais, o direito ao silêncio e o direito de se entrevistar com o advogado. Já o direito à defesa técnica engloba tanto a defesa exercida pelo

defensor constituído, como a exercida pelo defensor dativo e o defensor *ad hoc*.

A Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, deu nova redação ao art. 185 e seguintes do CPP, que tratam do interrogatório judicial. Dentre as inovações, merece particular destaque o art. 188, que prevê a possibilidade de as partes intervirem no interrogatório, formulando perguntas que entenderem pertinentes e relevantes. Tal novidade pacifica antiga discussão em torno da natureza jurídica do interrogatório e consagra o seu caráter híbrido ou misto, seja por constituir um meio de defesa, seja por implicar igualmente meio de prova. É meio de defesa em razão da possibilidade do réu dar a sua versão a respeito da acusação, e é meio de prova, não somente porque seu conteúdo pode influenciar o juiz na formação da sua convicção, mas principalmente por se tratar de um ato contraditório, com a participação das partes. Mas a nova configuração do interrogatório trouxe também alguns questionamentos. O primeiro deles refere-se à ordem de reperguntas das partes. Há duas opiniões a respeito. Segundo alguns, diante da omissão legal, prevalece a dialética do processo, e, portanto, primeiro pergunta a acusação e depois, a defesa. Já para outros, como o interrogatório constitui prova da defesa, então, primeiro pergunta a defesa e depois, a acusação. O segundo questionamento refere-se à aplicação ou não deste formato do interrogatório judicial ao interrogatório policial, uma vez que o art. 6º, V, do CPP, faz expressa remissão ao art. 185 e seguintes. Porém, o citado dispositivo consigna expressamente que as disposições do interrogatório judicial somente incidirão no interrogatório policial “no que for aplicável”. Em assim sendo, considerando que no interrogatório policial não existe uma relação dialética entre acusador e acusado, não há que se falar em perguntas das partes.

É indiscutível que o interrogatório se insere no conteúdo do princípio da ampla defesa. Da mesma forma, o direito de presença, como, aliás, já assinalado. Como seria possível compatibilizar o interrogatório por meio de videoconferência frente tais garantias constitucionais? Em primeiro lugar, convém assinalar que o conteúdo da ampla defesa sofre certa limitação, como toda e qualquer liberdade pública, justamente em razão da necessidade de preservação de outros valores com igual índole constitucional que, por ventura, possa confrontar⁴. Na hipótese do interrogatório e da audiência a distância, o valor confrontado é a eficiência do processo⁵. O art. 5º, LXXVII, da CF, assegura o direito à rápida prestação jurisdicional, que deve ser o mais pronta possível, a fim de conservar sua utilidade e a adequação ao interesse reclamado. Por vezes, todavia, a função do processo pode se mostrar ameaçada, o que demanda a necessidade de aparelhamento do sistema a fim de evitar tal comprometimento. É exatamente nesse contexto de fundado receio de comprometimento da eficiência do processo que se insere a justificativa do emprego do sistema de videoconferência. O uso da tecnologia explica-se por razões de segurança ou ordem pública, ou ainda quando o processo possui parti-

cular complexidade que a participação a distância resulte necessária para evitar o atraso no seu andamento⁶. É o receio da paralisia do processo. Trata-se de um tratamento processual diferenciado, não aplicável indiscriminadamente, mas somente aos casos que exijam procedimento especial. A compatibilização entre as garantias da ampla defesa e da eficiência do processo, no entanto, deve ser construída à luz do princípio da proporcionalidade⁷, que tradicionalmente atua como critério solucionador dos conflitos entre valores constitucionais, mas que constitui, na realidade, uma norma de sobredireito ou de conformação, que define a dimensão conceitual e o âmbito de aplicação de cada liberdade pública. O princípio da proporcionalidade constitui, enfim, uma solução de compromisso, que procura realizar o primeiro mandamento básico da fórmula política de um ordenamento, que é o respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos. Sua operacionalização perfaz-se por meio dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade estrita. Nesse sentido, portanto, a participação a distância acarreta evidente mitigação do princípio da ampla defesa, notadamente do direito de presença, mas não o inviabiliza, já que o núcleo essencial está preservado, diante da possibilidade do acusado intervir no ato processual por meio da tecnologia, mas não fisicamente, resguardado o contato com o defensor. O que deve autorizar o uso da técnica, contudo, é o fundado receio de comprometimento da eficiência do processo, seja por razões de segurança ou ordem pública, seja porque o processo guarde certa complexidade, e a participação a distância resulte necessária para evitar o atraso no seu andamento. É evidente que não se pode presumir que em todo e qualquer processo haverá tal receio, da mesma forma que o uso da técnica não pode ser feito aleatoriamente.

3.3. Princípio da verdade real ou da busca da verdade

Por esse princípio, o *jus puniendi* só deve ser exercido contra aquele que praticou o crime, na medida de sua responsabilidade. A investigação, portanto, não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes, ressalvada a vedação constitucional das provas obtidas por meios ilícitos.

A partir do *prima em exame*, são excluídos os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc.

Aqui deve ser discutida a questão dos “acordos” no Júri, também chamados de “unificação de teses”. Essa prática odiosa, além de ferir o princípio da verdade real, vai contra o princípio da obrigatoriedade, que é consagrado na nossa sistemática para o Ministério Público.

É indiscutível que no âmbito da Justiça Penal verifica-se uma necessidade

insofismável em relação ao restabelecimento da verdade, dada a maior potencialidade lesiva que o poder estatal ostenta em relação às liberdades individuais. Isso fica evidente na possibilidade de ajuizamento da revisão criminal a qualquer tempo, bem como no poder supletivo do juiz na produção da prova, muito mais incisivo e freqüente que no Processo Civil.

3.4. Princípio da publicidade (art. 93, IX, da CF)

Previsto no art. 93, IX, da CF, o princípio da publicidade nada mais é do que uma garantia para o indivíduo, decorrente do próprio princípio democrático, que visa dar transparência aos atos praticados durante a persecução penal, de modo a permitir o controle e a fiscalização e evitar os abusos.

A publicidade subdivide-se em:

a) geral, plena ou popular – atos podem ser assistidos por qualquer pessoa, não havendo qualquer limitação;

b) especial, restrita ou das partes – atos só podem ser assistidos por algumas pessoas, geralmente as partes do processo ou quem, de alguma forma, tenha interesse justificado em relação ao objeto.

A publicidade absoluta pode acarretar, às vezes, situações não desejadas: sensacionalismo; desprestígio para o réu ou para a própria vítima e convulsão social.

Daí porque o art. 5º, LX, da CF, prevê a possibilidade de restrição à publicidade, quando for necessária para a preservação da intimidade e do interesse social.

Bem exemplificam esta situação as seguintes hipóteses previstas no CPP:

a) art. 792, § 1º: admite-se a restrição da publicidade geral, quando a mesma puder resultar em escândalo, inconveniência ou perigo de perturbação da ordem;

b) arts. 476, 481 e 482: trata-se da sala secreta, em que se presume a lesividade da publicidade plena em relação ao ânimo do jurado, o que poderia afetar sua isenção e imparcialidade;

c) art. 272: a retirada do réu da audiência poderá ser determinada, quando a sua presença puder interferir no ânimo da testemunha a ser ouvida ou no bom andamento do ato.

3.5. Princípio da obrigatoriedade

Ocorrendo um fato criminoso, para não existir a impunidade, o Estado deve promover o *jus puniendi*, sem concessão de poderes discricionários aos órgãos

encarregados da persecução penal. A instauração do inquérito é obrigação da autoridade policial, e a propositura da ação penal, do Ministério Público.

É diferente do princípio da oportunidade – segundo o qual o órgão estatal tem a faculdade de promover ou não a ação penal tendo em vista o interesse público. O fundamento do princípio da oportunidade está vinculado à idéia de que o Estado não deve cuidar de coisas insignificantes, podendo deixar de promover o *jus puniendi* quando verificar que dele possam advir mais inconvenientes do que vantagens. Esse princípio vigora na França, na Alemanha, na Noruega, dentre outros.

No Brasil, o princípio da oportunidade só vale para as ações penais de natureza privada e nas ações penais públicas dependentes de representação.

O princípio da obrigatoriedade significa, em outras palavras, o poder-dever da autoridade policial investigar e do Ministério Público ajuizar a ação penal pública. Ocorre, todavia, que o princípio sofre algumas mitigações, como, por exemplo, nas hipóteses de transação penal prevista na Lei 9.099/95 e, também, quando se admite a incidência do princípio da “bagatela” ou insignificância. No caso da transação penal, tem-se a denominada discricionariedade regrada ou obrigatoriedade mitigada, tendo em vista a possibilidade que o Ministério Público ostenta em optar pela via da ação penal ou pela via do consenso. É evidente que tal escolha não é totalmente discricionária, uma vez que os requisitos e critérios estão definidos em lei. Importante ressaltar que o Ministério Público, seja na hipótese em que ajuíza a ação penal, seja na hipótese em que oferece a proposta de transação penal, é o mesmo art. 129, I, da CF, que está sendo observado.

No Júri, como já assinalado no princípio da verdade real ou da busca da verdade, vigora a obrigatoriedade.

3.6. Princípio da oficialidade

Os órgãos encarregados da persecução penal devem ser oficiais, ou seja, pertencem ao Estado.

O inquérito policial somente pode ser instaurado pela polícia judiciária (art. 144 da CF e art. 4º e seguintes do Código de Processo Penal). A ação penal é pública incondicionada, de iniciativa exclusiva do Ministério Público (art. 129, I, da CF)

Não é um princípio absoluto em decorrência da permissão constitucional – art. 5º, LIX, da CF – da ação penal subsidiária. Na ação penal privada, o ofendido age em nome do Estado, contudo tal atuação restringe-se à ação de conhecimento, não se estendendo à execução, cuja legitimidade estatal é exclusiva.

3.7. Princípio do juiz natural – do juiz constitucional

O autor de um delito só pode ser processado e julgado perante o órgão a quem

a Constituição Federal, implícita ou explicitamente, atribui a função jurisdicional. Essa é a leitura que decorre do art. 5º, LIII e XXXVIII, da CF, e que consagra o princípio do juiz natural, segundo o qual:

- a jurisdição somente pode ser exercida por quem a CF houver delegado a função jurisdicional;
- as regras de competência devem ser objetivas e anteriores ao fato a ser julgado;
- é vedada a criação do Juízo ou Tribunal de Exceção, ou seja, após o fato e para o fato.

Assim, é possível a criação de um juízo ou tribunal autorizado pela Constituição Federal, como, por exemplo, os Juizados Especiais Criminais, que passou a julgar fatos ocorridos antes de sua criação, contudo, sua existência e respectiva competência já se encontravam previamente delimitadas no art. 98, I.

O STJ, em acórdão da lavra do Min. Vicente Cernicchiaro assim definiu o princípio do juiz natural:

Juiz natural significa o juízo pré-constituído, ou seja, definido por lei, antes da prática do crime. Garantia constitucional que visa impedir o Estado de direcionar o julgamento, afetando a imparcialidade da decisão (HC 4.931/RJ, *DJU* de 20 de outubro de 1997, p. 53.136).

A Lei 9.299/96 transferiu para a Justiça Comum a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, praticados por militar contra civil, bem como dos crimes praticados com arma da corporação, estando o policial de folga. Sustentou-se a inconstitucionalidade da lei em relação aos fatos anteriores à sua edição, por afronta ao princípio do juiz natural. Porém, tal posicionamento não vigorou, uma vez que a lei sob análise apenas retirou das mencionadas infrações penais a qualificação de crime militar, o que, por razões constitucionais, impede o seu processo e julgamento pela Justiça Militar (art. 124, *caput*, da CF).

Do art. 5º, LII, da CF, igualmente decorre o princípio do promotor natural, segundo o qual ninguém será criminalmente processado senão pela autoridade competente, ou seja, pelo órgão do Ministério Público, dotado de amplas garantias pessoais e institucionais, com atribuições previamente fixadas e conhecidas. Com isso, o STF já vetou, por mais de uma vez, a designação de promotor de justiça para exercer as funções de outro, já regularmente investido no respectivo cargo.

3.8. Princípio do duplo grau de jurisdição

A previsão expressa ou implícita do princípio no texto constitucional é bastante discutida. Segundo alguns, o princípio decorre da estrutura atribuída ao

Poder Judiciário pela Constituição Federal, dividido em instância. Para outros, o acolhimento do princípio deriva do art. 5º, LV, cuja redação menciona os “recursos” enquanto expressão do contraditório e da ampla defesa. Finalmente, para uma terceira opinião, o citado princípio advém do Pacto de São José da Costa Rica, que é um tratado internacional de direitos humanos, que ingressa no ordenamento a partir do disposto no art. 5º, § 2º, da CF.

O princípio do duplo grau de jurisdição implica a possibilidade ou o direito ao reexame de uma decisão judicial, da forma mais plena e ampla possível, presumindo-se que a partir da sua revisão reduz-se a probabilidade de erro judiciário. O efeito devolutivo dos recursos apresenta-se como sua característica fundamental, justamente porque gera a oportunidade da revisão.

Seu fundamento político assenta-se na máxima segundo a qual nenhuma decisão judicial pode ficar sem controle.

Duplo grau de jurisdição e o recurso oficial, anômalo, obrigatório e necessário

O recurso de ofício, que contraria o princípio da voluntariedade dos reclamos e que implica reapreciação de causas por um outro órgão judiciário, nada mais é do que uma *providência* imposta pela lei no sentido do reexame necessário de algumas sentenças, em algumas matérias, dependendo da situação adotada.

Na verdade, não é um recurso propriamente dito, mas sim uma condição objetiva para a eficácia da decisão, que só transita em julgado ou preclui após sua reapreciação pelo segundo grau de jurisdição. Para muitos autores, é considerado uma *extravagância judiciária e arcaica, hoje totalmente desnecessária*.

Uma questão ainda polêmica refere-se à prevalência ou não do recurso de ofício, na hipótese do art. 411 do Código de Processo Penal diante do Texto Constitucional da exclusiva iniciativa da ação penal pública pelo Ministério Público.

1ª posição: não existe mais o recurso de ofício.

Com o advento da nova Constituição Federal banuiu-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 art. 129, I, da CF ao estabelecer como função institucional do Ministério Público a promoção privativa da ação penal pública. Assim, consistindo a apelação de ofício forma de iniciativa da ação penal e sendo esta, quando pública, privativa do Ministério Público, segue-se como tendo sido revogados pelo art. 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) pela excrescência jurídica que encerram e pela dicotomia decorrente do princípio processual (RT 659/305-6). No mesmo sentido: RT's 677/374; 684/336; 698/

384 e RJDTCrim 13/124, e RJTJERGS 151/110.

2ª posição: ainda prevalece o recurso de ofício.

O impropriamente denominado recurso *ex officio* não foi revogado pelo art. 129, I, da CF, que atribui ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal, e, por sua extensão a de recorrer das mesmas. A pesquisa da natureza jurídica do que se contém sob a expressão “recurso *ex officio* revela que se trata, na verdade, de decisão que o legislador submete a duplo grau de jurisdição, e não de recurso no sentido próprio e técnico (STF – 2ª T, HC 74.714-1/PI, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 22 de agosto de 1997, p. 38.761).

O princípio do duplo grau de jurisdição não afeta a soberania das decisões do Tribunal do Júri. Como leciona o Professor Frederico Marques: “Os veredictos são soberanos, porque só os veredictos é que dizem se é procedente ou não a pretensão punitiva”. E, arremata, quando analisa a questão do recurso interposto contra a decisão do Júri: “O Tribunal, portanto, não decide sobre a pretensão punitiva, mas apenas sobre a regularidade do veredicto”.

Finalmente, a revisão criminal excepciona o princípio da soberania dos veredictos no Tribunal do Júri, na medida em que é potencialmente capaz de desconstituir a coisa julgada originada a partir das suas decisões de mérito. O direito à revisão criminal não deixa de ser uma manifestação do princípio do duplo grau jurisdicional, que atua como uma garantia contra o erro judiciário. Importante registrar que a expressão “soberania dos julgamentos” é técnico-jurídica e instituída como garantia individual, em benefício do réu, não podendo ser atingida enquanto preceito para garantir a sua liberdade. Dessa forma, a soberania não pode ser invocada contra ele. Aliás, os tribunais, de forma unânime, têm admitido a revisão criminal contra decisões do Tribunal do Júri.

Em relação aos limites do julgamento da revisão criminal, o TJSP, em acórdão da lavra do Desembargador Walter Guilherme, não só conheceu da revisão, mas também deferiu o pedido, absolvendo o peticionário. O fundamento está no seguinte raciocínio:

(...) A soberania dos veredictos tem o sentido de impossibilidade de outro órgão jurisdicional modificar a decisão dos jurados, para absolver o réu condenado ou para condenar o réu absolvido pelo Tribunal do Júri, produzindo efeito no processo enquanto relação jurídico-processual não decidida. Assim, transitada em julgado a sentença do juiz presidente, é cabível a revisão do processo findo, o que foi decidido na esfera revisional não fere a soberania do Júri.

4. Conclusão

O presente estudo teve por finalidade simplesmente alinhar alguns dos inúmeros questionamentos que envolvem a temática dos princípios constitucionais no processo penal, sem, todavia, qualquer pretensão em esgotar o assunto. O rol dos princípios constitucionais não se restringe ao analisado, pelo contrário, modifica-se e amplia-se constantemente, dado o caráter aberto e abstrato que qualifica a sua textura.

Notas

¹ Flóres – Valdez, Joaquín Arce y, op. cit. p. 63.

² *Ibidem*. p. 63/64 e 69/70.

³ *Ibidem* p. 82/89

⁴ Siracusano, Fabrizio. “*L’esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*” a cura di Enzo Zappalà, Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 220. “*È indispensabile che la compressione del diritto di difesa trovi un adeguato bilanciamento nel proseguimento di finalità e di valori di eguale importanza.*”

⁵ Bargis, Marta. “*L’esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*” a cura di Enzo Zappalà, Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 49. Diz a autora que “*il diritto di difesa potrà subire le limitazioni derivanti dell’impiego della teleconferenza solo quando tale strumento si riveli indispensabile per tutelare esigenze ritenute prevalenti dal legislatore*”. A fls. 50 conclui “*che l’efficienza del processo è tutelata in quanto enucleabile dai principi costituzionali che regolano la funzione giurisdizionale, potendo dunque costituire uno degli interessi da bilanciare com altri valori costituzionalmente protetti.*”

⁶ Art. 146-bis do CPP italiano.

⁷ Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In: Grau, Eros Roberto; Guerra Filho, Willis Santiago. *Direito Constitucional/Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, Malheiros, 2001, p. 269.*

Tópicos Jurídicos

Persistência não Exige Ade nem Tempo de Advocacia

Celso Spitzcovsky*

Daniela Dias Graciotto**

*Advogado, atua também como professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo no Complexo Jurídico Damásio de Jesus, na Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus – FDDJ, na Universidade Paulista – Unip e na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pela Editora Damásio de Jesus, publicou as obras *Direito Administrativo: questões de provas preambulares de concursos jurídicos*, *Concursos Públicos*, *limitações constitucionais para os editais: doutrina e jurisprudência* e *Curso de Direito Constitucional*

** Advogada e aluna do Complexo Jurídico Damásio de Jesus