

Revista de Direito UPIS

2007 v. 05

EDITOR

Carlos Aureliano Motta de Souza

CONSELHO

Antonio Pedro da Silva Machado

Beatriz Emilia Bartoly

Daisy de Asper y Valdés

Ivo Montenegro

Jairo Bisol

João Maurício Leitão Adeodato

Luiz Antonio Borges Teixeira

João Carlos Souto

Magda Montenegro

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

Orival Grahl

Zilah Maria Callado Fadul Petersen



Faculdades Integradas

Diretor-Presidente

Diretor Administrativo

Diretor Financeiro

Diretor de Relações Públicas

Diretor de Ensino

Diretor de Pós-Graduação

Diretora de Avaliação

Diretor de Ensino a Distância

Vicente Nogueira Filho

Ruy Montenegro

José Rodolpho Montenegro Assenço

Ivonel Krebs Montenegro

Benito Nino Bisol

Sebastião Fontineli França

Ana Cristina Morado Nascimento

José Ronaldo Montalvão Monte Santo

A **Revista de Direito UPIS** é publicação anual das Faculdades Integradas da União Pioneira de Integração Social – UPIS.

SEP/ Sul - EQ. 712/912 - Conjunto “A”
CEP 70390-125 - Brasília-DF

As informações e opiniões expressas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos respectivos autores.

Revista de Direito UPIS / União Pioneira de Integração Social. v. 1 (2003) –
Brasília, DF/ UPIS, 2007.

v. 5.

ISSN 1678-3107

Publicação anual

1. Direito - Periódicos

União Pioneira de Integração Social – UPIS

CDU 34 (03)

Revisão de Originais

Antônio Carlos Simões

Revisão Final

Antônio Carlos Simões

Geraldo Ananias Pinheiro

Magda Montenegro

Tradutor

Alcides Costa Vaz

Capa

Marcelo Silva Alves

Diagramação, editoração eletrônica e impressão

Gráfica e Editora Inconfidência

SUMÁRIO

- 5** Apresentação
- 9** A garantia constitucional da celeridade processual e os recursos protelatórios
Ives Gandra da Silva Martins Filho
- 23** Introdução à Teoria Tridimensional do Direito em Miguel Reale
João Maurício Leitão Adeodato
- 39** Prerrogativa de foro no inquérito policial
Eduardo Pereira da Silva
- 59** Repercussão geral e celeridade processual
Luiz Antonio Borges Teixeira
- 77** Da redução da maioria penal
Francisco Leite
- 83** Art. 213 do Código Penal Brasileiro: proposta de mudança paradigmática
Alessandra de La Vega Miranda
- 97** Princípio da busca da verdade real no Processo Civil
Marília Montenegro Silva e Tallita Favilla de Oliveira
- 111** O veredicto do Tribunal do Júri calcado unicamente em provas do inquérito
policial
Neide Aparecida Ribeiro
- 129** Normas para os colaboradores

SUMMARY

- 5 Foreword**
- 9 The constitutional promise of speedy trial and dilatory resources**
Ives Gandra da Silva Martins Filho
- 23 Introduction to the Tridimensional Theory of Law in Miguel Reale**
João Maurício Leitão Adeodato
- 39 Prerogative of law court in police inquest**
Eduardo Pereira da Silva
- 59 General repercussion and processual celerity**
Luiz Antonio Borges Teixeira
- 77 On reduction of the age of majority for penal purposes**
Francisco Leite
- 83 Clause 213 of the Brazilian Penal Code: proposal of paradigmatic change**
Alessandra de La Vega Miranda
- 97 Principle of the search for the “real truth” in civil proceedings**
Marília Montenegro Silva e Tallita Favilla de Oliveira
- 111 The jury’s verdict based solely on evidence from the police inquest**
Neide Aparecida Ribeiro
- 129 Norms for contributors**

APRESENTAÇÃO

O ano de 2007 iniciou-se alvissareiro para o Poder Judiciário, no que concerne às reformas estruturais requeridas pela sociedade, como destinatária de suas decisões, e pelos operadores de Direito ciosos de que tais reformas tardam. Na primeira fase foi aprovada, em dezembro de 2004, a Emenda Constitucional nº 45. Duas alterações de índole constitucional merecem especial destaque: 1ª) incluiu a criticada súmula vinculante; 2ª) o inciso LXXVIII, acrescido ao artigo 5º, passou a reger as ações necessárias para concretização do *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano*, com a finalidade de acelerar a aprovação da reforma infraconstitucional.

Vencida essa etapa, o Congresso Nacional focou sua agenda para a aprovação de um conjunto de providências destinadas a aperfeiçoar a anacrônica legislação processual, que milita em desfavor da celeridade processual, objetivo maior da reforma do Poder Judiciário. Coibir a “indústria de recursos”, impor penalidades severas para inibir a chicana, prover agilidade aos julgamentos passaram a ser objetivos no sentido de oferecer à sociedade a necessária *segurança jurídica*, bem como a indispensável *certeza do direito*.

Em que pese existirem, ainda, mais de uma dezena de projetos de lei com o propósito mencionado, mais de duas dezenas já foram aprovados e convertidos em lei. Merecem destaque as Leis nºs 11.417/06 e 11.418/06, que regulamentam o mecanismo vinculante das súmulas, assim como o instituto da *repercussão geral*, respectivamente.

Nesta edição, o Professor Luiz Antônio Borges Teixeira faz pragmática abordagem desse assunto, elaborando percuciente análise do impacto da norma no afazer jurídico.

Ainda na esteira desse tema, o Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho preleciona a desnecessidade de profundas alterações no Código

de Processo Civil, ao fundamento de que os tribunais deveriam aplicar, com mais frequência, os dispositivos já existentes no Código. Em seu artigo ressalta, com exemplos, a eficácia dessa medida no âmbito da justiça trabalhista.

No campo do Direito Penal, a *Revista de Direito UPIS* alberga, nesta edição, quatro importantes contribuições de temas que estão na pauta das discussões doutrinárias. O primeiro trata da redução da maioria penal. O Professor Francisco Leite, renomado penalista e professor de Direito Penal, apresenta os fundamentos jurídicos e sociológicos que sustentam a corrente contrária aos que são favoráveis à redução.

Outro tema polêmico e recorrente é o que trata do Tribunal do Júri. A Professora Mestre Neide Aparecida Ribeiro apresenta, como ponto a ser debatido e enfrentado, a questão da inadmissibilidade de recurso, quando a decisão condenatória do Tribunal do Júri estiver lastreada unicamente em provas não jurisdicionalizadas.

Em outro artigo nessa área, a Professora Mestre Alessandra de La Vega Miranda aborda, até com ousadia, a questão da transgenitalização em razão dos numerosos conflitos decorrentes da omissão, em nosso ordenamento, de regras definidoras da situação das pessoas transgenitalizadas.

Especial destaque merece o trabalho do Delegado da Polícia Federal Eduardo Pereira da Silva, acerca da prerrogativa de foro, na fase pré-processual. Seguindo linha de raciocínio bem articulada, o artigo busca demonstrar a ineficiência das investigações conduzidas por magistrados ou membros do Ministério Público, em relação aos seus próprios pares, vez que não são vocacionados para conduzir investigações não por despreparo ou desinteresse, mas por falta de estrutura e pessoal especializado.

Outra importante contribuição para a presente edição foi elaborada pelas acadêmicas de Direito Tallita Favilla de Oliveira e Marília Montenegro Silva, tratando da adoção, no processo civil, do *princípio da busca da verdade real*. Esse fato, que tem modificado o comportamento de juízes, não mais restritos ao exame das provas carreadas aos autos pelas partes,

mas ele próprio engajado em apurar a verdade do fato *sub examen*, como consequência da evolução da concepção *privatista* do processo, substituída pela *publicista*. O artigo aponta a necessidade de que o juiz não pode mais manter-se como espectador da lide: deve diligenciar para conhecer todos os seus aspectos intrínsecos e extrínsecos.

A perda do insigne mestre Miguel Reale deixa grande lacuna no campo do saber jurídico pátrio. Jurista consagrado internacionalmente, teve sua principal obra discutida em vários países por estudiosos do Direito. Sobre o assunto, o Professor Doutor João Maurício Adeodato nos brinda com artigo demonstrando várias correntes jusfilosóficas, que serviram de ponto de partida para a concepção da teoria do tridimensionalismo por Reale. Trata-se de elaborado estudo que realça, ainda mais, a genialidade do grande mestre brasileiro.

Em que pese Calamandrei não admitir seja concebido o processo como um campo esportivo, onde as partes litigantes travam o seu duelo, arbitradas pelo magistrado, a metáfora nos parece aproveitável.¹ Daí que, em artigo elaborado em homenagem ao Min. José Luciano de Castilho Pereira e coordenado pelos Drs. Cristiano Paixão, Douglas Alencar Rodrigues e Roberto de Figueiredo Caldas, comparávamos o processo a um jogo, no qual as regras processuais visam a canalizar o conflito de interesses, para que do uso da força (conflito bélico) se passe para o uso racional do direito. Assim nos manifestávamos, na ocasião:²

Se o processo é um jogo, espera-se o fair-play dos contendores, procedendo com lealdade e boa-fé (CPC, art. 14, II), não formulando pretensões destituídas de fundamento (III), ou praticando atos inúteis ou desnecessários à defesa do direito (IV), ou ainda não interpondo recursos com intuito manifestamente protelatório (CPC, art. 17, VII). Recurso protelatório equivale à “cera” do futebol (quando se está ganhando) ou ao “clinch” do boxe (quando se está perdendo). E ambas puníveis com advertência do juiz (cartão, falta ou perda de pontos).

Ora, no processo tal conduta “anti-esportiva” também é punida, com multas e indenizações, que podem variar de 1% a 20% do valor corrigido da causa (CPC, arts. 18 e 557). Quando a 4ª Turma do TST, em relação a determinada empresa que recorria invariavelmente de todos despachos ou acórdãos proferidos em seus processos, passou a aplicar-lhe pesadas multas por protelação do feito e litigância de má-fé, saiu publicado artigo na “Folha de S. Paulo”, intitulado “O Ovo de Colombo” (Joaquim Falcão, 24/04/03), em que se sustentava a desnecessidade de Reforma do Judiciário e de novas leis processuais, pois bastaria aplicar as já existentes para garantir a celeridade no andamento do processo. Com isso, as partes sopessariam o custo financeiro de qualquer tentativa de protelação do feito.

A protelação se manifesta basicamente de dois modos: utilizar mais meios do que os necessários para se atingir o fim pretendido (embargos declaratórios para esclarecer o que já estava claro) ou persistir litigando, quando a matéria já se encontra pacificada pela jurisprudência, em sentido contrário à pretensão da parte que recorre (agravar de despacho calcado em súmula ou orientação jurisprudencial do tribunal). Nesse sentido, a protelação, no processo do trabalho, não é apenas do empregador, mas pode ser também do empregado, impedindo a solução final da demanda, quando já está claro que sua pretensão não conta com o agasalho do ordenamento jurídico.

É interessante notar como, no debate sobre as soluções para se dar celeridade ao processo, as que primeiro são esgrimidas são as de se colocarem óbices pecuniários à veiculação de recursos, entre os quais as multas por protelação. Assim, os anteprojatos de lei encaminhados pelo TST ao Poder Executivo, para remessa ao Congresso Nacional, prevêem, fundamentalmente, aumento das multas por embargos declaratórios protelatórios, instituição de depósito prévio para ação rescisória, aumento do montante do depósito recursal e da alçada para recurso de revista.

No entanto, naquilo em torno do que os próprios advogados concordam em tese (aplicar multa aos recursos protelatórios), nunca admitem em concreto que seus apelos sejam protelatórios e se queixam de magistrados que aplicam multas. Fazem lembrar os jogadores que acabam de cometer uma falta grave no futebol, com o adversário caído no chão gemendo de dor, e levantam as mãos para o alto como se nem houvessem tocado no adversário... Fazem lembrar também a passagem do opúsculo de Leon Tolstoi “A Morte de Ivan Ilitch”, quando o personagem principal descobre que está com uma doença incurável e começa a pensar: “Na escola, eu aprendi o silogismo clássico: ‘Todo homem é mortal; Caio é homem; logo, Caio é mortal’. Isto está bem para Caio, não para mim!”.

A empresa a que se referia o Professor Joaquim Falcão em seu artigo de jornal era a Fiat. Na época, ostentava o 3º lugar no rol dos maiores recorrentes no âmbito do TST, apenas perdendo para a Caixa Econômica Federal e para o Banco do Brasil. Talvez pelo rigor com que se aplicou o arsenal legal para coibir essa conduta, a referida empresa perdeu o seu lugar no “pódium” dos maiores recorrentes. No mês de fevereiro de 2006, as “top-ten” da recorribilidade ao TST eram:³

Lugar	Empresa/Entidade	Nº de processos
1º	Instituto Nacional do Seguro Social – INSS	4.345
2º	Banco Santander Meridional S.A	4.253
3º	Banco do Brasil S. A.	3.400
4º	Banco Itaú S.A.	2.523
5º	Caixa Econômica Federal – CEF	2.297
6º	Brasil Telecom S.A.	1.939
7º	Fiat Automóveis S.A.	1.900
8º	Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE)	1.243
9º	Rede Ferroviária Federal S. A. – RFFSA (Em liquidação)	1.108
10º	Telemar Norte Leste S. A.	1.064

Com a Emenda Constitucional nº 45/04 deu-se um passo à frente no combate à protelação, ao erigir em garantia constitucional o princípio da celeridade processual, conforme pudemos expressar em acórdão, extraindo do novel inciso LXXVIII acrescido ao art. 5º da CF muito de sua potencialidade:

GARANTIA CONSTITUCIONAL DA CELERIDADE PROCESSUAL (CF, ART. 5º, LXXVIII) – REITERAÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS PROTELATÓRIOS E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – APLICAÇÃO DE MULTA E CONDENAÇÃO EM INDENIZAÇÃO (CPC, ARTS. 17, 18 E 538). 1. O art. 5º da Constituição Federal de 1988 alberga o arsenal dos direitos e garantias fundamentais do cidadão contra os arreganhos do Estado ou de particulares. As garantias têm índole instrumental frente aos direitos, que buscam preservar. A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduziu nova garantia fundamental no rol existente, consubstanciada na “razoável duração do processo” e na “celeridade de sua tramitação” (inciso LXXVIII). Assim, restou elevado à condição de garantia constitucional o princípio da celeridade processual, demonstrando o Constituinte Derivado a preocupação com o quadro existente, de acentuada demora na tramitação processual, o que tem desacreditado o exercício da função jurisdicional e tornado a justiça tardia em injustiça. 2. Como cabe ao aplicador da lei fazer passar da potência ao ato a força latente desse novel princípio constitucional, extraindo a máxima efetividade da norma constitucional, e esta, no caso do art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna, fala no uso dos “meios que garantam a celeridade”, verifica-se que a vontade constitucional é a de prestigiar esses meios e sinalizar no sentido de que sejam

mais freqüentes e desassombadamente utilizados, sob pena de se frustrar a garantia, tornando-a letra morta. 3. Os meios assecuratórios da celeridade processual podem ser divididos em positivos, que reduzem o tempo de duração do processo, pela simplificação ou redução de recursos, e os negativos, que visam a atacar as causas da demora na solução dos litígios. Sendo o uso de recursos com finalidade protelatória uma das causas fundamentais da demora na prestação jurisdicional, tem-se que a norma constitucional em apreço exige um combate mais rigoroso às manobras protelatórias, ostensivas ou veladas. 4. A natureza procrastinatória de um apelo não diz respeito apenas ao prosseguimento na via judicial (pelo uso do agravo, embargos e recurso extraordinário), para revisão de entendimento já pacificado pelas cortes superiores, mas também à dilatação, no tempo, da controvérsia, mediante a utilização de mais recursos do que os necessários (pelo uso dos embargos declaratórios), para discussão de questão que poderia ser solvida mais celeremente, sobrecarregando, com isso, as pautas de julgamento dos tribunais e prejudicando a parte adversa. 5. Os principais meios atualmente oferecidos ao julgador para enfrentar os expedientes procrastinatórios são as multas, previstas nos arts. 18, 538, parágrafo único, e 557, § 2º, do CPC, cuja aplicação se mostra essencial para a implementação do ideal constitucional da celeridade processual. 6. “In casu”, a compulsão recursal da Embargante (quatro recursos só no âmbito interno desta 4ª Turma do TST), com notável desconhecimento do Processo Laboral, oferece quadro típico de litigância de má-fé em quase todas as suas modalidades: interposição de recurso com intuito protelatório (CPC, art. 17, VII), provocar incidentes manifestamente infundados (VI), proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (V), opor resistência injustificada ao andamento do processo (IV), alterar a verdade dos fatos (II) e deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei (I), ao pretender discutir nos segundos embargos declaratórios questão inovatória, afeta ao acórdão atacado pelos primeiros declaratórios, em detrimento dos princípios da preclusão e da unicidade recursal, a par de confundir valor da causa (que, no caso, não foi impugnado) com valor da condenação, para efeito de fixação da base de cálculo da multa aplicada no primeiro dos dois agravos que interpôs na mesma esfera jurisdicional. Embargos de declaração não conhecidos, com aplicação de multa de 10% e indenização de 20% sobre o valor da causa, por litigância de má-fé.⁴

A protelação do feito, mormente em se tratando de embargos declaratórios, tem sido sistemática quando são eles utilizados com caráter infringente, buscando reverter a decisão na própria instância julgadora. Sobre essa faceta da protelação (que, paradoxalmente, seria motivada pelo desejo de se obter mais rapidamente a reforma do julgado) já nos manifestamos no seguinte julgado (a título de exemplo):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REITERADOS, PROTELATÓRIOS E COM CARÁTER INFRINGENTE – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI) - AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO JULGADO – APLICAÇÃO DA MULTA DE 10% DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Os embargos declaratórios são instrumento de integração do julgado, fundamentalmente para suprir omissão (matéria não analisada) ou contradição interna (entre ementa, fundamentação e conclusões).

2. Depois que o STF reconheceu a possibilidade de se lhes imprimir efeito modificativo, em caráter excepcional, muito se tem abusado do instrumento, podendo-se dizer que se duplicaram as instâncias recursais no Poder Judiciário (se eram 20, computando-se o esgotamento de recursos e agravos nas fases de conhecimento e execução, passaram a ser 40 ou mais), comprometendo a celeridade e eficiência na prestação jurisdicional. Isto porque, em cada fase, a Parte Sucumbente intenta, a pretexto de sanar omissão, reverter o julgado a seu favor na própria instância que já esgotou sua jurisdição, desnaturando os embargos declaratórios.

3. ‘In casu’, em seus dois embargos declaratórios, o Sindicato manifesta seu inconformismo com a exclusão do adicional de insalubridade por fornecimento de EPI, sustentando, ao arripio do inciso II do art. 191 da CLT, que a diminuição da intensidade do agente insalubre pelo EPI não exclui o direito à percepção do adicional de insalubridade.

4. Verifica-se, pois, que, a par da inexistência de omissão no julgado, os embargos ostentam nítido caráter infringente, reincidentemente protelatório, impondo a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, em seu montante de 10% sobre o valor da causa, tornando-se seu recolhimento pressuposto de recorribilidade.

Embargos rejeitados, com aplicação de multa.⁵

Se, por um lado, para viabilizar recurso de natureza extraordinária é necessário prequestionar a matéria na instância inferior, veiculando os embargos declaratórios para sanar eventual omissão, por outro, o próprio TST mitigou a exigência, reconhecendo como prequestionada a matéria jurídica, mesmo em sendo omissa o julgado, na hipótese de terem sido opostos embargos declaratórios e o TRT se furtar de analisar a matéria (Súmula nº 297, III, do TST). Ou seja, não se justificam novos embargos declaratórios para obter o necessário prequestionamento.

Podemos classificar em 3 as principais motivações da protelação:

a) retardar o desfecho final do processo, para furtar-se, ainda que temporariamente, dos efeitos financeiros da sentença (tal procedimento apresenta-se lucrativo para as empresas, em vista de os juros do mercado serem mais atrativos do que os que terão incidido sobre a condenação trabalhista, com o que a empresa poderá aplicar no mercado o que destinaria para cobrir seu passivo trabalhista, caso as sanções de multas não encareçam a demanda judicial);

b) insistência, à saciedade, ainda que sem reais possibilidades, na tentativa de reverter decisões desfavoráveis, percorrendo insistentemente a via sacra recursal (e fazendo a parte adversa percorrê-la, mesmo quando a jurisprudência já se encontra sumulada e não haja matéria constitucional em jogo), procedimento em que a protelação do empregado se caracteriza pela reiteração de recursos, quando outros trabalhadores não tiveram ainda sequer uma primeira decisão da Corte;

c) a manutenção do processo na instância, sem prosseguimento, tendo em vista a forma de remuneração do advogado, por peça processual (mormente embargos declaratórios e agravos) ou principalmente pelo número de processos que acompanha no Tribunal (hipótese em que cada processo findo pode significar redução de ganhos, pois não há honorários advocatícios na Justiça do Trabalho fora da hipótese de assistência judiciária pelo sindicato, conforme estabelecem as Súmulas nºs 219 e 329 do TST e a Lei nº 5.584/70).

Exatamente para combater essa última modalidade de protelação, que envolve o próprio advogado, o STJ tem decisões pioneiras, condenando também o advogado pela protelação:

Quando de todo sem cabimento os embargos, donde a conclusão de que pretendem retardar se faça, de uma vez por todas, a coisa julgada, ou que não seja ela cumprida a bom tempo e a boa hora (modalidade, tempo, lugar etc.), os embargos têm caráter protelatório; nesse caso, o embargante está sujeito a sanção processual. É lícito que a sanção alcance não

*só a parte (o litigante), mas também o seu procurador, uma vez que a ambos compete proceder com lealdade e boa-fé. Embargos rejeitados; declarados, porém, manifestamente protelatórios, a Turma decidiu condenar o embargante (o Estado) e o seu procurador (o Procurador do Estado) a, solidariamente, pagarem aos embargados a multa de 1% sobre o valor da causa.*⁶

E mais:

PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO – PENA DE PERDIMENTO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – RECURSO PROTETATÓRIO – CONDENAÇÃO DO PROCURADOR AO PAGAMENTO DE MULTA.

- 1. Inexistência de omissão, mas inconformismo da parte com o julgamento do recurso especial.*
- 2. Embargos de declaração interpostos com propósito meramente protelatório, buscando retardar o desfecho da demanda.*
- 3. Aplicação de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa, a ser suportada pelo advogado subscritor do recurso, nos termos do art. 14, II, c/c 17, VII, e 18, caput, do CPC, pois é dever das partes e dos seus procuradores proceder com lealdade e boa-fé.*
- 4. Embargos de declaração rejeitados, com imposição de multa.*⁷

O caráter protelatório de um recurso é fato objetivo, quando, na hipótese de embargos declaratórios, inexistente omissão na decisão embargada e se busca a reforma do julgado na própria instância, ou quando, na hipótese de outros recursos como de agravo, a matéria já está pacificada na jurisprudência e se pretende reverter o entendimento cristalizado em Súmula ou Orientação Jurisprudencial.

Se é objetivo o caráter protelatório de um recurso nessas condições, a intensidade da protelação se mensura por intermédio da repetição do procedimento protelatório (reiteração de embargos declaratórios desfundamentados e com intuito infringente) ou da reiterada manifestação das instâncias superiores no sentido de manter sua jurisprudência sumulada (sem contar manobras escusas que podem ser intentadas para impedir o prosseguimento do feito ou manter “vivo” processo já fadado ao insucesso).

Para tanto, o julgador, além das penalidades elencadas nos arts. 538, parágrafo único, e 557, § 2º, do CPC, que tratam da protelação do feito em condições normais, pode lançar mão dos arts. 17, VII, e 18 do CPC, aplicando as sanções por litigância de má-fé, consubstanciadas em multa e indenização para a parte contrária, de até 20% do valor da causa.

É claro que a litigância de má-fé é conduta não costumeira nas lides processuais, sendo a exceção e não a regra. Daí que raramente é acionado o art. 18 do CPC. No entanto, a protelação, em sua modalidade menos reprovável, consubstanciada na insistência em rediscutir a matéria enquanto a decisão não lhe for favorável (olvidando que o processo tem seus limites e condições), não pode ser relevada, sob pena de se inviabilizar o próprio funcionamento da máquina judiciária, atravancando-a com trabalho repetitivo e desnecessário, em detrimento daqueles que ainda não obtiveram sequer uma manifestação das instâncias judiciais.

Nesse sentido, são lapidares as palavras de Calamandrei, ao tratar da relação do advogado com seu cliente quanto à avaliação da probabilidade de êxito da demanda:

Há um momento em que o advogado civilista deve encarar a verdade de frente, com um olhar desapassionado de juiz. É o momento em que, chamado pelo cliente a aconselhá-lo sobre a oportunidade de intentar uma ação, tem o dever de examinar imparcialmente, levando em conta as razões do eventual adversário, se pode ser útil à justiça a obra de parcialidade que lhe é pedida. Assim, em matéria cível, o advogado deve ser o juiz instrutor de seus clientes, e sua utilidade social será tanto maior quanto maior for o número de sentenças de improcedências pronunciadas em seu escritório.⁸

Já o Ministro Marco Aurélio Mello, pelo prisma da atuação do juiz para dar efetividade ao processo, escreveu:

Observa-se, portanto, a existência de instrumental hábil a inibir-se manobras processuais procrastinatórias. Atento à sinalização de derrocada do Judiciário, sufocado por número de processos estranho à ordem natural das coisas, o Legislador normatizou. Agora, em verdadeira resistência democrática ao que vem acontecendo, compete ao Estado-juiz atuar com desassombro, sob pena de tornar-se o responsável pela falência do Judiciário. Cumpre-lhe, sem extravasamento, sem menosprezo ao dever de preservar o direito de defesa das partes, examinar, caso a caso, os recursos

*enquadráveis como meramente protelatórios, restabelecendo a boa ordem processual. Assim procedendo, honrará a responsabilidade decorrente do ofício, alfim, a própria toga.*⁹

Conclui-se, pois, que somente com a sensibilidade do advogado para distinguir sobre a conveniência ou não de recorrer, conjugada com o destemor do juiz na aplicação das normas legais de combate à protelação, sem receio de melindres e suscetibilidades por parte dos causídicos que patrocinam as causas, é que se poderá dar efetiva celeridade ao processo. Do contrário, como bem lembrado pelo ilustre Prof. Joaquim Falcão em seu já mencionado artigo, não há reforma que baste, pois será o juiz quem terá de aplicar a norma processual, podendo dar-lhe toda a força normativa ou dela fazer letra morta.

Notas

¹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 31.

² MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “O bélico e o lúdico no direito e no processo”. In: *Os novos horizontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2006.

³ Conforme divulgado no *site* do TST. Disponível em: www.tst.gov.br.

⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 4ª Turma. ED-ED-AG-A-AIRR-790.568/2001.0, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJU de 22/04/05.

⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 4ª Turma. ED-ED-RR-136/2000-121-17-00.4, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJU de 10/02/06.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma. Ag 421.626-AgRg-Edcl, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 07/03/05, p. 352.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. REsp 427.839-AgRg-Edcl, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 18/11/02, p. 205; no mesmo sentido e com igual teor temos os seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. REsp 314.173-AgRg-Edcl, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 10/03/03, p. 149; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. Ag 438.554-AgRg-Edcl, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 17/03/03, p. 220; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. REsp 435.824-Edcl, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 17/03/03, p. 219.

⁸ CALAMANDREI, Piero. “*Eles, os juízes, vistos por um advogado*”. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 147.

⁹ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. “O judiciário e a litigância de má-fé”. In: *Revista Prática Jurídica*, Ano I, nº 2, de 31/05/02.

Resumo

O artigo aborda, de maneira bastante objetiva, a questão dos recursos processuais com a finalidade exclusiva de protelação do processo, a chamada litigância de má-fé. Partindo do reconhecimento, pelo constituinte derivado, de que a celeridade processual (art, 5º LXXVIII, EC nº 45/04) deveria ser elevada à condição de “garantia processual”, o trabalho aponta o ranking dos dez maiores recorrentes junto ao TST e apresenta uma classificação das principais motivações de protelação. Conclui por afirmar que a concreção da garantia inserida pela EC nº 45/04, já citada, não depende da aprovação de lei infraconstitucional: basta a aplicação dos dispositivos aplicáveis à matéria e previstos no Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Celeridade processual - Recursos protelatórios - Procrastinação - Litigância de má-fé - Multas por protelação.

Abstract

The article approaches the issue of procedural appeals that aim exclusively at delaying a process, the so called bad faith litigation. Departing from the recognition by derived constituent that the procedural celerity (art, 5º LXXVIII, EC nº 45/04) must be raised to the condition of “procedural guarantee”, the text shows the ranking of the top ten appealers to the Superior Labor Court and presents a classification of the main motives leading to procedural delay. It concludes by affirming that the resort to the guarantee envisaged by the Constitutional Amendment 45/04 does not depend on the approval of infra constitutional law: the sole application of the legal devices related to this issue as envisaged in the Civil Code is sufficient.

Key words: procedural celerity; appeals; procrastination- bad faith litigation; fines for delay.

Resumen

El artículo trata la cuestión de los recursos procesuales con el propósito exclusivo de retraso del proceso, el denominado pleito de la malo-fe. Con base en el reconocimiento, de parte del constituyente derivado, de que la celeridade procesal (arte, 5º LXXVIII, ° 45/04 de la EC n) debería ser elevada a la condición de “garantía

procesal”, el texto presenta el ranking de los diez mayores recurrentes junto al Tribunal Superior del Trabajo y presenta una clasificación de las motivaciones principales de retraso. Concluye afirmando que la realización de la garantía presente en la Ementa Constitucional 45/04 no depende de la aprobación de normativa infraconstitucional: es suficiente el uso de los dispositivos aplicables al tema previstos en el Código de Proceso Civil.

Palabras clave: Celeridade procesal - recursos dilatorios - La dilación - pleito de la malo-fe - multas por retraso.

FÓRUM DE OPINIÕES

João Maurício Adeodato

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Pós-Doutorado na Universidade Johannes Gutenberg-Mainz (Fundação Alexander von Humboldt).

Introdução à Teoria Tridimensional do Direito em Miguel Reale

Sumário: Introdução: O ambiente tridimensional na filosofia do Direito. 1. As bases filosóficas no pensamento de Miguel Reale. 2. Os três elementos da experiência jurídica. 3. Necessidade de concreção e compreensão unitária dessa experiência. 4. Síntese conclusiva. (Referências)

Introdução: O ambiente tridimensional na filosofia do Direito

O princípio de que o tridimensionalismo é um tipo de compreensão do direito que resulta de evolução do pensamento jurídico ocidental, a partir de certos parâmetros (Van Acker, 1977)¹, remete o leitor a uma análise já feita em outro lugar, a respeito das bases filosóficas que desembocaram nessa corrente, para fornecer visão geral do assunto, quando se procura relacionar as teorias tridimensionalistas anteriores com as atuais, mostrando-se os pontos de contato e de divergência (Adeodato, 2002, p. 81 s.).²

O presente estudo concentra-se sobre o pensamento de Miguel Reale, o maior expoente do tridimensionalismo no Brasil, com o objetivo de introduzir o leitor a essa teoria, investigar os três elementos da realidade jurídica apontados e, finalmente, tentar estabelecer uma concreção unitária entre eles para tratar problemas tradicionais da ciência do direito, tais como os discutidos conceitos de vigência, eficácia e fundamento. A seguir, serão observadas outras particularidades da obra de Reale, culminando com seu culturalismo histórico, pano de fundo importante e que não pode ser deixado de lado. Finalmente, tenta-se colocar uma conclusão crítica e oferecer perspectivas para posteriores desenvolvimentos do tema.

Nesse sentido, é possível detectar uma evolução na história das idéias em direção ao tridimensionalismo, concepção que procura fazer convergir as mais diversas contribuições anteriores, haja vista que essas três dimensões do direito – fato, valor e norma – já vinham sendo progressivamente tomadas por diversas escolas como o objeto principal da pesquisa: se o estudo da norma é o objetivo maior das teorias normativistas, precedidas pela Escola Legalista francesa (*École d'Éxegèse*), o valor é o conceito básico dentro da percepção de cultura da Filosofia

dos Valores e o fato social torna-se a principal fonte na visão da Escola do Direito Livre (*Freierechtsschule*). Esse debate não é apenas acadêmico e científico mas teve grande influência sobre a distribuição da justiça, tendo reflexos práticos evidentes na aplicação do direito (Czerna, 1977).³

Os precursores da teoria tridimensional estiveram presentes em, praticamente, todos os países do mundo ocidental. Herdando a perspectiva advinda do debate entre jusnaturalistas e juspositivistas, procuraram fugir a essa partidarização e colocar o mundo da cultura como o ambiente de convergência entre os valores provenientes da filosofia da consciência, as ambições epistemológicas do racionalismo e as contribuições menos espetaculares, porém mais sólidas, do empirismo. Na busca de resolver as aporias legadas por David Hume, pela via de Kant, os alemães Gustav Radbruch e Emil Lask são dos primeiros a chamar atenção para a necessidade de conectar as três dimensões, respectivamente a cargo do filósofo do direito, do jurista e do sociólogo. O mundo da cultura passa a constituir o *locus* onde se dá o ponto de ligação entre os valores ideais e o mundo dos fatos, constituído pelas aquisições materiais e espirituais do ser humano ao longo da História. Situando-se dentro dos limites preconizados por Hume, separação e impossibilidade de passagem entre as esferas de ser e dever ser, esses autores afirmavam que o plano de valor se situa no dever ser (juízos normativos), o plano da realidade causal no ser (juízos causais, entitativos) e a cultura, em uma síntese entre ser e dever ser (juízos referidos a valores). A referibilidade – e não a passagem – constitui a ligação entre a ontologia e a deontologia (Castanheira Neves, 1967).⁴

Italianos como Icilio Vanni e Giorgio Del Vecchio, além do próprio Norberto Bobbio, são exemplos das influências tridimensionalistas, quando buscam dividir metodologicamente os campos da filosofia do direito em fenomenologia, deontologia e gnoseologia jurídicas, correspondentes, respectivamente, a fato, valor e norma.

De Portugal vem o exemplo do jurista Cabral de Moncada, influenciado por Gustav Radbruch, cuja originalidade está em procurar aplicar o modelo tridimensionalista à teoria tradicional das fontes do direito: a lei seria a expressão da norma, a jurisprudência, do valor e, o costume, do fato.

Paul Roubier procura unir o que considera os três fatores básicos do direito, os quais não podem ser reduzidos um ao outro, mas apresentam preponderância variável segundo o momento histórico: eles seriam a segurança jurídica, propiciada pela norma, a justiça, como valor, e o progresso, como fato social. Também em França, na mesma linha de Roubier, Francis Lamand e Michel Virally defendem concepções tridimensionalistas.

Entre os juristas de língua inglesa, o tridimensionalismo pode, da mesma maneira, ser claramente percebido, ainda que com suas peculiaridades. *A historical jurisprudence*, de Summer Maine e Maitland, assim como a *Analytical jurisprudence*, de John Austin e algumas teorias da justiça mais tradicionais, fundadas no jusnaturalismo, todas são doutrinas que procuram reunir fato, valor e norma como elementos componentes da realidade jurídica. As doutrinas de Roscoe Pound e Julius Stone são denominadas por Reale de “transistemáticas”, haja vista que, mesmo enfatizando as três dimensões do direito, não chegam a uma conexão dialética entre elas (Reale, 1968; Reale, 1998a, p. 535).^{5 6}

Na América Latina, deve-se mencionar o argentino Carlos Cossio, com forte apoio em Kelsen, porém reduzindo a teoria pura da norma a uma lógica jurídica formal; diferentemente de Kelsen, Cossio enfatiza o fato social, pleno de valores, a “conduta em interferência intersubjetiva” que constitui o cerne ontológico do direito. Da mesma geração de Reale, são ainda Luiz Legaz y Lacambra e o mexicano Eduardo Garcia Maynez, que procuram unir a teoria pura do direito, *kelseniana*, à filosofia dos valores e à ética material de Max Scheler e Nicolai Hartmann.

Esses são alguns dos tridimensionalistas que Reale denomina “genéricos”. Mas há outros que, continuando a tendência a uma integração progressiva dos três elementos destacados pelos juristas anteriores, desenvolvem doutrinas nas quais aparece uma unidade que permite classificá-los como tridimensionalistas específicos ou concretos.

O integrativismo jurídico de Jerome Hall, inspirado em correntes anteriores no âmbito da *common law*, já mencionadas, e a “lógica do razoável”, de Recaséns Siches, vão ambas em direção mais concreta, proclamando inclusive aceitar as idéias de Miguel Reale. Os três momentos (situacional, estrutural e teleológico) de Dino Pasini, apresentados como componentes de um único fenômeno jurídico, permitem também inseri-lo nessa corrente, no âmbito do pensamento italiano, ao lado de Luigi Bagolini. Apesar de não trabalhar unicamente sobre a realidade jurídica, procurando fórmula social mais abrangente, esse último também parte do tridimensionalismo como unidade estrutural do direito.

Wilhelm Sauer, na Alemanha, reúne influências de Fichte, em seu conceito de cultura, com as mônadas de valor de Leibniz, tudo em torno de um viés preponderantemente hegeliano. Segundo Reale, Sauer é o primeiro a fixar expressamente as bases do tridimensionalismo específico, em oposição àquele então imperante, além do próprio mestre paulista. Em sua metafísica, as mônadas de valor são a essência, a menor unidade de valor, cujo conjunto constitui a cultura, objeto final da filosofia.

Reale ressalta, contudo, que Sauer e Hall têm as três dimensões como “perspectivas”, enfatizando o prisma gnoseológico, enquanto Reale e Siches as entendem como “fatores” e “momentos”, buscando perspectiva “ontognoseológica” para afastar a ênfase sobre o sujeito de conhecimento, característica dos *neokantianos* (Recaséns Siches, 1963).⁷ Nenhum desses autores, apesar das diferenças entre seus pensamentos, confere juridicidade a alguma das três dimensões em separado, nem defende qualquer predominância. Por esse motivo são tridimensionalistas específicos, na crítica de Reale. Mas Sauer, com suas mônadas de valor, ressalta o fator axiológico, enquanto Hall reforça o fato sociológico, deixando ainda ambos em aberto o problema de como resolver a correlação entre as três dimensões. É aí que Reale procura inserir sua teoria tridimensional (Reale, 1994b, p. 23-52).⁸

1. As bases filosóficas no pensamento de Miguel Reale

Reale parece afastar-se do criticismo transcendental, ainda que reconheça expressamente seu débito para com Kant, na medida em que não admite uma estrutura predominantemente lógico-formal no ato de conhecer, considerando os elementos ontológico e estimativo, ou axiológico, como responsáveis pela dinâmica do conhecimento, no que mostra a influência de Nicolai Hartmann, enquanto *neokantiano* desgarrado. Inspirado em Hegel, ainda por cima, Reale considera fundamental o conceito de historicidade, ou seja, o processo de inserção dos valores no fluxo da cultura, temática que considera ausente do pensamento de Hartmann. Mas o método *kantiano* continua a assumir o papel de “condição de possibilidade” na compreensão do fenômeno jurídico, revestindo de importância os pressupostos metodológicos adotados, os quais funcionam quase que como princípios transcendentais da estrutura tridimensional. A crítica *kantiana* deve enfatizar o elemento axiológico de modo necessário, pois que implica distinção e escolha entre os elementos logicamente válidos e aqueles que não o são: o valor não seria então apenas transcendente, mas sim imanente à estrutura mesma do agnoseológico (Legaz y Lacambra, 1966; Reale, 1998a, p. 285 s.).^{9 10}

A metafísica do conhecimento de Nicolai Hartmann também transparece na obra de Reale, ainda que não sejam aceitos alguns pontos vitais. É comum aos dois autores, porém, acreditar que o sujeito e o objeto ocupam o mesmo plano ontológico, uma vez que a ontologia do objeto do conhecer e a ontologia do conhecer o objeto são dois aspectos de uma única realidade cognoscitiva: é o *aliquid* de Hartmann e a ontognoseologia de Reale (Reale, 1998a, p. 27).¹¹ Assim, Reale enten-

de por ontognoseologia jurídica a pesquisa da estrutura da realidade jurídica, a qual se revela una mas tridimensional, como é característico do que vai chamar de “tridimensionalismo específico” (Coelho, 2003, p. 285 s.).¹² Como conhecer (gnose) sempre é conhecer algo (*aliquid, ontos*), não cabe separar a atividade filosófica em ontologia e gnoseologia. A ontognoseologia forma a parte transcendental da lógica, ao lado da lógica positiva. Daí a análise ontognoseológica revelar as dimensões da filosofia (Luisi, 1977).¹³

Um dos pontos de desacordo está na “idealização” ou “platonização” dos valores pregada por Hartmann, Max Scheler e Alfred North Whitehead, por exemplo. Os valores devem ser entendidos dentro da história, já que essa é a representação do próprio ser humano como autoconsciência espiritual, e referem-se ontologicamente ao plano da existência, assim como o dever ser que deles emana, levando o ser humano a constituir-se no único ente no qual se confundem ontologia e axiologia, pois ele “é enquanto deve ser” e vice-versa. Assim, a própria natureza humana é tridimensional.

Em resumo, a fenomenologia de Husserl é aceita como método, mas rejeitada como metafísica idealista; por isso, Reale observa o direito por meio da descrição fenomenológica e procura atingir sua essência eliminando o contingente e atendo-se aos dados imediatos da consciência, ainda que acrescentando uma valoração crítica e histórica. Isso significa que é necessário somar à intuição eidética da fenomenologia descritiva, intuição essa que é estática, a intuição axiológica do direito, que é dinâmica. É também inspirado em Husserl e na fenomenologia em geral que Reale procura, dentre as diversas formas de conduta, qual aquela especificamente jurídica; sua fenomenologia da ação conclui pelo caráter teleológico da conduta humana, essencial e necessariamente eivada das três dimensões que compõem sua realidade (Fernández del Valle, 1977).¹⁴

A tradição da filosofia ocidental moderna é de não apenas separação mas também intransponibilidade entre os campos do ser e do dever ser. Com efeito, essa tese foi posta por Hume, aceita por Kant e depois acolhida com ênfase por Kelsen. Do outro lado, tem-se a tradição da filosofia alemã de Brentano, Husserl, Dilthey, Scheler e Hartmann, para os quais, com suas diferenças, o valor seria um objeto ideal, no plano da ontologia, assim como as entidades matemáticas e lógicas e as essências fenomenológicas. Reale vai de encontro a ambas essas tradições, não aceitando a intransponibilidade entre ser e dever ser, tampouco a objetividade ideal dos valores. E vai também contra a tradição subjetivista, para a qual o valor está naquilo que cada indivíduo considera valioso.

Assim, não procede a objeção de Hume em relação ao conceito de valor, porque o valor já pertence à órbita do dever ser. Tampouco é pertinente a idéia de que os valores existem em si mesmos, de forma absoluta, independentemente da existência e da história do ser humano, do ser que os percebe, vez que os valores são produto da consciência e da ação e são realizados historicamente. Isso não implica, porém, relativismo: uma vez criados, realizados e estabelecidos pela cultura, os valores permanecem para sempre no horizonte daquela comunidade e a conformam e individualizam. São as “invariantes axiológicas” (Reale, 1994a),¹⁵ já delineadas sob a denominação de “constantes axiológicas” na tese de 1940 (Reale, 1998b, p. 317 s.).¹⁶

Há porém um único valor absoluto: a própria pessoa humana, condição necessária para a existência de qualquer valor. Os demais valores, não fundantes, mas derivados, são históricos, resultantes do reflexo do quadro cultural na consciência das pessoas e, portanto, variáveis no tempo e no espaço. A história submete os valores a processo, pois, ao serem captados e racionalizados como fins, eles precisam ser considerados “em relação aos meios idôneos para sua realização”.

Diferentemente de Hartmann e Scheler, dessa maneira, Reale constrói uma terceira dimensão, ao lado do ser (real) e do dever ser (ideal), para encaixar sua axiologia, posto que os valores “são enquanto devem ser”, ao mesmo tempo em que seu dever ser tende à realização no mundo específico da cultura. Reale busca dessa maneira superar, por meio de uma “integração normativa de fatos segundo valores”, as posturas de ênfase exclusiva sobre o fato (realismo jurídico), a norma (normativismo) e o valor (jusnaturalismo).

O valor apresenta, assim, três funções em relação à sua atuação sobre a experiência jurídica; como fator constitutivo da realidade (função ôntica), como prisma para compreender tal realidade (função gnoseológica) e como razão determinante da conduta, pois só se age em direção a fins (função deontológica).

A conduta humana assume, na fenomenologia da ação observada por Reale, cinco modalidades diferentes: religiosa, quando o móvel de agir é um valor transcendente; moral, quando o agente se prende à conduta por si mesmo, seja tal conduta autônoma – a norma de conduta é fixada pelo próprio agente –, seja ela heterônoma – o agente reconhece em outrem o poder de ditar-lhe normas de conduta moral; convencional, quando o sujeito obedece a determinadas normas por conveniência própria; econômica, quando os participantes se inter-relacionam em função de bens materiais; e jurídica, quando os agentes estabelecem entre si uma bilateralidade atributiva, pela qual se obrigam e são obrigados a determinados

comportamentos. De qualquer modo, em todas as condutas humanas há sempre uma energia espiritual metafísica, captada por valor objetivo predominante na comunidade, o qual tende a normatizar-se.

No mesmo sentido, quando um valor é dominante, tende a realizar-se por intermédio de norma, dirigida ao ser humano, o qual é fundamentalmente liberdade, na medida em que opta. O fato e o valor manifestam-se em constante estado de tensão, pois os valores penetram no mundo real, tendem a realizar-se; a norma, por seu turno, reúne o fato e o valor dentro de si e projeta-se para o futuro como parâmetro de conduta. Assim, esse fenômeno que se denomina o direito só existe porque o ser humano se propõe fins; todo e qualquer ato jurídico possui um móvel de conduta, o qual lhe fornece o sentido. Esses fins são exatamente os valores que a conduta visa realizar. Observem-se os componentes teleológico e gnoseológico no âmago da própria axiologia.

Se é verdade que nem tudo no valor pode ser explicado racionalmente, não se pode esquecer de seus parâmetros racionais, pois o valor só se transforma em fim, na medida em que é representado racionalmente. Isso significa que o valor é compatível com a razão humana, muito embora não se reduza a ela (Reale, 1998a, p. 187 s.).¹⁷

Uma vez que a axiologia constitui a base da teleologia, no pensamento de Miguel Reale, e os fins se baseiam nos valores, estes assumem o papel de fins últimos, ou seja, são fins em si mesmos, nunca meios para outros fins. Os valores são possibilidades para que o sujeito possa atuar, na medida em que ele os haja elegido como fins para sua conduta. Um problema central é a verificação de que os valores variam, ou seja, sua objetividade é relativa. Tal objetividade está garantida, em seus caracteres básicos, pela própria estrutura ontológica da consciência humana, valor básico e fonte primeira de todos os demais valores. O conteúdo valorativo modifica-se, explica Reale, porque variam as possibilidades da consciência ao longo da história; quer dizer, se a fonte – a consciência – varia e é influenciada pela história, os valores – seu produto – também o são. Está aqui um dos pontos da diferença entre realidade física e realidade espiritual: a realidade espiritual é da consciência, ou seja, projeta valores, pois as relações entre as consciências dos indivíduos são relações de valores. Noutro plano, as projeções resultantes são os valores objetivados, a “vida humana objetivada” de Recaséns Siches, originalmente o “espírito objetivado” de Nicolai Hartmann.

Pode concluir-se que duas das principais características dos valores, a realizabilidade e a inexauribilidade, são fundamentais para a devida compreensão filosófica dos problemas referentes à validade, à eficácia e ao fundamento do direi-

to. Isso ocorre porque tanto o processo histórico é desprovido de sentido sem o valor, quanto este permanece inválido se não fornece sentido a determinado momento histórico, realizando-se. Por outro lado, o valor está na totalidade do processo histórico e é, em relação a tal processo, inexaurível. Ele é assim imanente ao homem e à sua história. Os elementos constitutivos da realidade jurídica são pois o fato, o valor e a norma, enquanto suas notas dominantes são, respectivamente, a eficácia, o fundamento e a validade. Isso leva ao paradigma da concreção no pensamento de Reale.

2. Os três elementos da experiência jurídica

Na perspectiva de Reale, o único direito observado é o positivo, o que permite classificá-lo, com suas especificidades, entre os positivistas, numa visão quase que uniformemente generalizada nos juristas posteriores a Savigny, em que pesem suas numerosas divergências internas. E esse direito positivo, conforme já dito, é composto de três fatores gnoseologicamente distintos, se bem que onticamente inseparáveis, quais sejam: fato, valor e norma.

Note-se que não somente o direito mas também a ordem moral é tridimensional, diferindo da jurídica por dirigir-se à subjetividade consciente e livre do ser humano. A ordem jurídica visa principalmente o respeito a uma ordem objetiva nas relações entre pessoas. As duas ordens normativas distinguem-se, é certo, porém interagem de tal modo que uma não se realiza sem a outra.

As três dimensões do direito são vistas indissociadamente: são valores que se concretizam historicamente nos fatos e relações intersubjetivas que se ordenam normativamente. Utilizando apenas um critério de prevalência, evitando conferir juridicidade a qualquer uma dessas dimensões em separado, Reale estabelece os seguintes campos de estudo: o direito como valor, estudado teoricamente pela deontologia jurídica e, no plano empírico, pela política jurídica; o direito como norma, objeto da jurisprudência (no sentido clássico, como ciência do direito), no aspecto dogmático, e pela epistemologia jurídica, sob a perspectiva do conhecimento; e o direito como fato, estudado pela história, sociologia e etnologia do direito, por um lado, e pela culturologia jurídica, do outro.

Assim, uma norma sempre se refere a fatos e valores, pois o fato jurídico implica necessariamente normas e valores e o valor sempre se realiza em fatos sobre os quais incidem normas. Reale procura mostrar quão imbricadas entre si encontram-se as dimensões da experiência jurídica. Mas aí surge um problema fundamental em sua teoria, qual seja, o inter-relacionamento dessas três dimensões.

Conforme mencionado, não pode haver qualquer separação ou predominância absoluta de um fator sobre o outro, mas é de se notar que Reale coloca a norma como momento culminante da experiência jurídica, para o jurista propriamente dito, embora sempre a norma implique um equilíbrio entre fatos (dados empíricos de determinado momento histórico-social) e valores exigidos (ideais políticos, pressões de todos os tipos, ideais morais, religiosos etc.). As normas jurídicas, ao contrário das leis físicas, não são simples captação descritiva do que constitui o fato, mas sim tomada de posição constitutiva frente a um fato. Por sua própria natureza, as normas estão sempre em estado de tensão: referem-se a fatos e valores passados, tendendo à conservação e a fatos e valores novos, tendendo à renovação. Daí sua importância como elemento catalisador nessa inter-relação.

Nesse mesmo sentido, quando um valor é dominante, tende a realizar-se por meio de norma, dirigida ao ser humano, o qual é fundamentalmente liberdade, na medida em que opta. O fato e o valor vivem também em constante estado de tensão, pois os valores penetram no mundo real, tendem a realizar-se; a norma, por seu turno, reúne o fato e o valor dentro de si e projeta-se para o futuro como parâmetro de conduta.

O direito é parte importante na integração entre ser e dever ser que se realiza na pessoa, que apreende valores; daí o direito colocar-se em função de fins. A conduta escolhe maneiras de agir em detrimento de outras e essas preferências têm em vista realizar valores; por isso, a normatividade implicar tomada de posição, vontade, ou seja, opção de valor, meio e fim.

Reale procura então unificar em totalidade sua concepção da realidade jurídica, entendendo fato, valor e norma como postura não apenas ontológica, mas também metodológica, dirigida a possibilitar o conhecimento. O direito é (onticamente) uno e (ontognoseologicamente) aparece como tridimensional. É o tridimensionalismo “dinâmico” (Reale, 1998a, p. 543 s.).¹⁸

3. Necessidade de concreção e compreensão unitária dessa experiência

Crucial para o direito (ou, como prefere Reale, a “experiência jurídica”) é o conceito de validade, cuja vagueza deve ser reduzida a, pelo menos, três sentidos diferentes.

O primeiro diz respeito à validade formal, também chamada técnica ou dogmática, qualidade que se atribui a norma elaborada de acordo com o procedimento previsto pelo sistema estatal positivo, o qual também prevê a competência

do órgão que a elaborou; além de confirmar o rito de elaboração e a competência, a validade formal implica conhecer o alcance e a estrutura da regra, buscando determinar sua aplicabilidade.

O segundo sentido leva o jurista a buscar compreender a transformação da regra jurídica em “momento de vida social”, isto é, verificar se ocorre o cumprimento efetivo das regras, sua obediência, sua aplicação no tratamento dos conflitos. É a correspondência, por parte do grupo social, ao conteúdo da regra: a eficácia no sentido de efetividade.

Finalmente, o jurista não pode deixar de indagar sobre o fundamento das normas jurídicas, isto é, em que medida elas realizam ou não o valor justiça e os demais valores protegidos pelo direito. O fundamento aparece como o valor ou complexo de valores que legitima a ordem jurídica positiva e seu estudo deve ser feito em relação com o direito positivo em totalidade, ou seja, observando o cumprimento de uma regra em interseção com as demais que compõem o ordenamento, numa relação de progressiva fundamentação em todo o sistema. Isso releva os problemas hermenêutico e integrativo, no sentido da coerência e da completude do ordenamento jurídico.

O conceito fenomenológico de “intencionalidade da consciência”, segundo o qual conhecer é sempre conhecer algo (*aliquid*), aceito por Reale, conforme mencionado acima, leva-o a concluir por um dualismo irredutível entre sujeito e objeto, servindo-se do termo ontognoseologia, aqui já mencionado, para denominar a correlação transcendental que existe entre esses dois pólos do conhecimento. Em outras palavras, não há, a rigor, gnoseologia que não se dirija ao ser (“ontos”). Conhecer é conhecer o ser. Ora, a partir daí, o sujeito não poderia jamais ser reduzido ao objeto, ou vice-versa, uma vez que sempre existirá, necessariamente, algo que poderá ser convertido em objeto, dentro do campo do conhecimento, e algo de subjetivo a relacionar-se mutuamente. Reale pode ser dito assim um autor realista (de res, coisa), em oposição aos nominalistas, retóricos, céticos, subjetivistas (Reale, 1983, p. 35 e 108).¹⁹

Isso leva a um segundo dualismo, aquele entre natureza e espírito ou, em termos kantianos, entre ser e dever ser. Do mesmo modo que, no plano gnoseológico, sujeito e objeto não podem ser compreendidos um sem o outro, correlacionando-se ontognoseologicamente, no plano do ser histórico o ser humano e a cultura não podem ser compreendidos fora dessa polaridade dialética entre ser e dever ser. Ou seja, essa configuração não é possível sem a noção de valor emprestada dos *neokantianos*. O conceito de valor, que para Reale é inconcebível fora do ser histórico, leva-o a afirmar também essa polaridade ética, a qual se

resolve em processo de mútua implicação. Tal polaridade está na essência mesma do ser humano, o qual não pode ser concebido – assim como a cultura – sem aquela dimensão axiológica que projeta no curso da história.

Exatamente por conta desses dualismos, afirma Reale, o conhecimento é dialético. Ele é relacional, ou seja, seus dois elementos – sujeito e objeto – estão em constante ir e vir um ao outro e este inter-relacionamento é interminável, pois os dois elementos do conhecimento são irreduzíveis um ao outro. Essa é a dialética de implicação-polaridade (ou de complementariedade) (Reale, 1998a, p. 571 e *passim*).²⁰

O ser humano tende a exteriorizar-se, projetando seu espírito (valorando) na natureza que o cerca; é exatamente essa projeção que constitui a cultura, os bens que o espírito humano valoriza para fins específicos. A cultura assume, assim, caráter histórico e contingente, não se podendo cogitar de evolucionismo ou determinismo nesta ou naquela direção, ao mesmo tempo em que impede qualquer perspectiva individualista, pois a pessoa não tem controle sobre essas projeções e a cadeia de reações que provoca. O objeto só se torna objeto de cultura em virtude da intencionalidade da consciência, nela aparecendo como objeto valioso. Vê-se aí a influência de Edmund Husserl (Reale, 1998a, p. 140).²¹ É por isso que a cultura não é algo intercalado entre natureza e espírito, mas sim o próprio processo dialético que o espírito realiza sobre sua compreensão da natureza, um processo histórico-cultural que coincide com o processo ontogenético. É o que Reale vai denominar “historicismo axiológico” (Reale, 1998a, p. 2002-207).²²

Finalmente, detecta-se uma polaridade entre forma e conteúdo no tridimensionalismo de Reale, sempre em busca de equilíbrio eclético e sem querer cair no normativismo ou no sociologismo. Uma exacerbação de formalidade distancia o direito da realidade, enquanto excesso de conteúdo contingente priva o direito da objetividade necessária. Daí haver necessidade de adequação entre o esquema normativo e a realidade fática: e é precisamente o valor, ou “dever ser axiológico”, que realiza essa adequação.

Ao longo da história, o valor foi a primeira das três dimensões da juridicidade a aflorar à mente humana, afirma Reale. É certo que o direito surgiu como um fato, difuso nas relações da comunidade, mas, para que o ser humano se conscientizasse desse fato como jurídico – e aí entra o valor –, muito tempo se passou e mais ainda demorou para que esta conscientização atingisse o grau necessário a uma ciência, com a noção específica de norma jurídica. Quando o fato passa a ter um significado percebido no plano da consciência, isto é, no momento hipotético em que o ser humano começa a admitir algo além do fato, fornecendo um sentido ao substrato físico, inicia na consciência humana a apreensão da juridicidade.

Destarte, o direito aparece primeiramente como sentimento do justo, como vivência confusa de valores. Só que, a princípio, ao tomar consciência da existência de uma ordem social, movida pela força dos costumes, as primeiras civilizações não atribuem a si mesmas mas sim a uma divindade superior a criação desse direito. As epopeias e livros antigos falam sempre em luta contra o caos, na qual a humanidade triunfa para estabelecer a ordem dentro da qual está o direito.

A segunda intuição que a humanidade teve, em termos de direito, foi a de norma: é com os romanos que já aparece clara essa idéia, a abstração generalizada que permite conhecimento e aplicação mais sistematizados do direito.

Só mais recentemente, as preocupações gnoseológicas levam os juristas a despertar para a concepção reflexiva do direito como fato, base palpável da ligação intersubjetiva, condição sob a qual se apresenta a conduta, “realidade jurídica fenomenologicamente observada”.

4. Síntese conclusiva

Pode-se tentar inferir algumas conclusões básicas sobre o pensamento de Reale, tarefa complexa diante do caráter eclético manifestamente assumido.

Reale afirma, no prefácio à última edição de seu *Fundamentos do direito*, livro de 1940, que não se poderia falar que a teoria tridimensional já estaria pronta e acabada, mas seus fundamentos já estão lá (Reale, 1998b, prefácio).²³

O que caracteriza as diferentes formas assumidas pelas ciências jurídicas, sem perder o caráter unitário do tridimensionalismo dinâmico, é o caráter dialético de suas investigações, ou seja, cada uma das dimensões enfocada de modo prevalente, mas nunca exclusivo, sobressaindo-se ora um, ora outro fator, segundo o campo de estudo em questão.

A ciência do direito é normativa, mas a norma não é mera proposição de natureza ideal, como quer Carlos Cossio, por exemplo; a norma é parte do mundo da cultura, refletindo interesses e realidades fáticas e axiológicas. Ela também nada significa sozinha, devendo necessariamente referir-se às demais dimensões ônticas do direito, sem que isto signifique que não possa ser estudada por abstração, em separado, na Lógica Jurídica Formal.

A norma jurídica implica opção feita por parte do poder (Estado, corpo social), resulta de decisão a respeito do que deve ser. Mas, se a elaboração da norma não é arbítrio do poder, tampouco é resultado automático da tensão fatovalor; a norma é a inserção positiva (no sentido de opção axiológica) do poder no processo histórico do direito, sendo esse poder de fazer o direito também condici-

onado por valores e fatos, assim como qualquer outro aspecto da realidade cultural. Por não ser reduzida a proposição lógica, a norma forma o suporte ontognoseológico de valores referentes a fatos.

O valor, por seu turno, é “objeto autônomo”, mas nem por isso pode ser concebido como objeto de natureza ideal, a exemplo do que ocorre na filosofia de Nicolai Hartmann. Uma vez que os valores fundamentam o dever ser da norma, sua objetividade só pode ser referida à história. Mais ainda, ao longo do processo histórico podem ser notadas certas “constantes axiológicas”, posturas éticas adotadas em determinado momento circunstancial, que se tornam permanentes no seio de cada cultura, mantendo a unidade dentro da mudança.

Por isso, Reale considera o direito em constante fazer-se a si mesmo, uma realidade *in fieri* que atesta a historicidade do ser humano, único ente conhecido que originalmente “é enquanto deve ser”. Isso porque fato, valor e norma estão presentes em qualquer aspecto da vida jurídica, independentemente da ciência que a estuda, pois a tridimensionalidade é requisito essencial à juridicidade (Reale, 2004).²⁴

A correlação entre esses três elementos é funcional e dialética, devido à implicação-polaridade entre fato e valor, de cuja tensão resulta a norma, conforme apontado acima. É a concreção do tridimensionalismo de Reale, uma das notas distintivas buscada pelo autor em contraposição a outras teorias tridimensionalistas. No mesmo sentido, o processo histórico cultural e o processo ontognoseológico não devem ser entendidos em separado. Também entre eles há uma dialética: ambos constituem dois momentos de compreensão única, pois é o próprio aparato cognoscente do ser humano que retém esses dois momentos, numa espécie de síntese apriorística.

Embora Reale não pretenda análise ou adesão ao jusnaturalismo, a noção de direito natural aparece, talvez de forma difusa, em sua teoria tridimensional. É na parte referente às constantes axiológicas que essa noção mais se revela, equivalendo, no dizer do próprio Reale, ao conjunto das condições transcendental-axiológicas que tornam a experiência jurídica possível. Na medida em que a oposição entre direito natural e direito positivo é recusada por ele, pode-se dizer que o direito natural é entendido como aquele núcleo do direito positivo que transcende o momento e assume o papel de condição axiológica necessária à vida em comum. Isso não significa tachá-lo de jusnaturalista, posto que sua concepção de conjuntura em muito o afasta dessa tendência. Não é o momento de considerar essa tese, já tratada em outra ocasião (Adeodato, 2002, p. 92)²⁵

Notas

- ¹ VAN ACKER, Leonardo. “Tridimensionalidade do homem”, in Cavalcanti Filho, Teófilo (org.). *Estudos em Homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 395-420.
- ² ADEODATO, João Maurício. “Conjetura e verdade”, in Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 81-96.
- ³ CZERNA, Renato Cirell. “Reflexões didáticas preliminares à tridimensionalidade dinâmica na filosofia do direito”, in Cavalcanti Filho, Teófilo (org.). *Estudos em Homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 53-64.
- ⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou o problema Metodológico da Juridicidade*. Ensaio de uma Reposição Crítica, vol. 1 – A Crise. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.
- ⁵ REALE, Miguel. *Concreção de Fato, Valor e Norma no Direito Romano Clássico*, Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 49. São Paulo: FADUSP, 1960.
- ⁶ REALE, Miguel. *Verdade e conjetura*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.
- ⁷ RECASÉNS SICHES, Luis. *La filosofía del derecho de Miguel Reale*, Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 61, tomo I. São Paulo: FADUSP, 1966 (extraído do livro do autor Panorama del pensamiento jurídico em el siglo XX. México: Parma, 1963).
- ⁸ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito. Situação atual*. São Paulo: Saraiva, 5ª. ed. rev., 1994b.
- ⁹ LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. *La filosofía del derecho de Miguel Reale*, Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 61, tomo I. São Paulo: FADUSP, 1966.
- ¹⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 18ª. ed., 1998a.
- ¹¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 18ª. ed., 1998a.
- ¹² COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 2ª. ed. revista, atualizada e ampliada.
- ¹³ LUISI, Luiz: “Nota sobre a Filosofia Jurídica de Miguel Reale”, in Cavalcanti Filho, Teófilo (org.). *Estudos em Homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 233-242.
- ¹⁴ FERNANDEZ DEL VALLE, Agustín Basave. “La iusfilosofía de Miguel Reale”, in Cavalcanti Filho, Teófilo (org.). *Estudos em Homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 339-344.
- ¹⁵ REALE, Miguel. “Invariantes Axiológicas”, in: Reale, Miguel. *Estudos de filosofia brasileira*. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, 1994a, p. 207-221 (também publicado em Estudos Avançados nº 5 (13). Rio de Janeiro: 1991).
- ¹⁶ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito* (fac-símile da 2ª. ed. rev.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998b.

- ¹⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 18^a. ed., 1998a.
- ¹⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 18^a. ed., 1998a.
- ¹⁹ REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.
- ²⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 18^a. ed., 1998a.
- ²¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 18^a. ed., 1998a.
- ²² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 18^a. ed., 1998a.
- ²³ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito* (fac-símile da 2^a. ed. rev.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998b.
- ²⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do direito e ciência do direito*. Revista ABRAFI de filosofia jurídica e social, ano I, n^o 1. Curitiba: 2004, p. 6-7.
- ²⁵ ADEODATO, João Maurício. “Conjetura e verdade”, in Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 81-96.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo apontar os estudos jurídicos e filosóficos que contribuíram para que Miguel Reale desenvolvesse a Teoria Tridimensional do Direito, como resolução da necessária conexão dos três planos de pensamento: do jurista, do jusfilósofo e do sociólogo. Os debates acadêmicos e científicos, desenvolvidos pela Escola Legalista sobre as teorias normativistas, o conceito de “valor”, na percepção cultura da Filosofia dos Valores e o “fato social” segundo a Escola do Direito Livre, aguardavam o toque de um gênio para fundi-los numa única teoria capaz de influenciar a aplicação do direito, com vistas a otimizar a distribuição da justiça. O trabalho enfatiza o fato de que nenhum desses precursores confere juridicidade a alguma das três dimensões em separado. Enquanto uns ressaltam o fator axiológico, outros reforçam o fato sociológico, deixando em aberto o problema de como resolver a correlação entre as três dimensões. É aí que Reale procura inserir sua teoria tridimensional.

Palavras chave: Teoria tridimensional – Tridimensionalismo – Fato – Valor – Norma – Jusnaturalismo – Normativismo – Integrativismo jurídico

Abstract

The present text aims at analyzing the juridical and philosophical studies that contributed to Miguel Reales’s development of the Tridimensional Theory of Law,

as a solution to the necessary linkage of the three layers of thought: that of the jurist, that of the jusphilosopher and that of the sociologist. The academic and scientific debates carried out by the Legalist School on the normative theories, the concept of “value” in the cultural perception of the Philosophy of Values and the “social fact” according to the School of Free Law awaited the touch of a genius to merge them into a single theory that could influence the application of Law as a means to optimize the distribution of Justice.

The text emphasizes the fact that none of these predecessors grant jurisdiction to any of the three dimensions separately. While some stress the axiological factor, other highlight the sociological fact, leaving unanswered the problem of how to solve the correlation of the three dimensions. It is in this regard that Reale’s tridimensional theory gains relevance.

Key words: Tridimensional theory – Fact – Value – Norm – Jusnaturalism – Normative - Juridical integrativism.

Resumen

El presente texto tiene por objetivo analizar los estudios jurídicos y filosóficos que han contribuido para que Miguel Reale desarrollara la Teoría Tridimensional del Derecho, como resolución de la necesaria conexión de los tres planes de pensamiento: del jurista, del jusfilósofo y del sociólogo. Los debates académicos y científicos desarrollados por la Escuela Legalista sobre las teorías normativas, el concepto de “valor” en la percepción cultural de la Filosofía de los Valores y el “hecho social” segundo la Escuela del Derecho Libre aguardaban el toque de un genio para fusionarlos en una sola teoría capaz de influenciar la aplicación del derecho, con miras a optimizar la distribución de la justicia.

El texto enfatiza el hecho de que ningún de estos precursores confiere jurisdicción a cualquier de las tres dimensiones en separado. Mientras unos resaltan el factor axiológico, otros refuerzan el hecho sociológico, dejando abierto el problema de como resolver la correlación entre las tres dimensiones. Es ahí que Reale intenta insertar su teoría tridimensional.

Palabras clave: Teoría tridimensional – Tridimensionalismo – Hecho – Valor - Norma – Jusnaturalismo – Normativismo - Integrativismo jurídico.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O sistema processual penal brasileiro - 3. Investigações pré-processuais no ordenamento positivo - 3.1. Investigações conduzidas por magistrados no Brasil - 4. Prerrogativa de foro - 4.1. A casuística no Supremo Tribunal Federal - 5. Conclusão.

1. Introdução

O ano de 2005 foi farto em escândalos envolvendo grandes autoridades da República. A mídia de nosso país passou boa parte de seu tempo ocupada com a investigação de agentes públicos, destacando os trabalhos desenvolvidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário.

Chamam a atenção os equívocos praticados pela imprensa, acerca do papel de cada uma dessas instituições ou órgãos nas investigações em curso, o que é até certo ponto compreensível, dado que os jornalistas, em geral, são leigos em Direito. A esse respeito, porém, há relevante questão não resolvida nem mesmo nos meios jurídicos, qual seja, o papel dos Tribunais nas investigações criminais em desfavor de detentores de prerrogativa de foro. Colocando a questão sob outra ótica: de quem seria a atribuição de investigar agentes políticos que devam ser julgados criminalmente perante Tribunais? Dos próprios Tribunais?

2. O sistema processual penal brasileiro

A doutrina brasileira distingue três tipos de sistema processual penal: o acusatório, o inquisitivo e o misto.

O processo acusatório se caracteriza por ser público, possuir contraditório, oportunizar a ampla defesa e, primordialmente, distribuir as funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos. O sistema inquisitivo, por sua vez, é sigiloso, não contraditório e reúne na mesma pessoa ou órgão as funções de acusar, defender e julgar. Já o sistema misto possui a fase inicial preliminar inquisitorial e, a segunda, acusatória.

O nosso país adota o sistema acusatório. As funções de acusar, defender e julgar são distribuídas. A acusação é, em regra, atribuição do Ministério Público. Ao

acusado pessoalmente e a seu defensor, necessariamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, cabe a defesa. A função de julgar cabe ao Poder Judiciário.

Parte da doutrina entende ser misto o nosso sistema, por ter a fase inquisitorial – a investigação pré-processual – e segunda fase com todas as características do sistema acusatório – o processo propriamente dito. A essa posição tem-se objetado que o processo brasileiro inicia-se com a acusação oferecida pelo Ministério Público, não havendo razão para levar em conta a fase pré-processual (inquérito policial) na classificação de nosso sistema.

Há consenso em nosso país de que o sistema acusatório é o único apto a garantir a imparcialidade do julgador, uma vez que o coloca a salvo de comprometimento psicológico prévio decorrente do exercício da função de defesa ou de acusação. É ele, sem dúvida, o único sistema compatível com as garantias individuais previstas na atual Constituição (art. 5º, incisos LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LXI, LXII, LXV, LXVIII).

O Supremo Tribunal Federal, como veremos adiante, já reconheceu expressamente a inconstitucionalidade de determinados dispositivos legais por ofensa ao sistema acusatório.

Não se pode ignorar, porém, que a investigação pré-processual, tendo como destinatário o órgão acusador, também deve ser desempenhada por órgão diverso ao do julgamento, sob pena de ofensa ao sistema acusatório. No Brasil, tradicionalmente, a investigação pré-processual é atribuída às polícias judiciárias (Polícia Civil e Polícia Federal). Aliás, foi a preocupação em assegurar a imparcialidade do Juiz que inspirou o art. 252, inciso, II, do Código de Processo Penal, que prevê o impedimento do Juiz de atuar em processos em que tenha atuado anteriormente não só como defensor e órgão do Ministério Público (acusação), mas também como autoridade policial (investigação pré-processual).

Em contrapartida, o mesmo Código previu a possibilidade de o Juiz iniciar o processo que tenha contravenções penais como objeto (artigos 26 e 531). Os dispositivos mencionados não foram recepcionados pela atual Constituição, como já reconheceram nossos Tribunais superiores, em virtude de incompatibilidade com o art. 129, inciso I, da Constituição, que atribui ao Ministério Público, privativamente, a promoção da ação penal.¹

3. Investigações pré-processuais no ordenamento positivo

No sistema constitucional brasileiro, a investigação de crimes é, em regra, atribuída à polícia judiciária (Polícia Federal e Polícia Civil). É o que se infere do art. 144, § 1º, inciso IV, e § 4º, da CF. Ocorre que a própria Constituição concede a outros

órgãos ou instituições, às vezes de forma implícita, a atribuição – ora exclusiva, ora concorrente – para investigar crimes.

De tal maneira, os crimes militares devem ser investigados de forma exclusiva por autoridades militares – Constituição Federal, art. 144, § 4º, parte final, a *contrario sensu*. Para tanto, instituiu-se o inquérito penal militar de acordo com o Decreto-lei nº 1002/1969, Código de Processo Penal Militar. A Constituição abriga, também, a possibilidade de investigações conduzidas pelo Poder Legislativo, por meio das chamadas Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, § 3º).

Houve previsão, ainda, da possibilidade de o Poder Legislativo, federal e estadual, instituir suas polícias (CF, arts. 27, § 3º, 51, inciso V, art. 52, inciso XIII). Embora nos pareça certo que as atividades de tais órgãos não abrangem a investigação de crimes, frente à clara redação do art. 144, § 1º, inciso IV, e § 4º, foram criadas no âmbito de cada uma das casas do Congresso Nacional as chamadas “polícias legislativas” com atribuições para investigar crimes cometidos em suas dependências (Resolução nº 59/2003 do Senado Federal e Resolução nº 018/2003 da Câmara dos Deputados). Em regime constitucional anterior, o Supremo Tribunal Federal consolidara o entendimento segundo o qual “o poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas dependências, compreende, consoante o Regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito” (Súmula 397).

De maneira muito semelhante às disposições regimentais do Poder Legislativo, o atual Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê em seu art. 43 que “ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro”. E o § 1º do mesmo dispositivo, ao tratar de crimes cometidos nas dependências do Tribunal por pessoa que não possui a prerrogativa de foro, dispõe que “nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente”. O Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e até mesmo o Tribunal Superior do Trabalho adotaram disposições regimentais semelhantes.

Em nível infraconstitucional, há previsão na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979, art. 33, parágrafo único) de que a investigação de crimes praticados por magistrados seja feita pelo Tribunal competente para processá-lo. Já as leis que disciplinam as atividades do Ministério Público dispõem que a investigação de infrações penais atribuídas aos procuradores seja feita por

membro do próprio Ministério Público (Lei Complementar nº 75/1993, art. 18, parágrafo único, e Lei nº 8.625/1993, art. 41, parágrafo único).

Até 2005, havia, também, a possibilidade de condução, por magistrado, de inquérito para apuração de crime falimentar (artigos 103 e seguintes do Decreto-lei nº 7.661/1945). O inquérito judicial era presidido pelo mesmo magistrado que conduzia o processo falimentar propriamente dito.

3.1. Investigações conduzidas por magistrados no Brasil

Como vimos, há no País normas infraconstitucionais que dispõem sobre investigações pré-processuais conduzidas por magistrados nos casos de crimes cometidos por juízes e de crimes cometidos nas dependências das sedes de Tribunais.

As normas regimentais que tratam da investigação de crimes cometidos nas dependências de Tribunais, a exemplo das normas análogas relativas a crimes cometidos na sede do Poder Legislativo, objetivavam impedir que tais poderes tivessem suas funções – e reflexamente a sua própria independência – embaraçadas por eventuais excessos da polícia judiciária praticados no interesse do Poder Executivo, sobretudo quando o órgão policial detinha poderes para realização de atos que hoje, necessariamente, exigiriam autorização judicial.

É interessante destacar, contudo, que tais normas deferem a magistrados de Tribunais poderes para investigar crimes que, a rigor, não devam ser julgados originariamente por Tribunais, como se infere do § 1º do art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e dos dispositivos análogos dos regimentos dos demais Tribunais citados.

Ressalte-se que tais normas não se referem a inquérito administrativo que objetiva apurar transgressão disciplinar de servidor do órgão. Os dispositivos regimentais dos Tribunais mencionam claramente a investigação de infração à lei penal. Tampouco pode-se falar que tais normas regulamentam a investigação penal de “pessoas sujeitas à jurisdição do Tribunal” (leia-se, detentoras da prerrogativa de foro), já que o parágrafo que costuma acompanhar o caput de tais dispositivos prevêem a atribuição de membros da corte para a realização da investigação nos demais casos (isto é, quando não envolver autoridades com prerrogativa de foro).

Até mesmo o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, que não possui competência para julgar processos em matéria penal, previu a instauração de inquérito por seu Presidente “quando caracterizada infração a lei penal na sede ou nas dependências do Tribunal” (art. 36, inciso XIV).^{2 3}

É indene de dúvidas o fato de que a atribuição do Tribunal para investigar em tais casos não teria o condão de atrair sua competência para o processo e julgamento do caso, por não haver previsão constitucional para tanto.

Aceita a vigência de tais normas, haveria a possibilidade de ministro do Supremo Tribunal Federal investigar crimes que só seriam julgados por aquela corte na via extraordinária. E até mesmo de desembargador do Tribunal Regional Federal investigar crimes cometidos em suas dependências, cujo processo deva ser julgado por um Juiz de Direito (não sendo o caso de crime que afete interesse da União).

Também teríamos que admitir um ministro de Corte Superior ter que representar a um juiz de primeira instância pela prática de ato sujeito a reserva jurisdicional, já que a sua atribuição para investigar jamais poderia se converter em competência para julgar e decretar medidas cautelares.

Imaginemos, assim, o recebimento de propina por funcionário do quadro administrativo do Tribunal Superior do Trabalho, nas dependências deste. No curso da investigação, a ser conduzida por ministro nos termos do regimento interno, pode se fazer necessária a quebra do sigilo bancário e telefônico do autor do crime. Para tanto, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho teria que oferecer representação perante juiz federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, competente para processar e julgar o funcionário? Ou estaria ele autorizado a afastar diretamente os sigilos?

O mesmo raciocínio poderia ser aplicado ao Superior Tribunal de Justiça. Tendo a investigação sido conduzida por um membro da corte, estaria ele impedido de atuar no caso, quando o processo chegasse àquele Tribunal pela via recursal? Como veremos, pelo menos nos casos de competência originária do Tribunal, o ministro que atua na fase pré-processual participa do julgamento do feito como relator.

Quanto às investigações presididas pelo Poder Judiciário para apuração de crimes cometidos por seus próprios membros, há algumas considerações importantes a fazer.

A condenação criminal de juízes ainda é algo extremamente raro em nosso país. Para muitos, o corporativismo e a atribuição privativa do Judiciário para investigar seus membros seriam os responsáveis pela impunidade em casos de crimes com envolvimento das citadas autoridades. A criação do Conselho Nacional de Justiça por emenda constitucional foi ajuste necessário para resguardar as garantias da magistratura (EC nº 45/2004).

É necessário ponderar que as disposições legais que concedem ao Poder Judiciário a atribuição privativa de investigar seus membros objetivam concretizar o princípio da independência dos poderes, de forma a impedir, por exemplo, que o

Poder Executivo utilize inquéritos policiais para pressionar magistrados. Sobre tais procedimentos trataremos adiante.

Não se pode deixar de mencionar o inquérito judicial para apuração de crime falimentar, recentemente extinto de nosso ordenamento. O referido inquérito era uma excepcionalidade. Procurava-se justificar sua existência primeiramente porque a caracterização de parte dos crimes falimentares estava a depender da decisão judicial que decretava a falência (uma parte da doutrina entendia que a decisão judicial era condição objetiva de punibilidade, outra parte entendia que se tratava de elementar do tipo). Segundo, porque os dados necessários à formação da convicção do Ministério Público acerca do crime poderiam ser obtidos a partir das peças ou informações contidas nos autos do próprio processo falimentar.

Todavia o dado importante a ressaltar, na sistemática da apuração judicial de crimes falimentares do Decreto-lei nº 7.661/1945, é que a competência do magistrado do processo falimentar restringia-se à investigação do crime e ao recebimento da denúncia. Após, os autos deveriam ser remetidos ao juízo criminal. De tal maneira, o magistrado que investigava não julgava, aproximando a referida investigação daquelas conduzidas pelos “Juízes de instrução” em certos países da Europa.

Registre-se que a Lei nº 11.101/05 – Nova Lei de Falências – extinguiu o inquérito judicial falimentar, deixando tais crimes de ser investigados por magistrados do juízo falimentar. Agora, conforme a regra geral, cabe à polícia judiciária a investigação do crime falimentar, devendo o Ministério Público oferecer a denúncia diretamente ao juízo criminal.

No direito europeu continental, é muito conhecida a figura do juiz de instrução. Trata-se de magistrado que conduz investigações criminais auxiliado pela polícia judiciária e pelo Ministério Público. Após a conclusão da investigação, o caso é enviado a outro juízo para julgamento. Naquele continente, o papel do juiz de instrução tem sido cada vez mais combatido. Na França, recentemente a figura do juiz de instrução se tornou o pivô de uma grande discussão nacional iniciada após a conclusão do rumoroso caso Outreau⁴ e cujos efeitos na legislação daquele país ainda estão por vir.

O Supremo Tribunal já se debruçou sobre a constitucionalidade de investigações realizadas diretamente por magistrados. Na ADI 1570, Rel. Min. Maurício Correa, julgamento em 12.02.2004, a Corte Constitucional reconheceu a inconstitucionalidade das disposições contidas na Lei nº 9.034/1995, que atribuem funções investigatórias aos juízes:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.⁵

Em seu voto, o Min. Maurício Corrêa discorreu sobre a figura do juiz de instrução e o sistema acusatório:

10. O dispositivo em questão parece ter criado a figura de Juiz de instrução, que nunca existiu na legislação brasileira, tendo-se notícia de que em alguns países da Europa esse modelo obsoleto tende a extinguir-se. Não se trata, como sustentam as informações do Ministério da Justiça submetidas ao Advogado-Geral da União (fl.104), de simples participação do Juiz na coleta de prova, tal como ocorre na inspeção judicial (CPC, artigos 440 e 443). Nessa última hipótese, as partes têm direito de assistir à inspeção, prestando esclarecimentos que repute de interesse para a causa (CPC, artigo 442, parágrafo único). Já no caso em exame, as partes têm acesso somente ao auto de diligência, já formado sem sua interferência.” E mais à frente, “em verdade, a legislação atribuiu ao Juiz as funções de investigador e inquisidor, atribuições essas conferidas ao Mi-

nistério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigos 129, I e VIII e § 2 e 144, § 1, I e IV e § 4). Tal figura revela-se incompatível com o sistema acusatório atualmente em vigor, que veda atuação de ofício do órgão julgador.

Apenas ressalve-se que, na sistemática instituída pela Lei nº 9.034/1995, o juiz responsável pelas diligências investigatórias seria o mesmo com competência para julgamento do processo, o que não ocorre, em geral, nos países europeus que ainda adotam o juízo de instrução.

Ainda sob a alegação de incompatibilidade com o sistema acusatório, o Supremo Tribunal Federal entendeu não ser possível ao Juiz determinar, de ofício, novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido pelo Ministério Público.⁶

Todavia, até o momento, aquele Tribunal não pronunciou a inconstitucionalidade das normas legais e regimentais que deferem a magistrados a atribuição para investigação de crimes.

4. Prerrogativa de foro

A Constituição Federal de 1988 determina que uma série de autoridades deva ser processada e julgada criminalmente perante Tribunais, excepcionando a regra geral segundo a qual o processo deve se iniciar perante juízes singulares (primeira instância).

Esta regra é comumente designada de prerrogativa de foro, foro privilegiado por prerrogativa de função ou foro privativo. A regra teria sido incluída no texto constitucional em virtude das implicações que processos dessa natureza possam ter. Assim, a prerrogativa de foro determina que certas autoridades públicas só podem ser processadas e julgadas perante órgãos colegiados (Tribunais), geralmente compostos de magistrados mais experientes. Não desconsideremos, entretanto, a opinião de parcela da população brasileira para quem o “privilégio” em questão contribuiria para retardar os processos criminais e impedir a efetiva punição de crimes cometidos por agentes públicos.

A nossa atual Constituição Federal concede o foro por prerrogativa de função aos chefes do Poder Executivo, membros do Poder Legislativo federal e estadual, do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, bem como a Ministros de Estado, Comandantes das Forças Armadas e chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Além dessa extensa relação de autoridades, o Supremo Tribunal Federal atualmente reconhece a possibilidade de criação de prerrogativa de foro pelas Constituições Estaduais.^{7 8}

Quanto à atribuição para conduzir a investigação dessas autoridades – que precede o processo e o julgamento – a Constituição nada dispõe.

Como se percebe, não há nenhuma norma na Constituição brasileira, ou mesmo no sistema infraconstitucional, que disponha acerca da atribuição para investigar pessoas que possuem prerrogativa de foro.

4.1. A casuística no Supremo Tribunal Federal

Passemos, pois, à análise de casos concretos de inquéritos em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal para apurar notícias de crimes atribuídos a detentores de prerrogativa de foro. No Inquérito nº 1504/DF (DJ 28.06.99, p.25), em trâmite perante aquela corte, o Min. Celso de Mello, em despacho datado de 17.06.1999, reconheceu a possibilidade de inquérito policial e investigação pela Polícia Judiciária em desfavor de Senador Federal, conforme se lê a seguir (trechos):

Imunidade parlamentar em sentido formal (CF, art. 53, § 1º, in fine). Garantia inaplicável ao Inquérito Policial. Precedente (STF) e doutrina. - O membro do Congresso Nacional - Deputado Federal ou Senador da República - pode ser submetido a investigação penal, mediante instauração de inquérito policial perante o Supremo Tribunal Federal, independentemente de prévia licença da respectiva Casa legislativa. A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido formal somente tem incidência em juízo, depois de oferecida a acusação penal... Com efeito, a garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede a instauração de inquérito policial contra membro do Poder Legislativo. Desse modo, o parlamentar - independentemente de qualquer licença congressional - pode ser submetido a atos de investigação criminal promovidos pela Polícia Judiciária, desde que tais medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente: o Supremo Tribunal Federal, no caso de qualquer dos investigados ser congressista (CF, art. 102, I, "b")...

A questão foi mais claramente analisada pela Primeira Turma daquele Tribunal em *habeas corpus* impetrado por Deputado Federal contra ato de Delegado de Polícia Federal da cidade de Maringá/PR que instaurara inquérito policial para investigá-lo:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL CONTRA DEPUTADO FEDERAL, INSTAURADO POR DELEGADO DE POLÍCIA. “HABEAS CORPUS” CONTRA ESSE ATO, COM ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO S.T.F. E DE AMEAÇA DE CONDUÇÃO COERCITIVA PARA O INTERROGATÓRIO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO S.T.F. PARA O JULGAMENTO DO “WRIT”. INDEFERIMENTO DESTES. 1. Para instauração de Inquérito Policial contra Parlamentar, não precisa a autoridade policial obter prévia autorização da Câmara dos Deputados, nem do Supremo Tribunal Federal. Precisa, isto sim, submeter o inquérito, no prazo legal, ao Supremo Tribunal Federal, pois é perante este que eventual ação penal nele embasada poderá ser processada e julgada. E, no caso, foi o que fez, após certas providências referidas nas informações. Tanto que os autos do inquérito já se encontram em tramitação perante esta Corte, com vista à Procuradoria Geral da República, para requerer o que lhe parecer de direito. 2. Por outro lado, o parlamentar pode ser convidado a comparecer para o interrogatório no inquérito policial (podendo ajustar, com a autoridade, dia, local e hora, para tal fim - art. 221 do Código de Processo Penal), mas, se não comparecer, sua atitude é de ser interpretada como preferindo calar-se. Obviamente, nesse caso, não pode ser conduzido coercitivamente por ordem da autoridade policial, o que, na hipótese, até foi reconhecido por esta, quando, nas informações, expressamente descartou essa possibilidade. 3. Sendo assim, nem mesmo está demonstrada qualquer ameaça, a esse respeito, de sorte que, no ponto, nem pode a impetração ser considerada como preventiva. 4. Enfim, não está caracterizado constrangimento ilegal contra o paciente, por parte da autoridade apontada como coatora. 5. “H.C.” indeferido, ficando, cassada a medida liminar, pois o inquérito policial, se houver necessidade de novas diligências, deve prosseguir na mesma Delegacia da Polícia Federal em Maringá-PR, sob controle jurisdicional direto do Supremo Tribunal Federal.⁹

A Segunda Turma adotou o mesmo entendimento, fazendo menção ao sistema acusatório:

I. STF: competência originária: ‘habeas corpus’ contra decisão individual de Ministro de Tribunal superior, não obstante susceptível de agravo. II. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial. 1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o Tribunal respectivo as funções de polícia judiciária. 2. A remessa do inquérito policial em curso ao Tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste “autoridade investigadora”, mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao Juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações. III. Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o Juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido.¹⁰

E posteriormente:

Competência. Parlamentar. Senador. Inquérito Policial. Imputação de crime por indiciado. Intimação para comparecer como testemunha. Convocação com caráter de ato de investigação. Inquérito já remetido a juízo. Competência do STF. Compete ao Supremo Tribunal Federal supervisionar inquérito policial em que Senador tenha sido intimado para esclarecer imputação de crime que lhe fez indiciado.¹¹

Mais recentemente, a Ministra Ellen Gracie recusou pedido do Procurador-Geral da República de instauração de inquérito a ser conduzido diretamente pelo Supremo Tribunal Federal:

1. O Ministério Público Federal promoveu diligências junto à Receita Federal, à Controladoria-Geral da União e autoridades americanas (f. 4), e obteve documentação (f. 07/21) que noticia ter um Deputado Federal

remetido ao exterior, através de Contas CCC-5, no período de 1999/2002, a vultosa importância de cento e noventa e sete milhões, novecentos e um mil, duzentos e cinquenta e um reais e oitenta centavos. O expressivo numerário, segundo o Ministério Público Federal, precisa ser investigado no tocante à sua origem e regularidade. Principalmente é preciso saber se a vultosa importância foi declarada à Receita Federal nas declarações de imposto de renda. A documentação obtida pelo Ministério Público Federal deu origem a procedimento administrativo que foi autuado na Procuradoria-Geral da República. E com base nesse procedimento, o Procurador-Geral da República requereu, na petição de f. 02/03, o seguinte: “Ante o exposto, requer o Ministério Público a autuação deste procedimento como inquérito penal originário, com o indiciamento do Deputado Federal RONALDO CEZAR COELHO, pelo cometimento, em tese, de crime de sonegação fiscal. 6. Solicita, ainda, que seja realizada a quebra do sigilo fiscal do ora indiciado, referente aos anos-base de 1999 a 2002.” (f. 3). 2. Entre as funções institucionais que a Constituição Federal outorgou ao Ministério Público, está a de requisitar a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). Essa requisição independe de prévia autorização ou permissão jurisdicional. Basta o Ministério Público Federal requisitar, diretamente, aos órgãos policiais competentes. Mas não a esta Corte Suprema. Por ela podem tramitar, entre outras demandas, ação penal contra os membros da Câmara dos Deputados e Senado. Mas não inquéritos policiais. Esses tramitam perante os órgãos da Polícia Federal. Eventuais diligências, requeridas no contexto de uma investigação contra membros do Congresso Nacional, podem e devem, sim, ser requeridas perante esta Corte, que é o Juiz natural dos parlamentares federais, como é o caso da quebra do sigilo fiscal. Mas o inquérito tramita perante aqueles órgãos policiais e não perante o Supremo Tribunal Federal. Não parece razoável admitir que um Ministro do Supremo Tribunal Federal conduza, perante a Corte, um inquérito policial que poderá se transformar em ação penal, de sua relatoria. Não há confundir investigação, de natureza penal, quando envolvido um parlamentar, com aquela que envolve um membro do Poder Judiciário. No caso deste último, havendo indícios da prática de crime, os autos serão remetidos ao Tribunal ou Órgão Especial competente, a fim de que se prossiga a investigação. É o que determina o art. 33, § único da LOMAN. Mas quando se trata de parlamentar federal, a investigação prossegue perante a autoridade policial federal. Apenas a

ação penal é que tramita no Supremo Tribunal Federal. Disso resulta que não pode ser atendido o pedido de instauração de inquérito policial originário perante esta Corte. E, por via de consequência, a solicitação de indiciamento do parlamentar, ato privativo da autoridade policial. Resta a quebra do sigilo fiscal. Mas essa quebra deverá ser requerida no âmbito do inquérito policial que o Ministério Público Federal pretende seja instaurado. Nesse inquérito, disciplinado no CPP, poderá o parlamentar justificar a regularidade da remessa do numerário, ou até mesmo impugnar a idoneidade da documentação apresentada. De qualquer sorte, não há, ainda, qualquer comprovação de que o parlamentar tenha se recusado a apresentar suas declarações do imposto de renda. 3. Diante do exposto, determino sejam os autos devolvidos à Procuradoria-Geral da República para as providências que entender cabíveis.¹²

O Superior Tribunal de Justiça acompanhou o Supremo Tribunal:

PROCESSUAL PENAL - NOTÍCIA CRIME - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL - INADMISSIBILIDADE - CPP, ART. 5º, II - PRECEDENTE DO STF (AGPET 2805-DF).

- Consoante recente entendimento esposado pelo STF, não é admissível o oferecimento de notícia-crime à autoridade judicial visando à instauração de inquérito policial.

- O art. 5º, II, do CPP confere ao Ministério Público o poder de requisitar diretamente ao delegado de polícia a instauração de inquérito policial com o fim de apurar supostos delitos de ação penal pública, ainda que se trate de crime atribuído à autoridade pública com foro privilegiado por prerrogativa de função.

- Não existe diploma legal que condicione a expedição do ofício requisitório pelo Ministério Público à prévia autorização do Tribunal competente para julgar a autoridade a ser investigada.

- É vedado, no direito brasileiro, o anonimato (art. 5º, IV, da CF/88). Agravo regimental improvido.¹³

Em sentido contrário, porém, o Ministro Marco Aurélio atendeu pedido similar do Procurador-Geral da República, instaurando inquérito para apurar suposto crime cometido pelo presidente do Banco do Central (Inquérito nº 2206/DF),

e realizando diretamente diligências investigatórias requeridas pela Procuradoria-Geral da República (Despacho de 07.08.2005, DJ de 16.08.2005, p. 008). O curioso neste caso é que, logo após o surgimento das primeiras notícias de crime supostamente praticado pela citada autoridade, foi editada a Medida Provisória nº 207, de 13.08.2004, que lhe deu *status* de Ministro e lhe permitiu ter o Supremo Tribunal Federal como juízo natural nas causas penais. A Medida Provisória – que ficou conhecida na época como “blindagem” – foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente (ADI nº 3.289-5/DF).

Interessante notar, também, que o referido inquérito tramita tendo todos os despachos do relator publicados, pela Internet inclusive¹⁴, tal qual o processo judicial, não assegurando o sigilo e tampouco preservando a imagem de investigados, conforme a sistemática do Código de Processo Penal, além de ser objeto de incidentes e atos processuais não existentes nos inquéritos policiais, como agravo regimental, votos e pedidos de vista dos demais ministros – tornando tais investigações mais formais e menos céleres.

5. Conclusão

Parte da doutrina, pouco habituada a investigações dessa natureza, tem defendido que a investigação pré-processual de pessoas detentoras de foro privativo por prerrogativa de função deva ser conduzida pelos magistrados que oficiem perante os Tribunais competentes para processá-los criminalmente.

A ausência de normas constitucionais e infraconstitucionais (exceção feita à Lei Orgânica da Magistratura Nacional e às Leis Orgânicas do Ministério Público) acerca da investigação de autoridades que possuam prerrogativa de foro nos leva a concluir que a mesma deva ser conduzida segundo a regra geral, ou seja, pelas autoridades policiais. Em tais casos, cabe apenas observar que o inquérito deve ser remetido no prazo legal ao Tribunal com competência para julgar o investigado, adotando-se o mesmo procedimento nas representações para prática de atos sujeitos a reserva jurisdicional (medidas cautelares, quebra de sigilo etc).

Também não há que se falar em autorização do Tribunal para a instauração do inquérito, pois não compete a ele a valoração da notícia do crime.

E nem há que se invocar a aplicação analógica da Lei Orgânica da Magistratura Nacional que dispõe que a investigação criminal de magistrados deva ser feita pelo Tribunal competente para o processo. A referida norma legal objetiva apenas assegurar a independência do Poder Judiciário, de forma a evitar que o Poder

Executivo, por meio do inquérito policial, utilize investigações criminais para presionar magistrados. Prova disso, é que os membros do Ministério Público, detentores de garantias semelhantes às da magistratura, só podem ser investigados por sua própria instituição, *excluindo-se, portanto, não apenas o Poder Executivo (polícia judiciária), como o próprio Poder Judiciário (Tribunal) competente para processá-los e julgá-los.*

Tampouco há que se invocar os regimentos internos dos nossos Tribunais. Com efeito, as normas regimentais mencionadas, embora se refiram a autoridades sujeitas à jurisdição daqueles Tribunais, fazem referência exclusivamente aos crimes cometidos nas dependências dos Tribunais. É o que se denota do parágrafo que acompanha tais normas, ao dispor que nos demais casos – isto é, nos casos de crimes cometidos em suas dependências por pessoas outras que não as autoridades mencionadas e portanto não sujeitas ao processo perante o Tribunal – o inquérito poderá ser conduzido por magistrado ou pela autoridade competente. As disposições regimentais buscaram, igualmente, preservar a independência do Poder Judiciário, tal qual as resoluções do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, já mencionadas.

Parece-nos, pois, que todas as normas infraconstitucionais citadas que atribuem poderes investigatórios a magistrados devam ser reinterpretadas sob a luz da nova Constituição. As hipóteses ainda existentes de investigações judiciais não resguardam sequer as garantias mínimas que o sistema dos juizados de instrução possuem na Europa, entre elas, a de que no julgamento não haja participação da autoridade que realizou a investigação.

Ademais, eventuais receios da magistratura existentes quando da edição da Lei Complementar nº 35/1979, bem como da origem das normas regimentais acerca da atribuição para investigação de crimes cometidos nas dependências de Tribunais, não se justificam diante das inovações da Constituição atual. Com efeito, não é mais possível à polícia judiciária a prática, sem ordem judicial, de um grande número de atos que antes a dispensavam: busca domiciliar, quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, prisão para averiguação etc. De tal maneira, a simples garantia de não indiciamento em inquérito policial e a sua necessária “supervisão” judicial e ministerial são suficientes para legitimá-lo como instrumento de investigação pré-processual de quaisquer crimes.

Nota-se que nossos Tribunais não são vocacionados para investigar, não por despreparo ou desinteresse dos nossos Juízes. O que se observa é que nenhum deles possui estrutura e pessoal especializado para a realização de investigações.

O livro *Juízes no banco dos réus*, escrito pelo jornalista Frederico Vasconcelos, relata mais de uma década de investigações de crimes atribuídos a magistrados federais de São Paulo, incluindo a mais famosa delas, a Operação Anaconda. Como se depreende daquela obra, algumas irregularidades cometidas por magistrados federais de São Paulo já eram de conhecimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região havia mais de uma década. O mais conhecido dos magistrados presos no curso da Operação já havia sido afastado de suas funções por 4 anos, na década de 90, em virtude das investigações realizadas pelo Tribunal, tendo retornado ao exercício da magistratura por decisão do Superior Tribunal de Justiça, pela falta de conclusão das investigações.

Somente anos depois, já no curso da Operação Anaconda, foi possível reunir provas contra o referido magistrado e outros de seus colegas. A história da Operação Anaconda retrata muito bem as dificuldades existentes em investigações conduzidas por Tribunais. Primeiro, por constituir exceção na realidade brasileira. Segundo, porque se demonstrou que, por falta de regulamentação, há diversas dúvidas acerca do procedimento a ser adotado nas investigações em curso nos Tribunais (por exemplo, o papel da polícia judiciária e do Ministério Público na fase pré-processual). Terceiro, porque talvez parte do êxito das investigações seja devida ao fato de que ela se iniciou nos moldes tradicionais, ou seja, pela polícia judiciária, sob supervisão de juiz federal de primeira instância e acompanhamento pelo Ministério Público, tendo como alvo inicial os integrantes da quadrilha que não possuíam prerrogativa de foro. A remessa ao TRF da 3ª Região só se deu quando já havia indícios robustos de crimes cometidos por magistrados.

A investigação criminal pré-processual exige dinamismo e informalismo para os quais nossas cortes não estão preparadas. Com efeito, além das medidas tomadas em gabinetes, a investigação criminal realiza, em grau elevado, ações de *inteligência*: exige agentes preparados para sair nas ruas, entrevistar pessoas, colher informações nos mais diversos bancos de dados, realizar vigilância e filmagens, atos estes que, muitas vezes, não são registrados nos autos e cuja realização não pode simplesmente ser determinada ao órgão policial por meio de cotas ou despachos do juiz, por serem realizadas, às vezes, de forma imediata após a constatação de sua necessidade.

Ao permitir a realização de investigações criminais por seus ministros – justamente em casos envolvendo grandes autoridades dos Poderes Executivo e Legislativo – o Supremo Tribunal Federal coloca em xeque o sistema acusatório, único apto a resguardar a imparcialidade do juiz. Uma eventual mudança no entendimento da Corte Suprema, justamente quando se noticia a intenção de ministros

que presidiram os dois mais importantes Tribunais do País, de abandonar a magistratura para concorrer a cargos eletivos, mostrar-se-ia extremamente inoportuna, além de abrir espaço para questionamentos acerca da imparcialidade na condução de tais investigações.

Acrescente-se, ainda, que tais investigações nem mesmo podem ser comparadas às atividades do juiz de instrução na Europa, considerando que naquele continente o julgamento não é realizado pelo próprio magistrado investigador, mas por outro juízo. No presente caso, nenhuma disposição legal ou regimental há que exclua o Ministro relator (investigante) do julgamento; muito pelo contrário (Lei nº 8038/1990).

Notas

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 68.314/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 15.03.1991, p. 2648. Nesse mesmo sentido: Supremo Tribunal de Justiça, RHC 2.363-0/DF, Rel. Min. Jesus Costa Lima, RSTJ, 7/245.

² Interessante notar que o artigo 44 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho quase repete o artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Deixa, porém, de citar em seu *caput* o trecho que menciona que a condução do inquérito por ministro da corte se dará “se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição”, já que, a rigor, nenhuma autoridade é processada originariamente naquele Tribunal. Curiosamente, o Regimento do tribunal trabalhista repetiu o parágrafo único do artigo 43 do STF que trata justamente dos casos de crimes cometidos nas dependências do Tribunal por pessoas não detentoras da prerrogativa de foro!

³ De forma diversa, e com maior rigor técnico, o Tribunal Regional do Trabalho – 2º Região, de São Paulo, previu em seu regimento a requisição da autoridade policial para instauração de inquérito ou lavratura do auto de prisão em flagrante em casos de crimes cometidos em suas dependências, sem prejuízo da instauração de procedimento disciplinar nas hipóteses cabíveis (artigo 72).

⁴ Em 2000, na região de Outreau, França, iniciou-se uma investigação acerca de uma rede de pedofilia composta, supostamente, por uma mais de 15 moradores da região, incluindo um padre. Durante as investigações, conduzidas por um Juiz de instrução, o “grupo” foi encarcerado, assim permanecendo por alguns anos, no curso dos quais um dos investigados morreu. Em 2005, a grande maioria dos acusados foi inocentada. Diante da repercussão do caso, o Presidente Jacques Chirac desculpou-se em nome da República por meio de uma carta endereçada aos acusados. Pressionado pelos advogados de defesa, o Ministro da Justiça os recebeu pessoalmente e fez um pedido público de desculpas. O caso passou a ser considerado um dos maiores erros judiciários da história da França e ensejou a instauração de uma comissão parlamentar de inquérito para estudar as falhas do sistema penal francês. O ato mais aguardado da Comissão foi a audiência pública do Juiz de instrução do caso, Fabrice Burgaud, na presença dos acusados. Até fevereiro de 2006, a Comissão não havia encerrado seus trabalhos.

⁵ Comentando o referido julgado, Eugênio Pacelli de Oliveira, em Curso de processo penal, 5 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del. Rey, 2005, p. 57, chega mesmo a pugnar para que o Supremo Tribunal reconheça a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Orgânica da Magis-

trutura Nacional que conferem privatividade à própria magistratura para a investigação de crimes imputados a juízes.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 82507/SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19.12.2002, p. 0092.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 2587/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, Informativo 372.

⁸ Nesse julgado, o STF mudou o entendimento até então consagrado – inclusive quando do julgamento da cautelar no mesmo processo – de que as Constituições estaduais deveriam observar necessariamente o modelo federal na instituição de foros privativos, restringindo a prerrogativa a cargos como Secretários de Estado e Vereadores. Segundo a nova orientação, são constitucionais os dispositivos de Constituição estadual que instituem o foro por prerrogativa de função a Procuradores do Estado, da Assembléia Legislativa e Defensores Públicos, muito embora os cargos análogos na órbita federal não gozem da mesma prerrogativa. O julgado, porém, entendeu ser inconstitucional a previsão de prerrogativa de foro para Delegados de Polícia.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 80592/PR, Min. Sydney Sanches, DJU 22.06.2001, p. 23.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 82507/SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19.12.2002, p. 0092.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rcl 2349/TO, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/Acórdão Min. Cezar Peluso, julg. 10.03.2004, DJU 05.08.2005, p. 007, Ement. Vol. 2199-01 p. 0074).

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pet 3248/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 23.11.2004, p. 41.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg na NC 317/PE, Agravo Regimental na Notícia-Crime 2003/0071820-2, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, DJ 23.05.2005, p.118.

¹⁴ O sítio da Internet do Supremo Tribunal Federal obviamente não fornece os dados fiscais e bancários do investigado (já denominado ali como “indiciado”), mas pode-se ler o nome de um número razoável de instituições financeiras a quem foram requisitadas informações, além de se mencionar petições do investigado e os crimes que estão sendo investigados.

Referências Bibliográficas

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2005;

GOMES, Rodrigo Carneiro. *Atribuição policial - Tribunais não devem conduzir investigação criminal*. São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 23 de julho de 2006. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/46577,1>. Acesso em 23/07/06;

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2003;

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal, Volume 1*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004;

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal. Volume I*. Campinas: Millennium, 2003;

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2004;

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal. Volume I*. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VASCONCELOS, Frederico. *Juízes no banco dos réus*. São Paulo: Publifolha, 2005.

Resumo

Trata-se de estudo acerca da atribuição para investigação de crimes cometidos por pessoas detentoras de prerrogativa de foro. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que tais investigações devem ser conduzidas pelos Tribunais detentores de competência para processar e julgar autoridades. Outra corrente, porém, defende que tais investigações devem ser feitas pela polícia judiciária, por meio de inquérito policial a ser aforado, no prazo legal, perante o Tribunal competente. A partir da análise de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e à luz do sistema acusatório, o estudo acaba por discorrer acerca das investigações realizadas diretamente por magistrados em nosso país.

Palavras chave: Investigação - Inquérito policial - Inquérito judicial – Falimentar - Polícia judiciária - Polícia legislativa - Foro privilegiado - Prerrogativa de função - Juiz de instrução - Sistema acusatório.

Abstract

The article deals with the competence to investigate crimes perpetrated by persons entitled to special venue. According to part of doctrine and jurisprudence, such investigations must be carried out only by those Courts with competence to proceed and judge authorities. Others, however, argue that such investigations must be carried out by the judiciary police through a police inquest to be leased, in due time, in the competent Court. Considering the analysis of cases ruled by the Brazilian Supreme Court according to the accusatory system, the study focuses on investigations made directly by magistrates.

Key words: Investigation - Police inquest - Judiciary police - Legislative police - Special venue - Function privilege - Lower court judge - Accusatory system.

Resumen

El estudio trata de la competencia de investigación de crímenes cometidos por personas que poseen prerrogativas de foro. Parte de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que dichas investigaciones deben ser conducidas por tribunales con competencia para procesar y juzgar autoridades. Otra corriente, sin embargo, defiende que dichas investigaciones deben ser hechas por la Policía Judicial y por medio de investigación policial a ser aforada en el plazo legal en la corte competente. A partir del análisis de fallos de la Suprema Corte de Brasil y a la luz del sistema acusatorio, el estudio considera investigaciones realizadas directamente por magistrados en el Brasil.

Palabras clave: Investigación - Investigación policial - Investigación judicial - Policía judicial - Policía legislativa - Privilegio de foro - Prerrogativa de función - Juez de instrucción - Sistema acusatorio.

Introdução

Dando cumprimento ao denominado *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano*, subscrito pelo Presidente da República e pelos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional aprovou a Proposta de Emenda Constitucional nº 96, de 1992, de autoria do então Deputado Federal Hélio Bicudo. Depois de sofrer várias emendas ao longo de 12 anos, referida PEC foi aprovada, resultando na Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, publicada em 31 de dezembro de 2004, quando entrou em vigor. Dentre as inovações lá introduzidas, incluiu-se a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade dos recursos extraordinários interpostos ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso III da Constituição Federal. Àquele artigo, foi acrescentado o § 3º que assim dispõe:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Como ficou evidente, a alteração objetivou dar maior discricionariedade ao exame de admissibilidade dos recursos extraordinários por parte da Suprema Corte, permitindo a não admissão daqueles cuja controvérsia acerca da questão constitucional ali versada, na visão do Tribunal, não ultrapasse o interesse subjetivo da parte recorrente em ver reformada a decisão.

O poder constituinte derivado condicionou à lei ordinária, por outro lado, a eficácia plena do dispositivo. Em observância àquele comando fundamental, o Congresso Nacional aprovou - dentre outros projetos que lá tramitavam e tramitam, com o escopo de introduzir alterações procedimentais que tornem mais célere e racional o processamento das ações judiciais, ao que se convencionou chamar de *reforma infraconstitucional do Poder Judiciário* - a lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, inserindo no Código de Processo Civil

os artigos 543-A e 543-B, que passaram a vigorar, a partir de 18 de fevereiro de 2007, disciplinando o novo pressuposto de admissibilidade exigido para os recursos extraordinários e o seu exame pelo Supremo Tribunal Federal. Especialmente naquilo que diz respeito ao enfoque aqui pretendido, estabelecem os novos dispositivos introduzidos no CPC:

Art. 543 – A: O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral.

§ 1º para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa;

.....
§ 3º haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal;

§ 4º se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário;

§ 5º negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

No mais, as recém-criadas disposições autorizam os Tribunais de origem a selecionar recursos representativos de determinada controvérsia, encaminhando-os ao Supremo Tribunal Federal e sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo daquela Corte, cuja eventual decisão pela inexistência do requisito provocará a inadmissão automática dos apelos sobrestados na origem; ao contrário, se reconhecida a existência da repercussão, serão eles reapreciados, pelos mesmos Tribunais.

Considerando-se que a emenda constitucional nº 45 representou o ponto de partida para a tão reclamada reforma do Poder Judiciário e que uma das principais razões desse reclamo nacional era a morosidade com que tramitam as ações judiciais, em especial os recursos nos Tribunais, mostra-se oportuna uma reflexão a respeito da eficácia da inserção desse pressuposto de admissibilidade dos recursos extraordinários, na consecução do objetivo pretendido com a reforma, máxime da forma como ficou estabelecido o procedimento de verificação da sua presença no recurso.

Arguição de relevância e repercussão geral

Anotese, de início, que o pressuposto da repercussão geral, inserido pela emenda constitucional nº 45 e agora disciplinado pelos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, apresenta visíveis diferenças em relação à *arguição de relevância*, introduzida na Constituição de 1967 e suprimida pela Carta Magna de 1988.

A Carta de 1967, alterada pelas emendas nº 1, de 1969 e nº 7, de 1977, muito embora relacionasse, nas alíneas “a” a “d” do seu artigo 119, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário – como ocorre também com o artigo 102, III da atual Constituição – deixava claro o caráter genérico daquele elenco, na medida em que o seu parágrafo único atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para indicar as causas que, por sua natureza, espécie, valor pecuniário ou relevância da questão federal, ensejassem o cabimento do apelo extremo. Em razão dessa delegação, era o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que definia então, concretamente, nos incisos I a X do seu artigo 325, quais as causas enquadráveis nas hipóteses previstas pelas mencionadas alíneas “a” a “d” do artigo 119; e, no inciso XI, abria a possibilidade de cabimento do apelo “[...] *em todos os demais feitos, quando reconhecida relevância da questão federal*”.

O mesmo Regimento, em seu artigo 326, autorizava, ainda, os Presidentes dos tribunais de origem a exercerem o juízo de admissibilidade dos apelos extraordinários, tão-só no tocante às questões ou demandas relacionadas nos incisos I a X do seu artigo 325; já, relativamente aos recursos interpostos sob arguição de relevância da questão federal (inciso XI), o artigo 327 do mesmo Regimento reservava à Suprema Corte a competência privativa para o juízo de admissibilidade.

Assim, na concepção da Carta de 1967 com suas emendas e, ainda, por conta da disciplina que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabeleceu para o cabimento do recurso extraordinário, as causas ou questões jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos I a X do art. 325 daquele Regimento ensejavam, por si próprias, admissão do recurso. Nas demais, o recorrente teria de formular a arguição de relevância em capítulo destacado da petição recursal, repeti-la na petição de agravo, em caso de decisão denegatória de admissibilidade do recurso na origem, ou, ainda, formulá-la em petição à parte, quando o extraordinário não comportasse exame de admissibilidade ou o recorrente não tivesse agravado da decisão que não o admitiu; qualquer que fosse a forma de arguição, ela seria examinada sempre previamente ao julgamento do recurso extraordinário ou do agravo, pelo Conselho do Supremo Tribunal Federal.

A arguição de relevância, portanto, somente era cabível e necessária nas causas que não estivessem incluídas no rol daquelas previamente definidas pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal como enquadradas nas alíneas “a” a “d” do art. 119 da então vigente Constituição Federal e o seu julgamento era de competência do Conselho de Ministros do Supremo Tribunal Federal, um colegiado, no Tribunal, que não tinha competência jurisdicional e cujas reuniões eram, inclusive, secretas.¹ Diferentemente do que ocorre, portanto, com a recém-disciplinada repercussão geral.

A teor do que dispõem o artigo 102, § 3º, introduzido na Constituição Federal pela emenda nº 45 e os artigos 543-A e 543-B, inseridos no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.418/2006, a repercussão será exigida para admissibilidade de todos os recursos extraordinários, qualquer que seja a natureza da demanda. Se, por um lado, o recorrente não está dispensado de demonstrar a presença da repercussão, por outro lado o único rol de hipóteses de cabimento do recurso extraordinário hoje vigente é o das alíneas “a” a “d” do art. 102, III da Constituição Federal; nesse caso, argüida a transcendência da questão em relação aos limites subjetivos da demanda, o Supremo Tribunal Federal terá de examinar essa argüição, somente podendo rejeitá-la pelo voto de dois terços dos seus membros.

Pode-se afirmar, portanto, que, diversamente do que acontecia na argüição de relevância – em que o recorrente já partia de uma posição desfavorável, por estar interpondo recurso em uma causa não previamente definida pelo Supremo Tribunal como relevante – nos recursos extraordinários doravante interpostos, a relevância - ou repercussão geral, segundo a nova nomenclatura - embora não dispense demonstração por parte do recorrente, é presumida, somente podendo ser afastada por decisão de, no mínimo, dois terços dos membros da Suprema Corte.

A conceituação da repercussão geral

Conforme já abordado, o texto constitucional introduzido pela emenda nº 45 atribuiu à lei ordinária a tarefa de regular esse novo requisito de admissão dos apelos extraordinários, aí incluída, é claro, a sua definição. Em atenção ao comando constitucional, o legislador ordinário estabeleceu, no § 1º do artigo 543-A, estar caracterizada a repercussão geral quando verificada a existência de *questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*. Mais adiante, dispôs que haverá repercussão sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A, § 3º).

Como era de se esperar, à exceção da hipótese expressamente prevista pelo parágrafo terceiro do artigo 543-A, a lei acabou por não definir, de forma clara e concreta, em que consiste a chamada repercussão geral; e isso se explica, não só por conta do caráter genérico, aberto, da expressão, como, principalmente, se levarmos em conta o espírito da proposta. O escopo da reinserção de um critério dessa natureza no exame de admissão dos extraordinários é o mesmo que motivou a exigência de argüição de relevância, em 1977: diante da pleora de recursos que, juntamente com outros muitos fatores, compromete a celeridade da prestação jurisdicional, cria-se um mecanismo que permite ao Supremo triar aqueles que, a seu arbítrio, merecem exame do mérito, por reclamarem pronunciamento cujos efeitos se projetem para além dos limites do interesse das partes que litigam no processo.

Com isso, a despeito da delegação outorgada pelo constituinte derivado, não está e nem poderia estar na lei a conceituação de repercussão geral, que dependerá, sim, de construção pretoriana, a partir do exame, pelo STF, das questões constitucionais que lhe vierem a ser submetidas nos recursos interpostos sob a nova disciplina. Afinal, avaliar se determinada controvérsia jurídica repercute ou não além dos limites da pretensão e da defesa estabelecidos em uma demanda é próprio da casuística, não da norma positivada.

A repercussão geral inerente à questão constitucional

A Constituição Federal, com a redação já alterada pela emenda constitucional nº 45, de 2004, atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, em recurso extraordinário (artigo 102, inciso III), as causas decididas, em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo da Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal; ou
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Trata-se, como leciona Theodoro Júnior², de uma criação do Direito Constitucional brasileiro, inspirado no *judiciary act* do Direito norte-americano; um recurso excepcional, admissível apenas em hipóteses restritas, previstas na Constituição com o fito específico de tutelar a autoridade e aplicação da Carta Magna.

As hipóteses restritas, a que se refere o renomado processualista, são aquelas relacionadas nas alíneas “a” a “d” do inciso III, acima transcritas; mas, a despeito da especificação distribuída entre aquelas quatro alíneas, uma visão geral e

conjunta daquele rol permite observar que, em suma, o recurso extraordinário, adotado desde a Carta de 1934 e da forma como reconcebido na atual Constituição, tem lugar sempre que estiver em discussão uma incorreta interpretação ou aplicação de qualquer dispositivo da Constituição, que dê ensejo à ocorrência de descumprimento ou violação da *lex fundamentalis*. Ou mais que isso: constitui pressuposto específico de admissão do recurso a demonstração de que a decisão recorrida violou a Constituição Federal.

Se assim é, com todo o respeito que merecem aqueles que se debruçaram na elaboração da proposta que resultou na emenda constitucional nº 45 e, em especial na criação do § 3º do artigo 102, recentemente regulado por lei, a exigência da repercussão geral choca-se violentamente com a própria concepção do apelo extraordinário, especialmente depois que a Carta de 1988 limitou seu cabimento às questões constitucionais.

Vejamos. O Estado Brasileiro, como se sabe, adotou o princípio da supremacia da Constituição, “[...] *um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento [...]*”, na visão de Kelsen³, idealizador do modelo de controle concentrado de constitucionalidade inserido nas constituições austríaca e alemã e que, ao fim, acabou inspirando o modelo brasileiro, introduzido na Carta de 1934 e aperfeiçoado ao longo do tempo, num processo que culminou com a introdução da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ação direta com a qual se mostra possível atacar, diretamente na Suprema Corte, qualquer lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público.⁴

Antes disso, o Brasil já havia abraçado o controle difuso ou incidental de constitucionalidade, na primeira Carta da República, em 1891, cujo artigo 59, § 1º, “b” previa o cabimento de recursos para o Supremo Tribunal Federal contra sentenças prolatadas pelas justiças estaduais em última instância, “[...] *quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.*”

Essa forma de controle por meio de exceção, sabe-se, teve sua primeira manifestação expressa no famoso caso *Marbury versus Madison*, julgado pela Suprema Corte americana em 1803, em cuja decisão seu prolator, juiz Marshall, fundamentou: “Ou a Constituição controla o ordenamento jurídico, ou o Poder Legislativo pode torná-la inócua, reduzindo-a à posição de lei ordinária”.⁵

Na lição de Canotilho:⁶

O Estado Constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias de observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais, sanções contra atos dos órgãos de soberania e de outros não conformes com a constituição.

Nesse contexto, forçoso é convir que não há infringência ou descumprimento da Constituição que não seja relevante, que não tenha repercussão para além dos limites subjetivos da causa. Para os publicistas mais conservadores, ainda, é nulo qualquer ato – incluam-se aí os atos judiciais, as decisões – que contrarie a Constituição de um Estado.

Voltando ao tema processual, sabemos que os interesses subjetivos das partes são discutidos no âmbito das instâncias ordinárias; o recurso extraordinário, até pela sua própria natureza e nomenclatura, existe para corrigir as distorções de modo a oportunizar a mais uniforme interpretação na aplicação dos dispositivos constitucionais e com isso preservar não só a autoridade da Constituição como, ao cabo, a própria segurança jurídica dos jurisdicionados e cidadãos; em outras palavras, a repercussão geral já é inerente à discussão acerca da interpretação da lei fundamental. Nesse passo, toda negativa de vigência a preceito fundamental argüida em sede extraordinária tem, ao menos potencialmente, a repercussão que reclama sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

Então: se o ordenamento jurídico pátrio acolhe o princípio da supremacia da Constituição, a ponto de adotar paralelamente os controles incidental e abstrato de constitucionalidade; se compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme prevê o seu art. 102, *caput* e, se o recurso extraordinário é previsto, na vigente Carta Política, especificamente para que o Supremo Tribunal examine, em caráter excepcional – sem confundir-se, portanto, com uma “terceira instância” - a contrariedade ou má aplicação dos dispositivos da mesma Carta, *quid* a necessidade de se adotar um mecanismo que imponha àquela Suprema Corte destacar o que é de repercussão geral, em meio a recursos que, por sua própria natureza, somente podem devolver questões que já são extraordinariamente relevantes?

Contra esse raciocínio certamente levantar-se-á o argumento, verdadeiro, diga-se de passagem, de que os recursos extraordinários, em sua maior parte, são interpostos sem que haja, de fato, contrariedade ou negativa de vigência à Constituição; ou seja, a maior parcela dos apelos não demonstra o descumprimento da norma fundamental que traz consigo a repercussão inerente à necessidade de pro-

nunciamento do STF. Ocorre que, para essas hipóteses, já existe o estreito e rigoroso juízo de admissibilidade a que submetem os apelos extremos, desde o Tribunal de origem - e não exclusivamente no STF, como previsto para esse novo pressuposto da repercussão geral, nos termos do artigo 102, § 3º da Constituição e do artigo 543-A, § 2º do CPC, com a redação da lei nº 11.418/2006 - onde aqueles recursos, em sua maciça maioria, ficam trancados. E os agravos de instrumento interpostos contra a inadmissão na origem, em geral, têm seu seguimento negado pelo Supremo Tribunal Federal, grande parte deles até por razões de ordem puramente procedimental, como na hipótese de ausência de peças obrigatórias, em que sequer passam, hoje, pela distribuição.⁷

Quando eventualmente passam pelo juízo de admissibilidade na origem, os extraordinários cuja pretensão não se enquadra nas hipóteses do art. 102, III da Constituição não são conhecidos, a maioria monocraticamente, por aplicação do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, no Supremo Tribunal.

A jurisprudência da Suprema Corte é farta no tocante à não admissão ou não conhecimento dos extraordinários cuja alegação de contrariedade à Constituição não apresenta plausibilidade, a tal ponto de, em caso específico, ter ensejado a aprovação do verbete inserido na súmula do Tribunal, sob nº 636, segundo o qual não é admissível o apelo fundado em violação do princípio da legalidade, quando sua verificação pressuponha rever interpretação dada a normas infraconstitucionais.

Em resumo, os mecanismos já existentes permitem que tanto os Tribunais de origem, quanto o próprio STF, promovam a seleção e rejeição dos recursos que, por não demonstrarem plausibilidade na controvérsia constitucional agitada, mereçam ter o seu trânsito obstado; esses mecanismos, de há muito, são sistematicamente aplicados, especialmente porque despidos de alguns dos rigores procedimentais agora previstos para a repercussão geral.

O efeito das alterações na celeridade processual

Pela maneira como foi inserida na Constituição Federal e regulada no Código de Processo Civil, a exigência desse novo pressuposto de admissão dos recursos extraordinários merece uma análise sob o aspecto do seu efeito prático na celeridade de processamento e julgamento dos recursos, escopo maior da aprovação da emenda constitucional nº 45 e das recentes alterações do Código de Processo Civil.

Como já se viu, a redação do artigo 102, § 3º da Constituição Federal, ao exigir a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discuti-

das no recurso, condicionou a sua rejeição à manifestação de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal; em outras palavras, à luz do comando constitucional, a decisão que rejeitar o extraordinário sob fundamento da inexistência de repercussão geral da questão constitucional somente será válida se neste sentido votarem, no mínimo oito Ministros.

Ao regular esse dispositivo para dar-lhe a eficácia plena, a lei nº 11.418/06 silenciou, no texto dos artigos 543-A e 543-B que inseriu no Código de Processo Civil, a respeito daquele requisito de validade da decisão. Mas, ainda que tivesse disposto a respeito, jamais poderia, enquanto lei ordinária, dispensar a votação qualificada lá exigida expressamente, sob pena de, ao regular o dispositivo constitucional, acabar lhe negando vigência.

Por outro turno, a lei estabeleceu a necessidade de o recorrente demonstrar, em preliminar do recurso, a existência da repercussão geral, cujo exame será de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 543-A, § 2º).

O que se tem, então, é que, diferentemente do que ocorre com todos os demais pressupostos de admissibilidade do apelo extremo, cuja ausência pode determinar a inadmissão do recurso já na origem, no tocante à repercussão geral essa análise somente poderá ser feita pela Suprema Corte. E mais: para inadmitir o recurso sob fundamento da inexistência do novo requisito, terá o Relator que submetê-lo a julgamento pelo Plenário, eis que a decisão, neste caso, somente terá validade se tomada por, no mínimo, dois terços dos ministros daquela Corte; afinal, se por princípio da hermenêutica jurídica, *verba cum effectu sunt accipienda*, ou seja, não se presumem, na lei, palavras inúteis⁸, com maior rigor esse princípio há de imperar quando se trata de interpretação do texto constitucional.

E não nos parece razoável, como sustenta, dentre outros, o Professor Sérgio Bermudes⁹, a interpretação de que, ao utilizar a expressão “Tribunal”, o constituinte derivado quis referir-se às Turmas do Supremo e não ao seu Plenário. A Constituição Federal já empregou expressão semelhante para referir-se a tribunal em sua composição plena, como no caso do artigo 97 em que, indiscutivelmente está se referindo à maioria absoluta dos membros do Tribunal; igualmente já o fez a legislação processual, como na redação do artigo 479 do Código de Processo Civil.

Ademais, em que pesem as diferenças aqui já traçadas, é inquestionável que a vetusta argüição de relevância serviu de inspiração à atual repercussão geral; e, naquela, a competência era também exclusiva do Supremo Tribunal Federal, reunido em Conselho, não das turmas.

A interpretação do dispositivo constitucional, aqui defendida, acabou sendo ratificada na redação atribuída ao § 4º do artigo 543-A do Código de Processo

Civil, pela lei nº 11.418/2006, que só dispensa a remessa do recurso ao Plenário, quando a Turma decidir pela existência da repercussão geral:

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

Abstraída, por ora, a análise dessa exigência de votação qualificada, na Turma, que merecerá abordagem específica mais adiante, a redação da parte final do parágrafo, parece, veio lançar a pá de cal na celeuma em torno do colegiado competente para rejeitar a argüição de repercussão geral. De fato, se o reconhecimento da existência de repercussão geral, pelas Turmas, dispensa, como diz a lei, a remessa do apelo ao Plenário – circunstância que já se mostrava evidente, na redação do artigo 102, § 3º – *contrario sensu*, a rejeição do recurso, com base na inexistência da repercussão geral, não poderá ocorrer por decisão daquelas mesmas Turmas e, sim, do Plenário.

A partir daí, importa saber se, considerada a disposição cogente da parte final do art. 102, § 3º da Constituição Federal, possível será a utilização do permissivo do contido no artigo 557 *caput* do CPC, por parte dos relatores ou do Presidente, no Supremo Tribunal Federal, sem violar o comando constitucional.

Ao aprovar a emenda regimental nº 19, de 16 de agosto de 2006, o Supremo Tribunal Federal antecipou-se ao Poder Legislativo, para alterar a redação do seu artigo 13 e outorgar, ao Presidente, competência para

V – despachar:

(...)

c) como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º e 557 do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, os agravos de instrumento e petições ineptos ou doutro modo manifestamente inadmissíveis, bem como os recursos que, conforme jurisprudência do Tribunal, tenham por objeto matéria destituída de repercussão geral; (...)

Fica evidente que, para o Supremo Tribunal Federal, guardião e intérprete máximo da lei fundamental, não será inconstitucional a decisão proferida com fundamento no artigo 557 do CPC, para inadmitir recurso extraordinário que verse questão constitucional que já tenha sido declarada despida de repercussão geral pela jurisprudência do Tribunal.

Resta perquirir, então, se negaria vigência ao recém introduzido artigo 102, § 3º, parte final, da Carta Magna, a aplicação do artigo 557, *caput*, aos recursos cuja questão constitucional ainda não sofreu apreciação do Supremo Tribunal sob o enfoque da repercussão geral. E a resposta parece ser afirmativa, a despeito de manifestações já verificadas em sentido contrário.

Positivamente, se o comando do art. 102, § 3º da Constituição Federal condicionou a rejeição da repercussão geral à decisão de, no mínimo, dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, eivada de inconstitucionalidade estará a decisão monocrática de Presidente ou Relator que, sob tal fundamento, não admitir o recurso, caso a ausência de repercussão geral a respeito da matéria ali versada ainda não tenha sido declarada pelo Plenário da Suprema Corte.

As decisões monocráticas somente são autorizadas pelo artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil quando o recurso é manifestamente inadmissível, prejudicado, improcedente ou contrário a súmula ou jurisprudência dominante do próprio Tribunal, de Tribunal Superior ou do Supremo Tribunal Federal. Se, a teor do multicitado § 3º, somente o Plenário do Supremo Tribunal Federal detém competência para decretar a inexistência de repercussão geral de determinada controvérsia constitucional, antes que isso ocorra não poderá uma decisão monocrática entender por “manifestamente inadmissível” determinado extraordinário sob tal fundamento; pela mesma razão, em tais circunstâncias não haverá ainda, jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal a respeito – e neste caso somente poderia ser do Supremo – a justificar a decisão unipessoal.

Por todos os aspectos abordados no presente tópico, antes de surgir como um mecanismo decisivo para a tão almejada celeridade no julgamento dos recursos - razão maior das reformas recém-implementadas - o pressuposto da repercussão geral aparece como um entrave. Considerando-se que a demonstração da existência de repercussão somente é exigida para os apelos interpostos após a vigência da lei nº 11.418/06¹⁰, durante um período de tempo considerável os extraordinários que ingressarem na Suprema Corte versarão matéria cuja repercussão ainda não foi por ela examinada, razão porque, exceto aqueles nos quais a Turma entender presente o requisito, os demais terão de ser submetidos ao Plenário, em vez de serem julgados nas Turmas, como hoje ocorre regularmente, até que paulatinamente a Corte estabeleça o rol das questões que, não revestidas de repercussão geral, permitirão que os recursos subseqüentes sejam rejeitados na forma do recém alterado artigo 13, inciso V do seu Regimento Interno.

Mas, ainda assim, a celeridade poderá estar comprometida. Por disposição do § 1º do artigo 557 do CPC, das decisões monocráticas proferidas com fundamen-

to naquele artigo cabe agravo interno para o órgão colegiado. Então, das decisões proferidas pelo Presidente, na forma prevista pelo art. 13, V do Regimento Interno, caberá agravo interno para o Plenário do Tribunal, que então passará a se dedicar ao julgamento de uma espécie de recurso que até então não ocupava a sua pauta e em quantidade que se imagina significativa.

Anote-se que a interposição do agravo interno nestes casos, ao contrário de evidenciar puro espírito de emulação da parte do agravante, pode mostrar-se perfeitamente adequada e pertinente, quando a questão constitucional agitada no recurso extraordinário não apresentar os mesmos contornos daquela debatida nos precedentes do Plenário que teriam servido de fundamento para a decisão monocrática, ainda que o dispositivo constitucional seja o mesmo.

Não bastassem os percalços de que a nova legislação revestiu o julgamento dos recursos extraordinários, até aqui abordados, existe ainda o comando inserido no § 4º do artigo 543-A do CPC, referido e transcrito linhas atrás, que dispensa a remessa ao Plenário do recurso extraordinário, quando a existência de repercussão geral for reconhecida, na Turma, pelo voto de quatro Ministros.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, quando traçava as regras procedimentais para a antiga argüição de relevância, continha disposição de redação similar, que pode ter inspirado, de alguma forma, o legislador de agora:

Art. 328. (...)

*§ 5º. No Supremo Tribunal Federal serão observadas as regras seguintes:
(...)*

VII – Estará acolhida a argüição de relevância se nesse sentido se manifestarem quatro ou mais Ministros, sendo a decisão do Conselho, em qualquer caso, irrecorrível.

Ocorre que essa disposição esteve inserida em contexto bastante diverso; como se viu, o julgamento da argüição de relevância era realizado pelos Ministros do STF reunidos em Conselho, um órgão que sequer tinha competência jurisdicional; naquele contexto, o regimento determinava então estar acolhida a relevância, se pelo menos quatro dos Ministros assim concluíssem.

No contexto atual, especialmente em face da redação vigente do Regimento Interno do STF, a disposição contida no mencionado § 4º do art. 543-A apresenta-se de certa forma obscura e sem aplicabilidade prática. Ora, se o artigo 102, § 3º condiciona à decisão plenária a rejeição – apenas a rejeição, não o acolhimento – da repercussão e, se as decisões turmárias do Supremo Tribunal Federal são válidas

quando tomadas pela maioria absoluta dos respectivos membros, resulta daí que, na prática, o acolhimento da demonstração de repercussão poderá se dar, em Turma, pelo voto de três ministros e, neste caso, dispensada também estará a remessa do recurso ao Pleno. Caso contrário, a se empregar interpretação literal ao dispositivo, quando a existência de repercussão geral for acolhida, na Turma, por voto de apenas três de seus integrantes, o recurso também terá de ser remetido ao Plenário do Tribunal; e o legislador ordinário, neste caso, terá criado mais um entrave ao processamento dos extraordinários, um paradoxo em relação ao espírito das reformas, que certamente merecerá a manifestação do Supremo Tribunal Federal.

O julgamento dos agravos de instrumento contra não admissão do recurso extraordinário

Examinando, de um lado, os comandos recentemente introduzidos pelo art. 102, § 3º da Constituição Federal e pelo § 4º do artigo 543-A do CPC, que definem competência exclusiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal para rejeição do recurso por ausência de repercussão geral e, de outro, os artigos 544, § 3º e 545 do CPC juntamente com o artigo 21, incisos VI, IX e § 1º do Regimento Interno do STF que, por sua vez, outorgam competência ao Relator, no Tribunal, para julgar monocraticamente os agravos interpostos contra decisão que não admitiu o recurso extraordinário, mostra-se possível, ainda, antever pelo menos duas outras situações que reclamarão definição jurisprudencial ou regimental de parte da Corte Suprema, na hipótese de o recurso debater questão constitucional cuja repercussão ainda não foi objeto de manifestação da Corte.

A primeira delas diz respeito aos agravos de decisão denegatória de admissão do extraordinário, fundamentada na inexistência de qualquer dos demais pressupostos de admissibilidade do recurso, já anteriormente exigidos. Caso o Relator, no STF, venha a concluir que razão assiste ao agravante no que respeita aos demais pressupostos de admissão do recurso, mas não vislumbre, na controvérsia constitucional, a repercussão geral, não poderá, ao menos pela interpretação dos dispositivos agora em vigor, monocraticamente negar seguimento ao recurso; e, ainda que, contrariando os artigos 544, § 3º, 545, do CPC e 21, VI, IX e § 1º do RISTF, leve o agravo de instrumento a julgamento pela Turma, esta somente poderá decidir pelo seu provimento, pois, conforme exaustivamente repetido, a competência para rejeição de extraordinário sob fundamento de inexistência de repercussão geral, ainda que por intermédio do agravo de instrumento ou do agravo interno, ficou restrita ao Plenário do STF.

A outra hipótese é a do agravo de instrumento contra decisão do Presidente ou Vice de Tribunal *a quo* que, descumprindo o disposto no § 2º do art. 543-A, venha a não admitir o recurso sob exclusivo fundamento de ausência de repercussão geral. Nesse caso, para manter a inadmissão do recurso, o Relator e a Turma estariam diante da mesma dificuldade que vislumbramos no parágrafo anterior, salvo se, para não negar vigência às recentes alterações da Carta Magna e do Código de Processo Civil, se opte por admitir o recurso apenas para levá-lo à apreciação do Plenário, procedimento que, convenhamos, mostrar-se-ia visivelmente contraproducente.

Conclusão

De tudo o que foi aqui considerado, emerge que a criação do novo pressuposto de admissão dos recursos extraordinários e o seu disciplinamento constitucional e infraconstitucional deixaram a desejar em termos de clareza e objetividade, máxime se levado em conta o escopo principal da chamada reforma do Poder Judiciário.

O texto constitucional emendado deixou a definição daquele requisito por conta da legislação ordinária e esta, por sua vez, esteve longe de desincumbir-se da missão, aliás muito difícil, senão impossível. De fato, quando se debate a interpretação, aplicação e especialmente o descumprimento da Carta Política de um Estado, a relevância da controvérsia e a sua repercussão para além dos limites da lide parecem intrínsecas; quando, além disso, esse debate é posto em um recurso de índole extraordinária, adotado por inspiração no direito comparado para oferecer a um tribunal constitucional a oportunidade de dizer a melhor interpretação da lei fundamental, torna-se ainda mais difícil despi-lo de relevância que transcende os interesses subjetivos das partes, a justificar, ao menos, o exame pela Suprema Corte, cuja competência outorgada pelo artigo 102, inciso III da Constituição sempre permitiu e sempre permitirá negar seguimento ou provimento aos apelos em que a contrariedade ao texto constitucional não estiver suficientemente demonstrada.

Em outras palavras, a exigência desse novo requisito, que ao cabo cria a oportunidade de o Supremo Tribunal Federal destacar o que entender relevante em meio a questões que, por sua natureza, já se revestem de importância extraordinária, vem mitigar princípios basilares como o da supremacia da Constituição, além de macular a importância do próprio recurso extraordinário.

Por outro lado, ainda que se abstraia a questão da oportunidade ou inoportunidade da inserção do pressuposto aqui examinado, o fato é que, da forma como foi ele inserido no ordenamento jurídico e disciplinado na lei processual, a inovação caminhou na contra-mão da reforma do Judiciário e, em especial, da sua

chamada reforma infraconstitucional que, no mais das vezes, está alterando a redação do Código de Processo Civil para introduzir mecanismos de aceleração do processamento e julgamento das ações e seus respectivos recursos, alguns, de tão heterodoxos, até já contestados pela doutrina sob o argumento da inobservância de princípios como o contraditório, a ampla defesa ou o duplo grau de jurisdição.

As disposições do art. 102, § 3º da Constituição Federal e do artigo 543-A não oferecem outra interpretação que não seja a obrigatoriedade de pronunciamento, exclusivo, do Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da existência de repercussão geral da questão constitucional aventada no apelo extraordinário, ao menos na primeira oportunidade em que aquela determinada controvérsia estiver sendo submetida ao Tribunal. Assim, no primeiro momento, antes de contribuir para a celeridade do processamento e julgamento dos feitos, a maioria dos recursos extraordinários - e muitos dos agravos internos contra decisões monocráticas que neguem seguimento ou provimento a recursos ou agravos de instrumento - passarão a carregar a pauta de julgamento das sessões do Plenário da Casa, antes ocupada e muito ocupada, é verdade, apenas pelos feitos da sua competência regimental.

Não se ignora que o Supremo Tribunal Federal, na sua condição de guardião e intérprete da Constituição, tem competência para dar ao § 3º do art. 102 interpretação diversa daquela que a literal disposição do preceito oferece; assim como não pode ser afastada a possibilidade de as Turmas e os Ministros relatores dos recursos e agravos continuarem a negar-lhes seguimento ou provimento mediante exame, apenas, dos seus antigos pressupostos de admissibilidade, evitando o exame da existência de repercussão geral, exatamente para não produzirem o efeito negativo aqui levantado.

Contudo, ainda que isso ocorra, remanescerá a dúvida a respeito da oportunidade e utilidade de se ter ressuscitado - ainda que com outros contornos - mecanismo altamente discricionário de rejeição de recursos extraordinários, outrora tão criticado pelo cunho autoritário de que se revestia.

Notas

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RI, art. 151, redação da época.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 703.

³ KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione, in: *La giustizia costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 152.

⁴ Lei nº 9882, de 3.12.89, artigo 1º.

⁵ MARSHALL, John. *Decisões constitucionaes de Marshall, presidente do supremo tribunal dos Estados Unidos da América do Norte*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

⁷ Os agravos de instrumento, antes de passarem pela distribuição no STF, são examinados por uma equipe da Presidência do Tribunal e têm seu seguimento negado pelo Presidente, em decisão monocrática, nos casos de ausência das peças obrigatórias relacionadas pelo art. 544, § 1º do CPC (RISTF, art. 13, V, com a redação atribuída ao pela emenda regimental nº 19, de 16.8.2006).

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 8ª. ed., 1965, p. 262.

⁹ BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela emenda constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 57.

¹⁰ Lei nº 11.418/06, art. 4º: “Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência”.

Referências bibliográficas

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela emenda constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione, in: *La giustizia costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1981.

MARSHALL, John. *Decisões constitucionaes de Marshall, presidente do supremo tribunal dos Estados Unidos da América do Norte*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 8ª ed., 1965.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Resumo

Examina, o presente artigo, a exigência de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário, introduzida no rol dos pressupostos para a sua admissibilidade pela emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Analisa a

adoção desse mecanismo de seleção dos recursos a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do princípio da supremacia da Constituição, bem como os reflexos da sua regulação, constitucional e infraconstitucional, na celeridade do processamento e julgamento dos recursos, um dos fatores que, dentre outros, motivou a reforma do Poder Judiciário encetada pela referida emenda constitucional.

Palavras-chave: Admissibilidade – Celeridade processual –Recurso Extraordinário – Reforma do Poder Judiciário - Repercussão Geral.

Abstract

The present article examines the general repercussion of constitutional issues debated in the extraordinary appeal as a formal requirement for its admissibility as envisaged in the Constitutional Amendment 45, of December 8th, 2004. It analyses the adoption of such mechanism for the selection of appeals to be judged by the Federal Supreme Court under the prism of the principle of supremacy of the Constitution, as well as the consequences of its constitutional and infraconstitutional disciplining in the acceleration of the analysis and judgment of appeals, one of the aspects that, among others, motivated the reform of the Judiciary determined by that Constitutional Amendment.

Key words: Admissibility - Procedural celerity - Extraordinary appeal - Reform of the Judiciary - General repercussion.

Resumen

El presente artículo examina la exigencia de repercusión general de las cuestiones constitucionales debatidas en el recurso extraordinario, introducida en el rol de requisitos para su admisibilidad por la Ementa Constitucional n. 45, de 8 de Diciembre de 2004. Analiza la adopción de este mecanismo de selección de los recursos que deben ser juzgados por la Suprema Corte Federal, a la luz del principio de la supremacía de la Constitución, así como las implicancias de su regulación constitucional e infraconstitucional para la celeridad del procesamiento y juicio de los recursos, uno de los factores que, entre otros, ha motivado la reforma del Poder Judiciario estimulada por la referida Ementa Constitucional.

Palabras clave: Admisibilidad - Celeridad de proceso - Recurso extraordinario - Reforma del Judiciario - Repercusión general.

No Brasil, a questão da maioridade penal sempre causou polêmica, principalmente em tempo de crimes brutais cometidos por menores de dezoito anos. O assassinato do menino João Hélio, no Rio de Janeiro, foi um dos últimos casos que indignaram fortemente a sociedade brasileira, levantando com vigor a discussão sobre o assunto.

De fato, saber se o menor é ou não capaz de entender as conseqüências dos seus atos e responder integralmente por eles, sem privilégios, é tema, no mínimo, polêmico. Enquanto o clamor público, em resposta às notícias de envolvimento de menores em crimes bárbaros, exige a imposição de penas mais severas e a redução da maioridade penal, estudiosos e criminalistas procuram demonstrar que a solução segue outra inteligência, qual seja: a injustiça parte da falta de educação de base, da má situação social das camadas mais pobres da sociedade, do abismo na desigualdade social, da impunidade e da péssima estrutura do sistema carcerário brasileiro.

Em breve apanhado conceitual da inimputabilidade penal, o Código Penal Brasileiro, em seu art. 27, determina que “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Essa regra foi recepcionada pelo art. 228 da Constituição Federal de 1988, cuja exegese conclui que o menor de dezoito anos é incapaz de entender os atos que pratica, não devendo responder pelas conseqüências penais decorrentes; considerado, portanto, inimputável para os fins de direito.

Esse conceito do sistema penal pátrio foi trazido do critério biológico adotado, o qual se traduz, objetivamente, na formação psicológica incompleta do indivíduo que ainda não venceu os dezoito anos de vida. E foi esse o entendimento retirado do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069/90, cuja norma, além de conceituar o adolescente como o indivíduo entre doze e dezoito anos de idade, também assegurou às pessoas, nessa condição peculiar de ser humano em evolução, os meios necessários para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Trata-se, pois, de presunção *iure et de iure* (presunção absoluta) que, por tal qualidade, não pode ser contestada, ainda que se prove que o agente tinha o devido discernimento ou a plena capacidade de compreender as conseqüências do seu ato.

O critério biológico determina que o indivíduo, menor de dezoito anos, é objetivamente incapaz de entender com inteireza as conseqüências de seus atos, independentemente da educação, do crescimento ou do desenvolvimento intelectual. Nesse mesmo sentido, segue a regra da parte geral do novo Código Civil, em seu art. 4º, declarando expressamente que os menores de 18 e maiores de 16 anos são relativamente incapazes, ou seja, não possuem aptidão completa para o exercício dos atos da vida civil.

Importante destacar que o Código Penal disciplina outros elementos da inimputabilidade penal, os quais perfilham os critérios biopsicológicos e psicológicos, como elementos da exclusão de culpabilidade. Logo, não há que se falar em exclusão da imputabilidade por força da maioridade apenas, mas também na isenção de pena daqueles que são ou eram inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinarem de acordo com esse entendimento. (CP, art. 28, §1º)

Com efeito, busca-se um estudo mais aprofundado do discernimento do agente, no momento do ato. Preenche, desse modo, o critério psicológico ou biopsicológico, cujo estudo poderá constatar se alguém é ou era plenamente capaz de compreender seus atos, respondendo pela respectiva pena, em caso afirmativo. Esse padrão foi adotado no Código Penal de 1969, que não entrou em vigor, e no Código Militar, em seu art. 50, não recepcionado pela norma do art. 228 da Constituição Federal de 1988.

Ultrapassados os tópicos conceituais, importa trazer à baila breve discussão em relação à possibilidade ou não de reforma constitucional da maioridade penal.

A regra da responsabilidade penal advém do art. 228 da Constituição Federal de 1988: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. E, por sua vez, o § 2º do art. 5º da Carta Maior determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Essas duas regras, por força do que disciplina o art. 60, § 4º, IV, da Constituição tornam-se, segundo parte da doutrina, cláusulas pétreas, uma vez não ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Esse entendimento é defendido por eminentes professores e juristas brasileiros, dentre eles Luiz Flávio Gomes:

Muito se discute se, em razão dessa previsão constitucional, a maioria penal assumiu ou não status de cláusula pétrea. Segundo nosso ver, não há como negar que se trata de norma constitucional que compõe o conteúdo rígido da nossa Constituição Federal, tendo em vista o disposto nos artigos 5º, § 2º e 60, § 4º, ambos do aludido diploma. ¹

Historicamente, para aqueles que classificam Constituição como a norma fundamental decorrente do pacto social pós Revolução Francesa, a Magna Carta, segundo Paulo Bonavides, deve possuir limitação mínima e expressa na sua ordem material, quanto à reforma. Deve-se proteger, no caso, o interesse do poder constituinte originário, tocante ao núcleo daquilo que o próprio povo elegeu como imutável:

Afigura-se-nos porém que a questão se atenuará desde que consagramos, com o necessário rigor, a distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado, conforme temos seguido e observado. O primeiro, entendido como um poder político fora da Constituição e acima desta, de exercício excepcional, reservado a horas cruciais no destino de cada povo ou na vida das instituições; o segundo como poder jurídico, um poder menor, de exercício normal, achando-se contido juridicamente na Constituição e sendo de natureza limitado. Não poderá ele sobrepor-se assim ao texto constitucional. É óbvio pois que a reforma da Constituição nessa última hipótese só se fará segundo os moldes estabelecidos pelo próprio figurino constitucional; o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe de Estado contra a ordem constitucional. ²

O nobre professor conclui nessa sua obra que a Constituição deve possuir um núcleo intangível de garantias e de enunciação dos direitos individuais, cujo centro delimita a essência criadora e primordial de toda e qualquer Constituição contemporânea.

Voltando ao crivo do debate, entendemos pela impossibilidade de o poder constituinte derivado reformar a Constituição para reduzir a maioria penal. Esse princípio, tido como protetivo do adolescente, foi concebido como um dos elementos da essência de constituição do nosso ordenamento jurídico, ou seja, garantia àqueles sem formação biológica completa, de não responderem pelas consequências de seus atos/fatos típicos.

Entretanto, a redução da maioridade penal é demasiadamente vindicada pelas vítimas e pela opinião pública, mormente quando destacada pela imprensa em resposta aos crimes bárbaros cometidos por adolescentes. Obviamente, a opinião pública não está obrigada a ter conhecimento das regras técnico-jurídicas existentes ou se estas são ou não bem aplicadas pelo Estado. Quer, na verdade, resultados práticos, justiça e proteção ao bem maior, a vida.

Em que pese a dor dessas vítimas, familiares e sociedade, entende-se que qualquer modificação imediata no peso da pena ou na redução da maioridade penal em nada alterará o quadro trágico vivido pelo sistema penal brasileiro. Muitas penas e políticas públicas estão em vigor para diminuir a criminalidade, mas não servem ao seu objeto, por falta de vontade política. O sistema carcerário está falido. O sistema de internação de menores e adolescentes e demais regras protetivas do ECA não são cumpridas. Como esperar diminuição da criminalidade com mudanças no ordenamento jurídico penal, se nem mesmo as regras existentes foram um dia cumpridas?

Ademais, a impunidade reina em nosso país, adentrando em nosso sistema pelas janelas da prescrição, pelas portas da morosidade processual, promovendo a perpetuação da criminalidade e a falta de credibilidade no sistema penal brasileiro. E se isso não bastasse, o ensino e formação profissional andam em passos lentos, fomentando a ociosidade e piorando ainda mais a situação social dos cidadãos brasileiros.

Portanto, a redução da maioridade para 16, 14 ou 12 anos em nada adiantará se as políticas públicas não forem respeitadas. Deve-se exigir, inicialmente, o cumprimento das políticas penais existentes, em efetiva reformulação do sistema carcerário e das formas de aplicação das medidas sócio-educativas previstas no ECA. Sem prejuízo da correta aplicação da pena, aos maiores de idade, sob pena de, em vez de punir ou de proteger, fomentar a escola da criminalidade dentro dos presídios e dos internatos brasileiros.

“É possível cobrar pelo erro a quem antes não se deu a oportunidade de acertar?”

Notas

¹ GOMES, Luiz Flávio. *Menoridade Penal: cláusula pétrea?* Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br/article.php?story=20070213065503211>>. Acesso feito em: 11 mar 2007.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 201/202.

Resumo

O artigo aborda tema presente nas discussões da sociedade sobre a diminuição da maioridade penal. A partir de exegese do artigo 27 do Código Penal Brasileiro, regra recepcionada pelo artigo 228 da Constituição Federal de 1988, o trabalho chega à conclusão de que o menor de dezoito anos, sendo incapaz de entender os atos que pratica, não deve responder pelas conseqüências penais decorrentes. Portanto, é inimputável para os fins de direito. O trabalho prossegue dando conta de que esse conceito do sistema penal pátrio foi trazido do critério biológico adotado, o qual se traduz, objetivamente, *na formação psicológica incompleta do indivíduo que ainda não venceu os dezoito anos de vida*. Após efetuar rápida análise do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90), aduz que essa norma *assegurou aos indivíduos nesta condição peculiar de pessoa em evolução, os meios necessários para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade*. Finaliza apontando o magistério de notáveis juristas que entendem que a redução da maioridade penal, clamada por setores da sociedade e pela imprensa, não pode ser introduzida em nosso ordenamento, pelo fato de que tal garantia insere-se dentro das chamadas *cláusulas pétreas* da Constituição, intangíveis pelo poder reformador do Congresso.

Palavras-chaves: Maioridade penal – Estatuto da Criança e do Adolescente – Cláusulas pétreas - Critérios biopsicológicos - Exclusão de culpabilidade – Relativamente incapaz.

Abstract

The article analyses the reduction of penal minority. On the basis of Article 27 of the Brazilian Penal Code, a rule derived from Article 228 of the 1988 Federal Constitution, it concludes that the minor, being unable to understand his own acts, should not be charged for the penal consequences of it. Therefore, he is criminally incapable as to the purposes of Law. The article argues that such concept derives from a biological criteria which translates itself in the incomplete psychological development of an individual who has not yet reached the age of eighteen. After a brief analysis of the Statute of Children and Teenagers – ECA (Law n. 8.069/90), it stresses that such law assured to those individuals in such peculiar condition the necessary means for his/her physical, mental, moral, spiritual and social development, in condition of freedom and dignity. It finishes by highlighting the

teaching of notable jurists who sustain that the reduction of penal minority claimed by some social sectors and the media can not be introduced in the Brazilian law because such right is part of the so called *petrea clause* of the Constitution, unreachable to the reforming power of the Congress.

Key words: Penal minority - Statute for Children and Teenagers - Petrea clauses - Biopsychological criteria - Exclusion of culpability - Relatively incapable.

Resumen

El artículo trata tema presente en las discusiones de la sociedad sobre la reducción de la mayoría penal. A partir de la interpretación del artículo 27 del Código Penal Brasileño, regla decepcionada por el artículo 228 de la Constitución Federal de 1988, el texto concluye que el menor de diezocho años, siendo incapaz de comprender los actos que hace no debe responder por las consecuencias penales de los mismos. Por lo tanto, es ineputable para fines de Derecho. El texto sigue informando que este concepto del sistema penal brasileño deriva del criterio biológico adoptado, lo cual es traducido objetivamente en la formación psicológica incompleta del individuo que todavía no ha cumplido los diezocho años de vida. Luego de un breve análisis del Estatuto de la Crianza y del Adolescente – ECA (Ley n. 8.069/90) considera que dicha ley ha asegurado a los individuos en esta condición peculiar de ser en evolución, los medios necesarios para el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad. Finaliza señalando el magisterio de notables juristas que entienden que la reducción de la mayoría penal, reclamada por sectores de la sociedad y por la prensa, no puede ser introducida en el ordenamiento legal brasileño por el hecho de que dicha garantía forma parte de las llamadas cláusulas pétreas de la Constitución, intangibles por el poder reformador del Congreso.

Palabras clave: Mayoría penal - Estatuto de la Crianza y del Adolescente - Cláusula petreas - Criterios biopsicológicos - Exclusión de culpabilidad - Relativamente incapaz.

Alessandra de La Vega Miranda

Advogada. Diretora cultural do Grupo Brasileiro da Sociedade Internacional de Direito Penal Militar e Direitos Humanitário. Professora da UPIS. Mestre em Direito Público pela UnB.

Art. 213 do Código Penal Brasileiro: proposta de mudança paradigmática

*Quase que ela engana a minha zoom
Seu pecado mais comum
Uma pinta nos lábios carnudos
E um par de seios fartos e desnudos
Uma maravilha de pequena
Carioca cena
Super vitamina pros reflexos
Tão complexos ambos os sexos
Tão quente que o sol se ressentente
Seus raios batem palmas para ela
Que acende um cigarro no corpo
Dá um close nela
Fêmea pra ninguém botar defeito
Exemplar perfeito
Um tesouro de mulher dourada
Com sua tanga que pra mim é nada
Esse inenarrável monumento
Numa dado momento
Faz a praia inteira levantar
Numa apoteose à beira-mar. Close,
ERASMO CARLOS*

1. Introdução: a inquietude do penalista do século XXI e o obsoletismo do Código Penal Brasileiro

O século XXI tem brindado o penalista com inquietante angústia, direcionada ao redimensionamento dos postulados ordenadores da dogmática jurídico-penal, principalmente no que diz respeito à teoria do crime, a partir da proposta de ruptura epistemológica na aparente “autonomia” do Direito Penal ¹.

Tal preocupação relaciona-se à fecunda discussão da dogmática jurídico-penal, sob o aspecto da interdisciplinariedade propiciada pela articulação daquele ramo epistemológico com a Criminologia, a Política Criminal, a Bioética e o Biodireito que finda por imprimir a necessidade de rediscussão em torno de alguns pressupostos específicos, para que a realidade em intensa transformação não encontre, no teor da norma, engessamento subsuntivo e, portanto, ausência de resposta aos problemas trazidos para o controle penal.

Aliás, dentro de um sentido de interpenetrabilidade de instâncias epistemológicas, Roxin vem esposar a assertiva de imiscuição de primados político-criminais na dogmática jurídico-penal:

(...) fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as conseqüências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (kriminalpolitische Zweckmäßigkeit) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que o estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação estado Social um estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito.(2002, p. 21)

Não é outro, por oportuno, o posicionamento de Zaffaroni, para quem:

(...) Entre política criminal e o saber penal medeiam relações recíprocas de projeção. Vimos a maneira pela qual a política criminal se projeta até o saber penal, enquanto proporciona o componente teleológico interpretativo. Mas não termina aí a vinculação entre os dois âmbitos. O saber penal também interpreta o seu objeto de conhecimento conforme uma ideologia que está necessariamente vinculada à política, pois suas interpretações tendem a traduzir-se em soluções para casos concretos, que são soluções estabelecidas por um poder do Estado, isto é, atos de governo ou, o que é o mesmo, atos de decisão política. O jurista que ignore essa característica iniludível de seu saber e pretenda atribuir a ele uma assep-

sia política, ao estilo de algumas correntes em voga nos anos 50, criará uma esplêndida ilusão de dolorosas conseqüências. O compromisso ideológico (político) do penalista é iniludível e se não quer comprometer-se, ainda assim está se comprometendo, como aquele faz prosa sem saber. (2002, p. 134)

Em idos de contemporaneidade, o purismo normativista de hermetismo sistêmico passa a ceder espaço para uma percepção conglobante do Direito Penal. Isso em termos de vinculação a outros ramos do conhecimento que irradiem influência na percepção do crime, como afirmado em linhas anteriores, da orientação político-criminal em face da modificação trazida por outras ciências, na determinação de novos horizontes, a exemplo da discussão sobre o que vem a ser “sexo feminino”.

Tal enfoque, necessariamente, aponta para a interpretação do que pode ser entendido como obsolescência interpretativa do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848/40), a necessitar de releitura em relação aos diversos dispositivos, sob pena de quedar discrepante das necessidades de adequação com novas situações jurídicas não açambarcadas pela realidade legislativa da época em que foi elaborado o estatuto repressivo.

O despontar de novos atores sociais como titulares de direitos aquece o debate da adequação do Direito Penal à exigibilidade de tutela de tais “novos” direitos, à luz da existência de regras, que não estariam no corpo do Código Penal *pari passu* com a necessidade de adequação de institutos garantidores dos direitos de seus titulares².

É o que se pode inferir, dentro da contextualização tomada, sobre transexuais³ transgenitalizadas⁴ que, se outrora, sequer tinham à sua disposição o recurso cirúrgico, hoje podem pleitear a alteração do registro civil do nome, para a adequação do “sexo” civil ao psíquico, numa inafastável demonstração de guarida da situação pelo Direito.

Basta lembrar de Roberta Close, a precursora da cirurgia de transgenitalização que, registrada civilmente como Luís Roberto Gambine Moreira, lutou contra o preconceito da sociedade brasileira, até obter autorização judicial para alteração de nome e identificação sexual.

Em 1989, na Inglaterra, fez cirurgia de redesignação sexual, passando, a seguir, para o pleito judicial de troca de nome e identificação, de modo a lograr êxito em 1992, quando conseguiu, na 8ª Vara de Família do Rio, autorização para trocar de documentos.

No auge de sua incessante luta, Roberta teve negada a mencionada autorização. Passou, nesse ínterim, por nove especialistas médicos e os laudos mostraram que ela possuía aspectos hormonais femininos, além da demonstração de adequação comportamental e psicológica ao sexo feminino.

Finalmente, em 10 de março de 2005, quinze anos depois de sua primeira tentativa legal, Roberta Close teve o direito de mudar o nome de Luís Roberto Gambine Moreira para Roberta Gambine Moreira⁵.

Casos como os de Roberta Close ampliam-se pelo País e, dentro desse enfoque, indaga-se: está a dogmática jurídico-penal preparada para a inserção de tais atrizes sociais no cenário de tutela e proteção a bens jurídicos condizentes com a opção de redesignação sexual feita pela pessoa interessada?

Supondo que, em caso hipotético, certa “moça” aqui identificada como Expedita, tenha na carteira o nome de Adolfo. “Ela” é recém-operada e ainda aguarda a manifestação da Justiça Civil para a alteração do nome. E, ao cair de uma tarde, foi violada em seu mais precioso bem, àquele momento, qual seja, a expressão de liberdade sexual, na autodeterminação para anuir, em permitir que seu corpo operado seja tocado por quem lhe aprouver.

Como se daria tal situação perante a ida da “moça” à delegacia de polícia, para a lavratura de boletim de ocorrência, tendo que se expor à execução pública e ao escárnio daqueles que não entendem a situação vivenciada?

Mais até, e, por ocasião da realização do exame de corpo de delito, quando os agentes policiais forem realizar a identificação da “moça”? E o juiz, quando fosse empreender à tipificação penal da conduta perpetrada em face do bem jurídico da nossa hipotética vítima?

Poderia o magistrado, em seu gabinete cheio de processos, tipificá-la perfeitamente no disposto no art. 214, posto que o atentado violento ao pudor é o tipo penal para tudo o que não diz respeito a conúbio pênis-vagínico, alguns comentam.

A solução traria ao magistrado, no auge do isolacionismo de sua torre de marfim, conforto na solução, mas permaneceria a dúvida: e o interesse da vítima em face do fato de sentir-se mulher? Não contaria como fator modificativo da necessidade de reavaliação da tipificação penal? Eis a indagação que, via de regra, poderia fazer com que tal artigo não tivesse a característica do ineditismo: a transgenitalizada pode ser vítima de estupro?

Tal pergunta já foi debatida fartamente nos meios acadêmicos em outros planos de discussão, insuficientes, contudo, para albergar tamanha complexidade e sutileza do tema, posto não se tratar de uma pergunta simplista sobre a viabilidade

de ou não de ser, uma transgenitalizada, vítima de estupro, mas, antes, de se perquirir nova metodologia de abordagem que viabilize a discussão do critério de definição do que vem a ser mulher. A partir daí, então, poderia ser possível responder a tal indagação, que seria consequência lógica do que restou definido aprioristicamente como mulher.

Eis a razão pela qual o presente artigo não tangencia diretamente a pergunta acima apresentada como marco orientador da hipótese, mas antes, centraliza como objeto de estudo o deslocamento interpretativo quanto à designação do elemento “mulher” para uma estrutura normativa e não objetiva do tipo penal.

2. Objeto do presente estudo: dimensionamento da proposta de mudança paradigmática

O presente artigo ousa adentrar o campo da definição dos postulados epistemológicos da definição de “mulher” (contido no art. 213 do Código Penal Brasileiro) e correlaciona tal enfoque a uma proposta de mudança paradigmática em sua classificação doutrinária, legal e jurisprudencial, de acordo com os critérios metodológicos até então reinantes, na teorização dos elementos constitutivos do tipo⁶ penal, o primeiro elemento constitutivo do crime dentro da dogmática jurídico-penal⁷.

Com efeito, para que a proposta de mudança paradigmática encontre abrigo, mister, em primeiro momento, definir o que vem a ser paradigma, para vislumbrar se a hipótese apresentada efetivamente constitui mudança paradigmática, autorizadora da pretensão de modificação interpretativa.

3. Mudança paradigmática: demarcação dos postulados de mutação

Nesse sentido, extrapolando o sentido atribuído por Ferreira (1980, p. 1255), para quem paradigma seria todo e qualquer modelo ou padrão, entende-se como mudança paradigmática a modificação na estrutura de legitimidade conferida por membros de determinada sociedade científica, na esteira de pensamento do maior precursor do verbete, Thomas S. Kuhn.

O cotejado físico relaciona a idéia de paradigma a duas características essenciais, tomadas, de um lado, pela capacidade que o novo parâmetro explicativo apresenta em aglutinar em torno de si, “grupos duradouros de partidários”, ao mesmo tempo em que o inovador padrão haveria de responder, com base nas idéias substitutivas, as aberturas outrora respondidas pelos antigos modelos, uma vez que:

O termo 'paradigma' aparece nas primeiras páginas do livro e sua forma de aparecimento é intrinsecamente circular. Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma. (1970, p. 43)

Ressalvada a tautologia que poderia advir de tal definição⁸, poder-se-ia afirmar constituir o paradigma uma unidade centralizadora de explicação teórica, partilhada pelos membros da comunidade científica, que passa a ocupar o espaço deixado pela percepção científica substituída, a exemplo das revoluções perpetradas, dentre outras, pelas propostas contidas na física clássica de Isaac Newton, bem como na relativista de Albert Einstein.

Assim expondo, um modelo passa a constituir paradigma quando vem coexistir com o modelo até então vigente, sendo tido como plausível, sob a perspectiva de legitimidade atribuída pelos membros da academia, que reputam viabilidade explicativa e descritiva para o padrão apresentado.

Não se trata, por outro lado, de mera superação do modelo científico anterior, tomando-o por imprestável, mas, antes, admitindo-se a diversidade explicativa para o mesmo objeto a ser analisado, num verdadeiro colorido de matizes interpretativas, enriquecedoras do debate científico e acadêmico, apanágio da inevitabilidade da morte de sistema interpretativo que não se renova em seus conceitos.

Dentro disso, a construção de um paradigma no âmbito da ciência do Direito Penal necessariamente encontra sustentáculo em teoria que possa lhe assegurar suporte lógico-explicativo, culminando, por fim, com a articulação da própria teoria em torno das situações que, em relação àquela, estariam submetidas, em situações históricas específicas, próximas a estado de revolução científica, segundo Kuhn (1970, p. 55).

Um novo paradigma no Direito Penal não representa, nesse sentido, fechamento interpretativo que não comporte oposição, pois a pretensão não é de apresentação de probabilidades, mas de possibilidades interpretativas, em clara distinção entre em superconhecimento e o reconhecimento de uma opção de parcela de conhecimento.

Em *A possibilidade de Matrix*, David Nixon traça a distinção entre possibilidade e probabilidade de conhecimento, por entender que esta diz respeito a um superconhecimento excludente da possibilidade de erro, enquanto aquela estaria relacionada ao conhecimento comum e fragmentado, admitindo, assim, a potencialidade de engano (p. 64-65).

Eis a pertinência na pretensão ventilada no artigo em apreço, que não desponta como paradigma dominante, calcado em superconhecimento do arcabouço jurídico-normativo penal, mas de uma proposta de releitura interpretativa de um *topos* específico dentro da teoria do crime.

Ou seja, o que aqui se dimensiona, longe de representar a iconoclastia do hermetismo doutrinário da mencionada torre de marfim, cinge-se à apresentação de uma possibilidade, dentre várias, de olhar para o elemento constitutivo “mulher” a partir de novo enfoque, que prestigie a adesão ao termo de novos atores sociais, nunca antes albergados como sujeitos de direitos, na esfera penal de proteção a bens jurídicos.

4. Art. 213 do Código Penal Brasileiro: o deslocamento interpretativo quanto à designação do elemento “mulher” para estrutura normativa e não objetiva do tipo penal

Transpondo a noção genérica acima esboçada para proposta de mudança paradigmática pertinente ao tema em discussão, encontra-se na superação da clássica compreensão de ser o elemento “mulher” contido no art. 213 do Código Penal Brasileiro o foco de mutação interpretativa, tomada como objeto de modificação paradigmática.

A apreciação analítica sobre o conceito de tipo penal leva em consideração a própria estrutura de incidência das normas que a teoria geral do Direito oferece, pois, o tipo penal nada mais é do que a expressão de um modelo descritivo de conduta, elencado em termos genéricos e abstratos, de modo a incidir quando o caso concreto, representado pela conduta, guarde encaixe ao comando da lei.

Assim sendo, o tipo penal, que tem na expressão do conteúdo da lei sua materialização, erige-se como definição preconstituída do paradigma adotado como modelo subsuntivo, em relação ao qual o substrato fático irá ser confrontado para, no caso de amoldamento e ulterior valoração no campo da antijuridicidade e culpabilidade, consolidar a incidência penal, ante o perfazimento dos pressupostos caracterizadores do conceito analítico de crime.

Com efeito, dentro da teoria do tipo estruturam-se, por sua vez, elementos constitutivos, classificados doutrinariamente em elementos objetivos, normativos e subjetivos. Os primeiros, direcionados ao conjunto dos caracteres do tipo, dispostos na letra da lei penal, confundindo-se com cada partícula essencial componente do tipo, a exemplo do tipo objetivo contido no tipo penal do art. 121: “matar alguém” (matar + alguém). Os últimos, designativos de um estado anímico do sujeito, no momento em que perpetra a conduta, subdivididos em dolo e culpa.

Os elementos normativos do tipo, por sua vez, relacionam-se às expressões presentes da redação do tipo que exigem, segundo Régis Prado, um juízo de valor para seu integral conhecimento (2000, p. 223) ou, como afirma Capez, são dotados de “juízo de valoração jurídica, social, cultural, histórica, política, religiosa, bem como de qualquer outro ramo do conhecimento humano” (2001, p. 143).

Em tal sentido, Zaffaroni observa a exigibilidade de o elemento normativo encerrar conceito que remete ou é sustentado por juízo valorativo, jurídico ou ético, transcendendo, pois, a objetividade da simples descrição contida no tipo inserto no artigo, tornando necessária, pois, a completude do alcance da definição a partir de uma “ética social” (2002, p. 444).

Assim sendo, o elemento normativo constitui expressão contida no tipo penal que designa necessariamente um juízo de valor a ser atribuído pelo operador do Direito, consoante a multiplicidade de enfoques de natureza meta-jurídica, coerentes com a exigibilidade que se faz em termos de hermenêutica penal, no que tange à abertura do tipo para ulteriores adequações.

Dentro disso, o elemento normativo consolidaria uma zona de elasticidade interpretativa, encetada para que o operador, aplicador, intérprete e o pensador do Direito possam ajustar o conteúdo da norma penal às modificações valorativas presentes em vários outros ramos do conhecimento e que permeiem e influenciem o crivo de valoração, seja em termos jurídicos, sociais, religiosos, históricos ou religiosos.

É o que acontece, por exemplo, como o elemento normativo “mulher honesta”, contido no revogado art. 219 do Código Penal. Sectarizando a expressão e focando o verbete “honestidade”, tem-se na plasticidade da definição do que vem a ser honestidade o ponto central de discussão sobre a valoração acima descrita, porquanto se trata de um crivo de avaliação suscetível ao juízo do intérprete e de duvidosa unanimidade com a significação.

Ou, ainda, tomando a expressão “ardil”, descrita no art. 171 do mesmo Código repressor, igual dimensionamento do que vem a ser entendido como tática ardilosa tendente à manipulação da vítima, na manifesta demonstração de abertura interpretativa conferida ao hermeneuta pelo legislador para eventuais ajustes na aplicação da lei penal.

No âmbito de tal enfoque, extrai-se a inserção epistemológica do entendimento doutrinário aqui encetado, na medida em que se proponha mudança paradigmática na classificação do elemento constitutivo “mulher”, que não mais comportaria, em seu alcance terminológico, a designação enquanto elemento obje-

tivo do tipo, ante a multiplicidade nos critérios definidores para o que vem a ser entendido como “mulher”, mormente ao se considerar sua vinculação à identificação de “sexo” e gênero.

Isso porque a expressão “mulher” tem sido cediça e doutrinariamente tida como elemento objetivo do tipo, sob a égide de não representar qualquer crivo de valoração quanto à definição, a exemplo do que afirma Zaffaroni, para quem:

Quando o art. 125 do CP refere-se à ‘mulher’, não se faz necessária qualquer valoração para que se precise o que é uma mulher, porque se trata de um conceito descritivo. O mesmo ocorre no art. 213 do CP. Todavia, quando o art. 215 refere-se à ‘mulher honesta’, apresenta-se um conceito que, obrigatoriamente, dever ser estabelecido com a ética social. (2002, p. 444)

O tipo contido no art. 213 do CPB (constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça) traz referência ao elemento “mulher” que, ao lado das expressões “conjunção carnal”, “violência” e “grave ameaça”, compõem a descrição apriorística em relação à qual a conduta irá ser contraposta, para fins de avaliação da tipicidade.

Segundo consta no verbete do Código Penal Comentado de Delmanto et alii, a “*pessoa a quem se constrange é mulher, de forma que a vítima deste crime somente pode ser do sexo feminino*” (2002, p. 459), opinião também corroborada por Bitencourt em seu código comentado (2002, p. 839). Inequívoca, pois, a menção feita por eles, bem como por toda doutrina penal, acerca da definição de “sexo feminino” em relação à genitália.

Aliás, é essa a advertência feita por Diaulas, em artigo titulado *O crime de estupro e o transexual*:

Logo, se para o Direito, para os tribunais, Roberta é um homem, para o mesmo Direito e para os mesmos tribunais Roberta não pode ser vítima de estupro, que exige uma mulher nessa condição. Se os tribunais insistem que ela é Luís, não poderão conceber estupro contra homem. Por outro lado, não poderá ser vítima de atentado violento ao pudor porque esse crime exige que a violência sexual não seja pêni-vaginal. E vagina Roberta tem. É, na conclusão dos tribunais, um homem com vagina, o que dá a idéia do nosso sistema jurídico⁹.

Tal enfoque acima descrito pelo promotor e professor finda por desprestigiar, no campo da interdisciplinariedade, outros critérios definidores de “sexo”, a exemplo do que vem a ser dimensionado em termos de sexo genético, gonádico, somático, legal ou civil, de criação, psicossocial etc, para que possa, por exemplo, ser trazida para a proteção penal a tutela da liberdade sexual de uma transgenitalizada.

Assim, a dogmática penal, sozinha, quedaria inábil a traçar critérios que facilitem a discussão e satisfaçam, de fato, a exigibilidade de exaurimento de uma definição para o verbete, acarretando, por via de resultado, latente inadequação da estrutura jurídico-positiva penal às cambiantes transformações experimentadas pela inserção de novos atores no cenário de demandas de interesses a serem protegidos pelo Direito.

E, dentro disso, como sempre debatido na academia, um sistema obsoleto e estático representa o apanágio de seu fim, posto que coletividade pulsátil demanda novas propostas e respostas para os problemas que são trazidos ao sistema.

Em termos de tipificação penal, a violência a uma transgenitalizada pode ser atualmente conferida pelo art. 214, que faz menção ao tipo de atentando violento ao pudor (constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal), tipificação que não levaria em conta a tutela penal exigível para atender aos interesses de satisfação da vítima, na plenitude do “sentir-se mulher” (o que é ser mulher?).

Isso porque, se a transgenitalizada já teve seu nome e o “sexo” civil ou legal modificados, tal situação originou-se do fato de sentir-se identificada com o feminino, sendo, pois, incompatível com sua situação reconhecida em outros ramos do Direito que se mantenha tipificação penal incompatível com a tutela conferida outrora, ao mesmo tempo em que se estaria negando, por via oblíqua, o reconhecimento penal ao *status* jurídico modificado em virtude do reconhecimento, por parte do Direito Civil, da necessidade de tutela desses novos atores sociais.

Ora, aparentemente poder-se-ia aduzir não existir plausibilidade¹⁰ na modificação típica do art. 214 para o 213, pois, afinal, as sanções são exatamente as mesmas, qual seja, reclusão, de 6 a 10 anos. Então, dentro de tal perspectiva, qual a vantagem em experimentar a mudança?

5. Possíveis conseqüências ante o deslocamento interpretativo quanto à designação do elemento “mulher” para uma estrutura normativa

Sob o ponto de vista, contudo, da tutela de direitos subjetivos dos novos atores sociais, tal modificação representaria grande passo no coroamento do ajuste do Direito Penal às modificações no cenário jurídico, conferindo, por resultado,

à vítima (transgenitalizada) da violência sexual sentimento de satisfatividade e por que não dizer, de inevitabilidade de futuros constrangimentos, por ocasião da revelação de seu “sexo” reconhecido. Isso, sem mencionar o equacionamento do postulado de dignidade, contido constitucionalmente a abranger a exigibilidade de tratamento a todos os indivíduos da República Federativa do Brasil.

E mais, sem mencionar que, em termos de Política Criminal, o deslocamento do elemento em questão acarretaria maior equanimidade na distribuição seletiva de criminalização secundária. Se não houve ajuste, por parte de um primeiro mecanismo de produção das normas criminalizadoras (criminalização primária), o próprio sistema encarregar-se-ia de corrigir tal lacuna.

Sem mencionar a modificação no pensamento jurídico-normativo, bem como na percepção e nos valores ordenadores da dogmática jurídico-penal, contrapondo-se a tudo, restou estruturado, em termos de dogma, ante a necessidade cambiante de adequação do Direito Penal, aos novos atores sociais.

Transpondo para o artigo proposto, tem-se, de um lado, a exclusão do transgenitalizada da tutela conferida pelo art. 213, ante a definição de mulher tomada pela incompletude, coexistindo com a realidade inovadora que é, inclusive, albergada pelo Direito, na medida em que a transgenitalização, bem como a alteração de nome e “sexo” civil já são efetuadas com o reconhecimento judicial.

À guisa de consideração final, portanto, o novo paradigma estaria aqui dimensionado na plausibilidade de inovação doutrinária no conceito de elemento constitutivo do tipo penal, migrando a expressão “mulher” para a classificação como elemento normativo do tipo, na medida em que se ampliem os critérios de definição de sexo ou, ainda, seja abrangido critério de definição de sexo e gênero, sob a égide da discussão interdisciplinar, envolvendo o debate conjugado da dogmática penal, Criminologia, Política Criminal e do Biodireito.

Notas

¹ Não obstante não olvidarmos dos posicionamentos contrários, que entendem ser o objeto da ciência do Direito Penal a lei positiva jurídico-penal, sem imiscuição de outros ramos do conhecimento, a exemplo da Criminologia e da política criminal.

² Nesse ponto, como necessário foco de avaliação da dogmática a interdisciplinariedade, o que corrobora, ao final, para transcender o estudo proposto o aspecto meramente jurídico-positivo, adentrando nas inferências político-criminais projetadas à luz de uma percepção criminológica.

³ Importante ressaltar que o transexualismo encontra-se “catalogado” no Cadastro Internacional de Doença (CID), no tópico F64, que o define como “desejo de viver e ser aceito como pessoa do sexo

oposto. Esse desejo acompanha em geral um sentimento de mal estar ou inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado.”

⁴ A transgenitalizada submete-se à cirurgia efetuada sobre as gônadas e caracteres sexuais secundários, adequando o “sexo” morfológico ao psíquico.

⁵ << http://pt.wikipedia.org/wiki/Roberta_Close>>. Acesso em 1º de março de 2007.

⁶ Entende-se por tipo penal descrição concreta de uma conduta entendida como sendo proibida, ou, como entende Assis Toledo: “um modelo abstrato de comportamento proibido”, caracterizado como “descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica” (1994, p. 126).

⁷ Lembrando que, para a incidência da sanção, necessária a integralização da fórmula C = conduta típica + antijurídica + culpável, sendo imprescindível analisar cada pressuposto elementar para se alcançar a completude do denominado conceito analítico de crime.

⁸ Essa tautologia encerra em si proposição dialética, auto-sustentável em suas bases, uma vez que a existência do paradigma apóia a *opinio doctorum* na fundamentação de determinada teoria, sendo, outrossim, construído ele mesmo modelo científico, na medida em que a comunidade desenvolvesse outros métodos de apreciação fenomenológica.

⁹ << http://www.diaulas.com.br/artigos/o_crime_de_estupro_transex.asp>>. Acesso em 1º de março de 2007.

¹⁰ E, dentro de tal sentido, a proposta aqui seria apenas debate infecundo, de natureza meramente terminológica.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELMANTO, Celso et alli. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERREIRA, Aurélio. *Dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Editora fronteira, 1980.

KUHN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*. 8ª ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003.

NIXON, David. *A possibilidade de Matrix*. In: IRWIN, William (org.). *Matrix: bem-vindo ao deserto do real*. São Paulo: Madras, 2003.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIBEIRO, Diaulas. *O crime de estupro e o transexual*. Disponível em << http://www.diaulas.com.br/artigos/o_crime_de_estupro_transex.asp>> . Acesso em 01 de março de 2007.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Grecco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Resumo

Trata o presente artigo de proposta de mudança paradigmática quanto ao deslocamento interpretativo em relação à designação do elemento “mulher” para uma estrutura normativa, e não objetiva, do tipo penal. Para tanto, serão empreendidos estudos identificadores do que vem essencialmente ser uma mudança de paradigma, aliados à análise do tipo penal contido no art. 213 do Código Penal Brasileiro.

Palavras chave: Mudança paradigmática - Art. 213 Código Penal – Mulher – Elemento normativo – Elemento objetivo – Transgenitalizadas.

Abstract

The present article analyses a proposal of paradigmatic change as to the interpretation of the designation of the gender element “woman” to a normative structure – and not an objective one - of penal typology. In order to do that, the text discusses what a paradigmatic change is and analyses the penal typology found in Art. 213 of the Brazilian Criminal/Penal Code.

Key words: Paradigmatic change – Woman - Normative element - Objective element - Transgenitalized

Resumen

El presente texto analiza propuesta de cambio paradigmático y desplazamiento interpretativo en relación a la designación del elemento mujer” hacia una estructura normativa y no objetiva del tipo penal. Para tanto, el texto discute lo que sea esencialmente un cambio de paradigma, además de analizar el tipo penal presente en el art. 213 del Código Penal Brasileiro.

Palavras clave: Cambio paradigmático – Mujer - Elemento normativo - Elemento objetivo - Transgenitalizadas.

Marília Montenegro Silva

Acadêmica de Direito pela Faculdade UPIS – Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

Tallita Favilla de Oliveira

Acadêmica de Direito pela Faculdade UPIS – Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

Princípio da busca da verdade real no Processo Civil

1. Introdução

O complexo de normas que forma o Direito Processual demonstra que o processo em si tem por escopo indicar um método para a formação ou para a aplicação do direito material. Como objetivo maior, tem o processo a finalidade de regular o conflito de interesses, garantindo igualdade de condições para os litigantes; e, a partir do resultado, “a paz”, acompanhada dos requisitos de “justiça e certeza”. A justiça deve ser sua qualidade interior ou substancial e, a certeza, sua qualidade exterior ou formal.¹

O processo jurídico apresenta dois princípios que, apesar de aparentemente opostos, se complementam. São eles o princípio da verdade formal e o princípio da verdade real ou material. À primeira vista, pode parecer que um exclui o outro, mas, na realidade, se completam, uma vez que o fim último do processo é a solução da lide da maneira mais justa possível, necessitando tanto da verdade formal como da material. Para que se possa alcançar tal fim, necessário é conhecer-se o fato como realmente ocorreu. Uma vez agindo de boa-fé ambas as partes, na busca de provas e na legítima solução da lide, procurando esclarecer os fatos, juízos, acertos e erros de cada qual para solucionar o caso, estar-se-á, por meio dessas provas, indo ao encontro da verdade material. Portanto, a busca da verdade formal traz como consequência a própria verdade real.

Importante é a interpretação do que se objetiva com o princípio da busca da verdade formal. Se nos ativermos à idéia pura e simples de que a verdade formal tem seu fim último na verdade contida nos autos e não analisarmos sua origem histórica, para vermos que a verdade formal era um meio encontrado para se chegar à verdade real, iremos incorrer no erro de que o processo deve ser julgado apenas pelo que está nos autos, não cabendo ao juiz fazer qualquer tipo de valoração, atendo-se apenas ao discriminado no processo.

2. Origem

Quanto à origem do princípio da busca da verdade no processo, é interessante observar a lição de Michel Foucault, no sentido de que sua apuração não existia no processo do direito grego arcaico, no qual preponderava a força e o poder; da mesma forma, também não se observava no direito germânico, calcado em lide caracterizada por atos de vingança, decidida pela força ou transação econômica.²

A busca da verdade remonta ao século XVIII, período do Iluminismo, quando temos a propagação do chamado poder da razão em ordenar o mundo, em que a lógica formal passa a ser tratada como instrumento de apreensão do real pelos operadores do direito, preponderando a lógica da razão sobre os antigos dogmas. A partir desse momento, procurou-se a veracidade dos fatos por meio da verdade formal, trazida pelas partes ao processo, o que caracteriza o princípio dispositivo. Cintra, Grinover e Dinamarco comentam sobre tal circunstância:

*Tem dito a doutrina que o mais sólido fundamento do princípio dispositivo parece ser a necessidade de salvaguardar a imparcialidade do juiz. O princípio é de inegável sentido liberal, porque a cada um dos sujeitos envolvidos no conflito sub judice é que deve caber o primeiro e mais relevante juízo sobre a conveniência ou inconveniência de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Acrescer excessivamente os poderes do juiz significaria em última análise atenuar a distinção entre processo dispositivo e processo inquisitivo.*³

3. Busca da verdade e solução justa da lide

O processo moderno reclama atividade mais presente e intensa do juiz, pois uma sociedade que espera justiça não pode contentar-se com a simples busca da verdade formal. O processo jurídico tem hoje finalidade de caráter público e consiste em garantir a efetividade integral do direito. Desse modo, o processo deixou de ser entendido como simples instrumento de produção jurídica, para ser compreendido como forma de realização do direito material, funcionando como um instrumento na busca da verdade real, com as provas necessárias para o exercício de direito que, efetivamente, a parte vê como seu no caso concreto.

Interessante observar que esse princípio - *busca da verdade real* – vige há muito tempo no processo penal, em que não bastam apenas as provas oferecidas

pelas partes para solucionar o conflito, pois a sociedade necessita, acima de tudo, da apuração do ocorrido, para segurança jurídica e certeza de punição aos atos ilícitos praticados e, assim, tranqüilidade à própria sociedade.

Com o passar do tempo, tal princípio foi-se arraigando pelo processo civil e hoje é muito aplicado nesse ramo do direito.

O processo visa à solução da lide de forma justa e coerente e, portanto, urge trazer-se aos autos a verdade dos fatos, não apenas a formal apontada nos autos pelas partes, mas a real, para que se possa julgar com sabedoria e justiça o caso concreto.

4. Direito e busca da verdade real

Essa linha de pensamento surgiu sem necessidade de alteração de ordem legislativa, uma vez que a própria definição de Direito, por meio da hermenêutica jurídica, autoriza a busca da verdade real, haja vista que o direito é tido como objeto de uma ciência. E como toda ciência segue na constante busca da verdade, ocorreu, no Direito Processual Civil, mudança de paradigma. Com base nesse raciocínio, o julgador civilista consciente deixou de satisfazer-se, apenas, com a verdade formal dos autos.

No intuito de relembrar a natureza do direito como objeto de uma ciência, convém destacar duas objetivas passagens da obra de Reis Friede:

O Direito é estudado e descrito; é, assim, tomado como objeto de uma ciência, a chamada Ciência do Direito. ⁴

*Muito embora expressiva parcela de estudiosos do Direito comumente utilize como sinônimas as expressões Ciência Jurídica e Ciência do Direito, a verdade é que mais correta é a última designação, considerando que o Direito não se limita a um conteúdo meramente jurídico, permitindo, ao contrário, ilações ou interferências no mundo metajurídico. (grifos nossos)*⁵

5. Publicização do Direito e busca da verdade real

Levando em consideração o ordenamento jurídico como um todo, observa-se que o objetivo maior do processo é regular conflito de interesses, não só resolvendo o problema das partes, mas garantindo a paz social, essa acompanhada dos

requisitos de justiça e certeza. Com a publicização do processo atual, o juiz deixa de ser mero espectador da lide e passa a ter postura mais contundente na solução justa do litígio levado ao Judiciário. A esse respeito, comenta Echandia:

Há muitos anos a doutrina universal arquivou esta concepção privativista do processo e a substituiu pela publicista; que vê no processo civil o exercício da jurisdição do Estado, tão importante e de tão profundo interesse público como no processo penal; e igualmente assinala um fim de interesse público ou geral.⁶

Assim, necessário é que o juiz, além de poder adquirir provas *ex officio*, procure trabalhar não só com as alegações das partes, mas se esforce na busca da verdade, utilizando-se dos meios que julgar necessários para obtenção de material fático mais amplo e rico do que aquele apontado pelas partes no momento da constituição da relação processual.

Segundo Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco:

Diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer “ex-officio” de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc.⁷

Para Chiovenda, o problema probatório do processo reside no confronto entre o que o juiz afirma e o que poderia afirmar, ou seja, muitas vezes, o que se conhece no processo não é tão verdadeiro quanto o que se poderia conhecer.⁸

A questão guarda controvérsia na doutrina. Moacyr Amaral Santos adverte que:

Ao juiz somente será lícito determinar, de ofício, diligências instrutórias naqueles casos em que se encontrar em dificuldade na formação de sua convicção quanto à verdade dos fatos cuja prova tenha sido dada pelas partes interessadas. O alargamento desmedido dos poderes do juiz, no campo da colheita da prova, ofende o princípio da igualdade das partes e poderá até mesmo quebrar a imparcialidade com que deve exercer as suas funções jurisdicionais⁹.

O Código de Processo Civil, em seu art. 2º, dispõe que “*nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado o requerer, nos casos e formas legais*”. Insculpido em tal artigo, portanto, encontra-se o princípio dispositivo, do qual se extrai que não cabe ao juiz determinar, de ofício, provas e diligências, sem o requerimento das partes. Todavia, esse princípio, mesmo que expresso no CPC, não é absoluto, sobretudo quando a questão a ser dirimida envolver direito indisponível; devendo-se ter em conta ser a Justiça algo dinâmico, cuja finalidade é atender, da melhor forma possível, uma sociedade em constante mudança, tentando acompanhar e solucionar suas necessidades.

6. Sistemas probatórios

Pelo *sistema da prova legal ou sistema do tarifamento das provas*, adotado inicialmente, o juiz apenas declarava o resultado, observando as provas constantes dos autos, pois todas já tinham valor prefixado, não cabendo ao magistrado fazer nenhuma análise valorativa. Era julgamento extremamente objetivo, sem a possibilidade de o juiz buscar qualquer valor que não constasse dos autos. Conforme Moacyr Amaral Santos:

Cada prova tinha valor inalterável e constante, previsto em lei, e, por isso, ao juiz, não era lícito apreciá-la senão na conformidade da eficácia que a lei lhe atribuía.

Dá-se nesse sistema aquilo a que LESSONA, GUSMÃO e outros chamam de tarifamento das provas, uma vez que cada uma tem como que tabelado o seu valor, do qual não há fugir, tornando-se assim o juiz órgão passivo, incumbido apenas, verificado o valor atribuído pela lei a cada prova, de reconhecê-lo na sentença, sem que lhe caiba apreciar a prova na conformidade da eficácia que tem na formação de sua convicção.¹⁰

Diametralmente oposto a esse sistema, há o denominado *sistema do livre convencimento*, no qual o juiz poderá atribuir à prova o valor que julgar devido, pois detém a liberdade para indagar sobre a verdade e apreciar as provas da maneira que acreditar mais adequada, não estando preso a qualquer norma de valoração de provas, e julgando conforme sua livre convicção. Este é o sistema adotado pelo julgamento no Tribunal do Júri, no ordenamento brasileiro.

Echandia comenta sobre esse sistema:

Bien entendido el sistema de la libre apreciación por el juez no presenta inconvenientes ni peligros que sean ajenos al de la tarifa legal, y en cambio, evita los que son inseparables de este; por ello somos decididos partidários de implantarlo em todos los códigos de procedimiento civil y com mayor razón em los laborales, contencioso-administrativos, fiscales, de aduanas y, obviamente, em los de procedimiento penal común o militar.¹¹

Ainda quanto a este sistema, embasado no princípio do livre convencimento do juiz, se posicionam os mestres Dinamarco, Grinover e Cintra:

... a determinação de que todo processo deve ser pautado pelo princípio dispositivo não pode mais ser considerada de maneira absoluta, devendo o juiz participar efetivamente do processo, uma vez que é dele o ônus de prestar a tutela jurisdicional. Nesse caso, poderá o magistrado buscar elementos ao seu livre convencimento, segundo a concepção dos três processualistas citados, o que não significa abuso na formação de seu convencimento¹².

Deve-se levar em conta que, apesar de o juiz julgar de acordo com seu livre convencimento, não lhe é autorizado um juízo arbitrário, pois não pode dispensar regras legais quanto à forma e à prova dos atos jurídicos, e suas decisões devem ser sempre motivadas. Por isso, fala-se que o ordenamento jurídico tende a uma outra espécie de sistema probatório, qual seja, o *sistema da persuasão racional ou sistema do convencimento racional*. Sobre tal sistema comenta Moacyr Amaral Santos:

Conforme esse sistema, o juiz, não obstante apreciar as provas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das pro-

*vas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a vis provandi destas; a convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, e sim condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica jurídica, a regras de experiência, tanto que o juiz deve mencionar os motivos que a formaram.*¹³

O Código de Processo Civil dispõe, nos artigos 130 e 131, que:

Art. 130 - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Apesar de prevista na lei de ritos a possibilidade de o juiz determinar provas necessárias à instrução do processo, mesmo que a parte não requeira, e apreciá-las livremente, atento aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; a busca pela verdade real ainda não é aceita por grande parte dos magistrados, que dão preferência à simples busca da verdade formal, atendo-se ao que está nos autos, apresentado pelas partes, não buscando o que realmente ocorreu no caso concreto.

Inobstante as limitações para se reconstruir fatos passados, o discurso judicial não pode alimentar a esperança de obtenção da verdade absoluta, livre de vícios ou imperfeições, mas deve buscá-la e tentar, ao máximo, aproximar-se da verdade real, pois só assim se conseguirá julgamento mais justo. É importante observar que aquilo que se busca no processo é a *justa solução da lide*.

7. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A busca da verdade real nos processos judiciais cíveis é questão jurídica de relevo e que tem merecido o exame e pronunciamento por parte do Superior Tribunal de Justiça, sustentando essa nova tendência em substituição ao conformismo com a verdade formal.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ. PERÍCIA DETERMINADA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMANDA. PRECEDENTES.

- Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC.

- A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.

- Agravo no recurso especial improvido.¹⁴

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA TESTEMUNHAL PRECÁRIA. PROVA GENÉTICA. DNA. NATUREZA DA DEMANDA. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA PARA O JUIZ. PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 130, CPC. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

I – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.

II – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória.

III – Pelo nosso sistema jurídico, é perfeitamente possível a produção de prova em instância recursal ordinária.

IV – No campo probatório, a grande evolução jurídica em nosso século continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real.

V – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir, posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

VI – Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica desprezar a produção da prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz.¹⁵

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. LAUDO DE EXAME DE DNA QUE EXCLUI A PATERNIDADE DO RECORRENTE. EXAME CONCLUÍDO APÓS A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. RESULTADO QUE DEVE SER CONSIDERADO, A DESPEITO DE JÁ ENCERRADA A FASE PROBATÓRIA. BUSCA DA VERDADE REAL.

I. A jurisprudência desta Corte orientou-se no sentido de que o magistrado deve perseguir, especialmente nas ações que tenham por objeto direito indisponível, como nas ações de estado, o estabelecimento da verdade real.

II. Diante disso, deve ser considerado o laudo de exame de DNA que exclui a paternidade do recorrente, a despeito de ter sido produzido apenas após a interposição do recurso especial, quando já encerrada, portanto, a fase probatória.

III. De outro lado, demonstrou-se ter o requerente sido reconhecido pelo pai, o que gerou, inclusive, alteração nos seus registros de nascimento. Não há se falar, assim, em prejuízos para o menor.

IV. Processo julgado extinto (CPC, art. 267, VI), prejudicado o recurso especial.¹⁶

A preocupação com a verdade real ganhou tamanha importância, a ponto de mitigar os efeitos da regra clássica da revelia. Destacou o STJ que, mesmo essa hipótese, “não dispensa o necessário tempero para evitar que se agrida o princípio da busca da verdade real ‘em nome da mais frágil e da menos aceitável das verdades formais – a que se constrói unilateralmente, máxime quando incontroversa a disposição do réu de defender-se, como ensina JJ Calmon de Passos’.¹⁷

Em outro precedente, consignou o Superior Tribunal de Justiça:

antes do compromisso com a lei, o magistrado tem um compromisso com a Justiça e com o alcance da função social do processo para que este não se torne um instrumento de restrita observância da forma se distanciando da necessária busca pela verdade real, coibindo-se o excessivo formalismo.¹⁸

Da análise dos julgados do STJ sobre a questão, observa-se prevalecer o entendimento de que:

*o Código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual, em sua formulação inicial, o juiz deveria julgar segundo o alegado pelas partes (...). Mas o abandonou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicização do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real.*¹⁹

8. Conclusão

Do exposto, vê-se que o problema enfrentado nos processos judiciais cíveis, na procura de solução justa para o conflito apresentado ao Poder Judiciário, sempre existiu. Contudo, após um período de tentativas para solucionar tais dissídios com base estritamente no que apresentado pelas partes e contido nos autos, pelo princípio dispositivo, chegou-se à conclusão de que essa postura não atendia, plenamente, à expectativa de solução mais justa da lide e, conseqüente, apaziguamento dos conflitos.

A sociedade atual, embasada nos ideais surgidos com a Revolução Industrial, pugna por uma Justiça mais dinâmica, em que o juiz esteja inserido de maneira mais atuante no processo e que a busca da verdade real seja o principal objetivo deste para a solução justa da lide. Acredita-se que, procurando entender o que realmente aconteceu, o juiz poderá fundamentar com mais certeza sua decisão e dificultar atitudes das partes que tentem alterar a verdade dos fatos. Assim, a moderna doutrina de direito processual civil aventa o princípio da busca da verdade real como possibilidade de solucionar o que é apresentado ao Judiciário, de modo a satisfazer o anseio da parte que clama por Justiça.

Notas

¹ MARTOS, José Antonio de Faria. “A verdade como fim do processo”. In: *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Vol. II, São Paulo, 1996, p. 66.

² FOUCALT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Nau, 2001, p. 53.

³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 63.

⁴ FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 13.

⁵ FRIEDE, Reis, *op. cit.*, p. 38.

⁶ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la puebra judicial*. 2v., 5 ed., Buenos Aires: Victor P. Zavália, 1974, p. 81.

⁷ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *op. cit.*, p. 81.

⁸ CHIOVENDA, Giusepe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 3t, 2002, p.93.

⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v.2, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p.77.

¹⁰ SANTOS, Moacir Amaral, *op. cit.*, p. 378.

¹¹ ECHANDIA, Hernando Devis, *op. cit.*, p. 107.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 66-7.

¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 380.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no RESP 738.576/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 12.09.2005, p. 330.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RESP 192.681/PR, 4ª Turma, Rel. Ministro Sálvio Teixeira, DJU de 24.03.2003, p. 223.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RESP 348.007/GO, 4ª Turma, Rel. Ministro Sálvio Teixeira, DJU de 01.08.2005, p. 437.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RESP 73.777/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Menezes Direito, DJU de 30.06.1997, p. 31023.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RESP 331.550/RS, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJU de 25.03.2002, p. 278.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RESP 178.189/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Sálvio Teixeira, DJU de 07.04.2003, p. 289.

Referências Bibliográficas

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CHIOVENDA, Giusepe. *Instituições de direito processual civil*. 3t, São Paulo: Saraiva, 2002.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la puebra judicial*. 5ª ed., Buenos Aires: Victor P. Zavália, 1974.

FOUCALT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nau, 2001.

FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

MARTOS, José Antonio de Faria. A verdade como fim do processo. In: *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Vol. II, São Paulo, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. V. 2, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

Agravo Regimental no Recurso Especial nº 738.576/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 12.09.2005, p. 330.

Recurso Especial nº 192.681/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio Teixeira, DJU de 24.03.2003, p. 223.

Recurso Especial nº 348.007/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio Teixeira, DJU de 01.08.2005, p. 437.

Recurso Especial nº 73.777/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJU de 30.06.1997, p. 31023.

Recurso Especial nº 331.550/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 25.03.2002, p. 278.

Recurso Especial nº 178.189/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio Teixeira, DJU de 07.04.2003, p. 289.

Resumo

Este trabalho trata da aplicabilidade do princípio da busca da verdade real no processo civil. Atualmente, tem-se observado que o papel do juiz não se adstringe a ser mero espectador do conflito judicial, assumindo uma posição ativa; mantendo, contudo, sua imparcialidade. Essa nova tendência de comportamento tem fundamento na busca da verdade real, pois o que se persegue no processo judicial é a solução justa da lide, e não apenas uma simples solução do conflito. Deve-se aspirar à Justiça, e esta só é possível tendo-se o conhecimento do fato como realmente ocorreu, sem alteração em sua essência. Assim, cabe ao julgador apurar a verdade do fato e não apenas se ater ao que apontado pelas partes, pois muitas vezes estas tendem a alterar a verdade dos fatos para se beneficiarem no momento da argumentação, objetivando a vitória individual do conflito e não necessariamente a solução mais justa. Levando em consideração tais fatos, foi feita uma análise do princípio da busca da verdade real desde sua origem até os

dias atuais, e como tal princípio se imiscuiu no processo civil, tornando-se uma de suas premissas.

Palavras chave: Busca – Princípio - Verdade real - Verdade formal - Processo civil.

Abstract

The text deals with the applicability of the principle of the quest for real verity in civil action. At the present, it is observed that the role of a judge is not restricted to that of a passive spectator of the judicial conflict; he takes more active stances while keeping impartiality. This new pattern of behavior is grounded in the search for real verity, as what is intended in civil action is the solution of the *lide* and not only a simple solution to a conflict. Justice must be sought and it will only be accomplished through an effective awareness of the fact as it actually happened, with no substantial change in its core. Therefore, it is up for the judge search for the truth and not only consider what is sustained by each party, since they are prone to changing the truth to benefit themselves at the hearings, thus aiming at an individual victory and not necessarily at fairness. Taking these facts into account, the text analyses the principle of the quest for real verity, from its origins to the present and of how such principle merged itself with civil action, becoming one of its underpinnings.

Key words: Search (quest) – Principle - Real verity - Formal verity - Civil action.

Resumen

El texto trata de la aplicabilidad del principio de la búsqueda de la verdad real en el proceso civil. En el presente, observase que el rol de juez no se restringe al de espectador pasivo del conflicto judicial, asumiendo una posición activa, sin perder su imparcialidad. Esta nueva tendencia de comportamiento tiene fundamentos en la búsqueda de la verdad real, una vez que la búsqueda en el proceso civil es por la solución justa de la *lide* y do solo por una simples solución del conflicto. Es necesario aspirar a la justicia, y esta solo es posible con el conocimiento del hecho como ocurrido, sin alteración en su esencia. Así, cabe al juez procurar la verdad de los hechos y no solamente considerar lo que es

sostenido por las partes, una vez que las mismas tienden a cambiar la verdad de los hechos para propio beneficio en el momento de la argumentación, persiguiendo una victoria individual en el conflicto y no necesariamente la solución más justa. Al considerar estos elementos, se hace un análisis del principio de la búsqueda de la verdad real, de sus orígenes al presente, y de como dicho principio se funde al proceso civil, volviéndose una de sus importantes premisas.

Palavras clave: Búsqueda – Principio - Verdad real - Verdad formal - Proceso civil.

Neide Aparecida Ribeiro

Advogada. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Goiás. Professora da UCG e da UPIS.

O veredicto do Tribunal do Júri calcado unicamente em provas do inquérito policial

1. Introdução

De modo irremediável, a ausência de prova jurisdicionalizada fere o princípio do contraditório, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Nesse caso, impõe-se a cassação do veredicto proferido pelo Conselho de Sentença, quando tenha por fundamento unicamente provas colhidas durante o inquérito policial, contrário à prova dos autos, devendo o Tribunal determinar que a outro julgamento seja submetido o acusado, nos termos do art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal.

Considerando aludida cassação, sendo realizado outro julgamento, com posterior condenação, e nos mesmos termos anteriores (prova exclusiva do inquérito policial), por reiterado ferimento a preceito constitucional, art. 5º, LV, não se aplicará o óbice do art. 593, § 3º *in fine*, do Código de Processo Penal, para o conhecimento de nova apelação, fulcrada no art. 593, inciso III, letra “d”, da lei processual penal adjetiva.

Para nortear o tema, faz-se necessária interpretação sistemática dos conceitos e significados a respeito do princípio constitucional da soberania das decisões do Tribunal do Júri.

A instituição do júri é um colégio formado de pessoas comuns do povo, de um lado, e de outro, presidida por um juiz togado. Em outras palavras, é um órgão misto, composto de juízes de fato e de juiz de direito, onde os jurados se pronunciavam sobre o fato (crime e respectiva autoria) e o juiz aplica o direito (fixa a dosagem da pena).

2. A instituição do júri

Júri, vem de *jurare*, fazer juramento, sendo a designação dada à instituição jurídica formada por homens de bem, que têm a atribuição e o dever de julgar acerca dos fatos, levados a seu conhecimento (Silva, 1987, p. 25).

O júri tem origem mítica, porque o juramento na verdade é a invocação de Deus por testemunha, tendo como crença a consciência pura e divina de que, doze homens reunidos, a verdade estaria presente entre eles (Mirabete, 2006, p. 508).

Explica o renomado autor que o berço do júri foi a Inglaterra, em 1215, com surgimento na França, na Revolução Francesa em 1789, tendo, a partir daí, se espalhado por vários países.

No Brasil, foi instituído por lei, em 13 de junho de 1822, para julgar os crimes de imprensa. Na Constituição de 1824, o júri era parte do Poder Judiciário, tendo previsão nos arts. 151 e 152, e competência para julgar tanto questões cíveis quanto criminais. Em 1891, o júri foi mantido com o advento do regime republicano; dessa vez como garantia e/ou direito individual. Em 1934, a Constituição insere o júri como órgão do Poder Judiciário.

A Constituição de 1937 não previu sobre a instituição do júri, não fazendo nenhuma referência a respeito, sendo necessário a formação de uma comissão para elaborar o Decreto-Lei n.º 167, de janeiro de 1938, que regulamentou o júri, com a ressalva de que as decisões podiam ser revistas, no caso de prova contrária aos autos.

Com o restabelecimento da unidade processual e a entrada em vigor em janeiro de 1942, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, previu de forma expressa o júri.

Na Constituição de 1946, art. 141, § 28, o júri voltou ao Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, com a garantia da soberania dos veredictos. Em 23 de fevereiro de 1948, o Código de Processo Penal foi reformado, sofrendo alterações nos arts. 74, 78, 492, 593 e 596. A Constituição de 1967 manteve a soberania do júri no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais e a competência exclusiva para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Todavia, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, foi dada nova redação à Constituição, no art. 153, § 18, com exclusão da soberania do júri.

A instituição do júri, prevista na Constituição Federal de 1988, foi eligida a garantia constitucional, competindo a ele o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, função que o legitima segundo o art. 5.º, inciso XXXVIII, *in verbis*:

É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Tourinho Filho afirma, com precisão, que, devido à sua posição topográfica no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, se trata de mais um direito para tutelar a liberdade (Tourinho Filho, 2002, p. 600).

Assim, faz-se necessário compreender o que seja o veredicto do júri; torna-se imprescindível a compreensão da palavra soberania. Soberania vem de *superanus*, e este de super, que advém de *supernus* (superior), *supremit*, que designa a qualidade do que é soberano, do que é superior, que possui a autoridade suprema, configurando-se segundo a formação francesa em um poder absoluto e perpétuo de uma República (Silva, 1987, p. 214).

Ainda, segundo Silva, no conceito jurídico, a soberania é o poder que está acima de qualquer outro, que não admite limitações, salvo quando estiverem dispostas no próprio poder. Isso porque, os jurados são provenientes ou emanados do povo, e a instituição do júri é das manifestações da soberania nacional. Sendo assim, do mesmo modo que o povo escolhe seus mandatários para a elaboração da lei ou para gerir os serviços públicos, também, por seus representantes, os jurados, o povo julga.

O vocábulo soberania é empregado no sentido técnico-jurídico, significando a inalterabilidade das decisões do júri pela magistratura togada.

Nos termos da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, o júri bem como seu veredicto, traduz a idéia de independência. Todavia, não traduz onipotência descomedida porque o legislador foi cauteloso em alterar o Código de Processo Penal, adaptando-o ao texto constitucional, por intermédio da Lei nº 263, de 23/02/1948. Incluiu a possibilidade de realizar-se novo julgamento, desde que haja recurso nesse sentido, no caso de a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos.

Evidentemente, mesmo sendo o júri soberano, havendo decisão de forma a contrariar a prova colacionada aos autos, não há como se proteger tal decisão existindo, de forma clara, erro em tal *decisum*.

Máxime, quando houver a ausência de prova jurisdicionalizada ferindo o princípio do contraditório, previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal. Nesse caso, impõe-se a cassação do veredicto proferido pelo Conselho de Sentença, fundado em provas colhidas durante o inquérito policial e contrárias à prova dos autos. Deve o Tribunal determinar outro julgamento ao acusado, segundo o art. 593, § 3º do Código de Processo Penal.

In casu, a soberania dos veredictos do júri está subordinada ao controle do judiciário, submetido ao princípio do duplo grau de jurisdição, esposado com a revogação do art. 606 do CPP, que permitia à instância superior condenar ou absol-

ver o réu quando a decisão afrontasse a prova trazida aos autos. Essa modificação foi feita para que o Código de Processo Penal se adequasse à Constituição Federal de 1946. Introduziu-se ao inciso III do art. 593, letra “d”, o acréscimo do parágrafo terceiro, impossibilitando à Instância Superior condenar ou absolver caso entendes-se que a decisão tivesse afrontado a prova dos autos.

Essa inovação trouxe modificação no texto legal, ao permitir apenas que a instância superior determine a realização de novo julgamento. No entanto, a hipótese trazida a exame, consiste em: considerando-se a aludida cassação e sendo realizado outro julgamento, com posterior condenação, e nos mesmos termos anteriores (prova exclusiva do inquérito policial), por reiterado ferimento a preceito constitucional, art. 5º, LV, não se aplicará o óbice do art. 593, §3º, *in fine*, do Código de Processo Penal, para o conhecimento de nova apelação, fulcrada no art. 593, inciso III, letra “d”, da lei processual penal adjetiva.

Para melhor compreensão, a matéria será dividida em dois posicionamentos a saber:

3. Os posicionamentos doutrinários

1º Posicionamento

O primeiro, que é o majoritário na doutrina e na jurisprudência, consiste no entendimento de que o texto legal é expresso, claro e não deixa margem a dúvidas.

Ora, se a condenação foi calcada em provas exclusivas de inquérito policial e, se já foi objeto de recurso de Apelação uma vez, tendo sido o acusado submetido a novo julgamento, nesse caso, o júri é soberano para decidir da melhor forma a questão. Os Tribunais, em grande maioria, têm entendido que a parte final do parágrafo terceiro do art. 593, do CPP, veda a interposição de segunda apelação com base no inciso III, alínea “d” (decisão manifestamente contrária à prova dos autos). Mesmo que a primeira apelação tenha sido interposta pela parte *ex adversa*. Segundo o entender do Ministro José Arnaldo da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 14968/PR, datado de 2001, a expressão pelo mesmo motivo, há de se entender como pelo mesmo fundamento, qual seja, de ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás entendeu dessa forma, ao decidir em consonância com o texto expresso da lei. Senão vejamos: em recente decisão de recurso de Apelação Criminal de nº 21.639/0 (processo originário da Comarca de Quirinópolis, nº 200100893036), *verbis*:

JÚRI. APELAÇÃO CRIMINAL. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA 'A PROVA DOS AUTOS. REITERAÇÃO DO PEDIDO E DO FUNDAMENTO DO PRIMEIRO APELO, INTERPOSTO POR SUJEITO PROCESSUAL DISTINTO. NÃO CONHECIMENTO. PENA. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. MANUTENÇÃO. I- Anulada a primeira decisão proferida pelo júri, ao argumento de ser manifestamente contrária à prova dos autos, vedada a apreciação de novo recurso apelatório em idênticos motivos, independentemente de haver sido manifestado pelo outro sujeito processual. Inteligência do art. 593, § 3º, última parte, do CPP. (TJGO, 2ª. Câ. Crim. Ap. Crim., nº 21.639-0/213, Rel. José Lenar de Melo Bandeira, DJ. Nº 13665, de 22/11/2001).

O Relator, no mérito, verificou a impossibilidade de valoração da primeira tese recursal, de anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos, óbice editado pela legislação processual, na medida em que revela reiteração de motivação e de pedido, aspectos que foram exaustivamente tratados pela Corte.

Asseverou que a norma é clara e que o preceito encontra-se pacificado tendo ressonância na doutrina e na jurisprudência, sendo o entendimento do Pretório Excelso, que: uma vez anulado o primeiro julgamento, perante o Tribunal do Júri, em face da apelação interposta com base no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, outro recurso com o mesmo fundamento é descabido, ainda que apresentado pela outra parte. Desse modo, fica respeitado o princípio da soberania do júri, tão constitucional quanto o da isonomia.

Arguiu que a norma em referência tem como objetivo a garantia do princípio da soberania dos veredictos do júri, preceito advindo da Carta da República, art. 5º, inciso XXXVIII, “c”, que, por sua vez, é informado pelo princípio da íntima convicção dos jurados, que constitui exceção ao princípio da motivação das decisões judiciais.

Alertou, ainda, que, caso fosse anulada a primeira decisão proferida pelo Conselho de Sentença, sob o argumento de se encontrar divorciada das provas dos autos, não se poderia admitir nova anulação do julgamento, em segundo apelo com idêntico argumento, sob pena de se criar uma situação paradoxal, tendo em vista que o primeiro recurso foi manejado pela acusação e o segundo, pela defesa técnica.

Sobre o assunto, leciona Vicente Greco Filho:

Se a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, no caso da letra “d”. Esta hipótese é denominada de apelação pelo mérito e, em virtude da preservação da soberania dos veredictos, somente

pode ser, por esse motivo, utilizada uma vez. Qualquer que seja a parte que interpôs a apelação pelo mérito, se conhecida e provida, esgota-se a via recursal e não pode ser interposta pelo mesmo motivo, posteriormente, por qualquer das partes, quer o julgamento tenha repetido o primeiro quer tenha sido diferente, e ainda que a apelação anterior tenha sido de apenas parte da decisão (GRECO FILHO, 1997, p. 375).

Dessa forma, e seguindo tal linha de raciocínio, o controle judicial oportunizado ao sujeito processual que se sentir prejudicado, é limitado à interposição de uma única vez, como forma de assegurar a soberania dos veredictos do júri, no Brasil. Constitui-se forma de controle relativizado à quebra do princípio constitucional da soberania dos veredictos, pela delimitação de seus limites e produção de seus efeitos no ordenamento jurídico. Consoante as lições de Tourinho Filho:

Um júri sem um mínimo de soberania é um corpo sem alma, instituição inútil. Que vantagem teria o cidadão de ser julgado pelo tribunal popular, se as decisões deste não tivessem um mínimo de soberania? Que diferença haveria em ser julgado pelo Juiz togado ou pelo tribunal leigo? Se o Tribunal ad quem, por meio de recurso, examinando as questões facti e as questões júris, pudesse, como juízo rescisório, proferir decisão adequada, para que manter o Júri? A soberania dos veredictos, ainda que reduzida à sua expressão mais simples, é da essência do Júri. Ainda que a Lei das Leis silencie a respeito, não poderá o legislador ordinário omiti-la. Nada impede, contudo, possa ele reduzir a amplitude que o atual CPP lhe conferiu, contendo-a dentro nos seus indispensáveis e inevitáveis limites, jamais suprimi-la ex radice. Ou ele existe para tutelar mais ainda o jus libertatis, e nesse caso, a soberania das decisões, ainda que parcimoniosa, é consubstancial à instituição, ou então, não passa de simples órgão jurisdicional especial de 1º. Grau da Justiça Comum e, nesta hipótese, impossível explicar sua posição no capítulo dos direitos e garantias individuais, e sua inutilidade seria palpável. Mas como a instituição persiste entre nós para tutelar o direito de liberdade, não se lhe pode castrar a soberania. Não se duvida que os Juizes togados também tutelam a liberdade individual, mas a soberania leiga do tribunal popular parece tocar no sentimento do povo. Muitas vezes o legislador se divorcia da vontade popular e o tribunal leigo corrige as distorções (Tourinho Filho, 2002, p. 90).

Parafrazeando, o Desembargador Irineu João da Silva, em Relatório de Apelação Criminal do Tribunal de Santa Catarina, complementou que as pessoas que constituem o Corpo de Jurados são o extrato da sociedade e, ao atuarem, a representam nas situações que o direito fundamental à vida é violado. E, exatamente porque são leigas, é que podem sem pré-concepções técnicas ou influência estranhas à avaliação, mais facilmente externar o sentimento da comunidade em que se inserem. Reiterou que o júri é uma instituição valiosa ao exercício da democracia, ao retratar nessa amplitude os mais diversos valores e culturas, aperfeiçoando o julgamento de um dos comportamentos humanos extremados e controvertidos.

No entanto, em voto, o Relator entendeu que a anulação de veredicto prolatado tendo como base o antagonismo entre a decisão dos jurados e a prova amealhada, no ditame da norma processual penal, só pode ser feita uma única vez. (TJSC, 5ª. Câm., Ap. Crim. nº. 04.016721-0, Rel. Des. Irineu João da Silva, DJ em 14/09/2004).

José Frederico Marques esclarece que a Apelação contra decisões do júri não passa de uma provocação, pelo vencido, à jurisdição de segundo grau. Salienta que o recurso face às decisões do Tribunal do Júri, não pleno, constitui-se forma de recurso limitado, circunscrito aos motivos e fundamentos do procedimento recursal interposto (Marques, 2003, p. 284-285). Nessa mesma trilha, Mirabete explica que a Apelação tem caráter restrito, pois não se devolve à superior instância o conhecimento pleno da causa, eis que o reexame fica adstrito aos fundamentos e motivos invocados pelo recorrente (Mirabete, 2006, p. 665).

Portanto, a decisão de segundo grau, que invalida a que fora proferida pelo júri, não ofende, só por isso, o art. 5º, XXXVIII, da CF. A soberania do júri, e em especial do veredicto dos jurados, não exclui a recorribilidade de suas decisões, sendo assegurada com a devolução dos autos ao Tribunal do Júri para novo julgamento, tendo sido cassada a decisão recorrida.

Em síntese, podemos destacar: o júri é soberano; a sua soberania é absoluta no teor do texto constitucional; o recurso da apelação é limitado à sua interposição apenas uma única vez; a limitação visa a interposição de recursos consecutivos viabilizando a impunidade; as decisões do Conselho de Sentença se revestem de intangibilidade jurídico-processual.

Nesse posicionamento, o recurso pela alínea “d”, de acordo com o texto legal, não pode ser interposto mais de uma vez, sob pena de ferir-se sobremaneira, a soberania do júri, e de se estender *ad perpetuam rei memoriam*, a oportunidade do sujeito processual em interpor mais de um recurso de apelação pelo mesmo fundamento; mesmo que seja em arguir, por mais de uma vez, que a decisão do júri

é contrária à prova dos autos e, na hipótese, consubstanciada em prova originada de procedimento investigativo, de inquérito policial.

2º posicionamento

O segundo posicionamento encontra lastro no entendimento de que o júri é composto de um Conselho de Sentença, o qual também é passível de erros, sendo, portanto, falível. O Supremo Tribunal Federal, em decisão de *Habeas Corpus* entendeu que:

A garantia constitucional da soberania dos veredictos do júri não exclui a recorribilidade de suas decisões. Assegura-se tal soberania com o retorno dos autos ao Tribunal do Júri para novo julgamento¹.

E ainda:

A soberania dos veredictos do júri — não obstante a sua extração constitucional - ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere a esse órgão especial da Justiça comum o exercício de um poder incontestável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular.²

(...) mesmo após o advento da Constituição de 1988, o subsistente a norma do artigo 593, III, d, do Código de Processo Penal, segundo a qual cabe apelação contra o julgamento perante o júri, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos.³

Em tal seara, o Tribunal do Júri tem recebido severas críticas, quanto a seus princípios e procedimentos, com sucedâneo de que é órgão composto de pessoas que desconhecem o direito, e que sem conhecê-lo, emitem juízo de valor

de forma viciada; na versão teatral que mais lhes convenceu em plenário, sem sequer antes vislumbrar o processo. Sem dúvida, algumas vezes, decidem de forma incoerente e contrária aos autos, trazendo injustiça ao julgamento do acusado.

Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é a que afronta a corrente probatória dominante e inequívoca à prova dos autos, no sentido da absolvição. A possibilidade de anulação de julgamento efetuado pelo Tribunal do Júri, por ter decidido em prova oriunda de inquérito policial, ainda que por mais de uma vez, contrariando o texto do Código de Processo Penal, vem a adequar-se a outros princípios reconhecidos pelo texto constitucional.

Essa interpretação é benéfica ao acusado em caso de sentença condenatória e tem o escopo de evitar que pessoas submetidas à tortura em confissão, em procedimento policial, não tenham a oportunidade de serem submetidas a novo julgamento, quando já foi interposta apelação uma vez e o Júri decidiu de forma contrária aos autos.

A oportunização em recorrer, pelo mesmo motivo, mais de uma vez não fere o princípio da soberania dos veredictos do júri. A semi-soberania da decisão do conselho de sentença constitucionalmente garantida, é vulnerável pela necessidade de observância de outros princípios constitucionais.

Necessária uma interpretação principiológica, uma vez, que estão presentes princípios diferentes advindos do mesmo ordenamento jurídico.

Para discorrer nesta seara, é preciso que utilizemos de bases ancoradas em âmbito doutrinário, do direito processual constitucional como de Luís Roberto Barroso, professor titular de Direito Constitucional da UERJ, mestre em leis pela Yale Law School e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, na obra “O direito constitucional e a efetividade de suas normas” (Barroso, 2003, p. 283).

A Constituição de 1988 primou em reconhecer que o processo penal está inserido dentro do sistema acusatório que deve se valer de princípios basilares constitucionais.

No entanto, não há que se falar em desprezo aos métodos tradicionais da interpretação, tais como o subsuntivo - fundado na aplicação de regras - nem dos elementos da hermenêutica, tais como: gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

Segundo o renomado autor,

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, prin-

ciplológico, e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética pretende lhe dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas (Barroso, 2003, p. 287).

Assim, a CF pode ser vista como sistema aberto de princípios e regras permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel nuclear. As regras, o autor as definem como relatos objetivos, descritivos de determinadas situações, condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista, a regra deve incidir pelo método da subsunção. Princípios, contêm maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto mais amplo, por vezes até indeterminado de situações. No sistema democrático, os princípios entram em tensão dialética, com apontamento de direções diversas.

Para tanto, Barroso sugere a aplicação da teoria da ponderação, à qual o intérprete deverá aferir, em cada caso concreto, segundo o modelo da argumentação, o peso do princípio a ser seguido.

Na hipótese trazida a exame, temos que o princípio da soberania do júri está a confrontar com o princípio da dignidade da pessoa humana, com o princípio do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição, com o princípio da não-culpabilidade, do contraditório e da ampla defesa, entre outros.

A ponderação é técnica de decisão jurídica utilizada em situações difíceis e nas quais a subsunção resta insuficiente. Pode ser explicada assim:

1. Verificação no sistema as normas relevantes para a solução do caso com a identificação de conflito;

2. Exame dos fatos, das circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos;

3. Utilização da ponderação de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa; logo, o grupo de normas que, no caso, irá preponderar. Para tanto, deverá ser utilizada a teoria da argumentação, na qual o intérprete apresentará elementos de ordem jurídica que referendem tal decisão. Nesse diapasão, ainda que a CF informe sobre a necessidade da motivação das decisões judiciais, faz-se necessária uma exposição analítica criteriosa. *Prima facie*, um conflito normativo deve ser resolvido em favor da solução que apresente em seu suporte o maior número de princípios favoráveis.

Para o uso da teoria da argumentação é preciso o auxílio de princípios instrumentais ou específicos (que são premissas conceituais, metodológicas) de interpretação constitucional, quais sejam: princípio da supremacia da constituição; princípio da constitucionalidade das leis; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da unidade da constituição; princípio da razoabilidade e da proporcionalidade e princípio da efetividade que faz prevalecer o espírito constitucional simbolizando a aproximação entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

Há, ainda, os princípios materiais, quais sejam: os princípios fundamentais (inclusive o da dignidade da pessoa humana) e os princípios gerais insertos no art. 5º e seus incisos da CF.

O autor explica que não se pode olvidar das modalidades de eficácia dos princípios, quais sejam: a eficácia positiva ou simétrica (reconhecer aquele que seria beneficiado pela norma); a eficácia interpretativa (exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as normas de hierarquia superior, a exemplos, o CPP e CF. Pode ocorrer também dentro da própria Constituição - com a verificação do reconhecimento de uma ascendência, axiológica sobre o texto constitucional, em geral para dar harmonia ao sistema e a eficácia negativa (declaração de invalidade de todas as normas que violem o texto da CF).

Interpretando o problema trazido a lume, a técnica da ponderação pode ser utilizada, tendo em vista que vários outros princípios devem preponderar sobre o princípio da soberania do júri. Senão vejamos: a Carta da República prevê outros princípios importantes já citados, como o princípio da não culpabilidade e o princípio do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana entre outros. Tais princípios devem ser ponderados, no caso em concreto, pelo intérprete. O princípio da unidade da constituição deve ser levado em conta, face à intenção do legislador constitucional em ver adotado o sistema acusatório no seu texto. Estão presentes os princípios instrumentais e materiais.

No ordenamento jurídico vigente, os princípios devem estar ordenados entre si, de modo a terem convergência na sua aplicação, norteados pelo sistema a que são subordinados.

Adotando a Teoria da Integridade do Direito de Direito, de Dworkin, nas lições de Marcelo Cunha de Araújo, na obra *Implicações entre o Direito como integridade e o Processo*, a lei deve ser adequada formal e materialmente ao conteúdo constitucional (Dworkin *apud* Araújo, 2003, p. 76).

Leal Rosemiro Pereira, assim leciona:

O direito é o todo do objeto interpretado; a lei é, apenas, uma parte. A lei é interpretada, extraindo-se dela um significado mais ou menos oculto; a extração desse significado, entretanto, pressupõe a consideração de todo o Direito. A lei sempre é Direito mas nem todo Direito é lei. A questão inicial consiste, portanto, em sublinharmos que interpretar a lei não é interpretar o direito. Interpretar o direito, isto é, averiguar o sentido de uma norma em sua acepção integral, pressupõe o conhecimento do Direito em sua totalidade, bem como a necessária coordenação entre a parte e o todo (Pereira apud Araújo, 2003, p. 79).

Dessa forma, é preciso salientar aspectos sistematizadores da teoria da integridade, de que os princípios são normas jurídicas que vinculam condutas. Para permitir uma flexibilização do positivismo puro, a ser aplicado a cada caso concreto, é preciso a utilização sistematizada dos princípios adotando a aplicação do direito de modo teleológico.

No panorama do direito processual penal, quanto à questão da soberania dos veredictos do tribunal do júri – em especial a vedação legal de interpor-se recurso de apelação pela segunda vez, em caso de decisão em prova originada de inquérito policial, em dissonância e manifestamente contrária à prova dos autos, e aplicando a teoria da integridade – verificar-se-á a possibilidade de o magistrado conhecer da apelação interposta. Caso contrário, o remédio jurídico adequado será o *habeas corpus*, conforme entendimento do Pretório Excelso, o Supremo Tribunal Federal.

Pelo que já foi abordado, seguir-se-á à esteira dos principais expoentes da teoria constitucionalista do processo, como José de Oliveira Baracho e o mexicano Hector Fix-Zamudioy, que defendem a garantia do devido processo constitucional democrático.

A função do processo não pode ser apenas aplicativa e conservadora; deve, sim, segundo Baracho, ser instrumento de mudança, cabendo aos intérpretes da lei, perceberem a importância do sistema da construção do direito por intermédio das decisões judiciais. O garantismo tem por fundamento a proteção da pessoa, com a restrição da atuação estatal e limites incompatíveis aos princípios constitucionais fundamentais (Baracho, 2003, p. 118-119).

Peter Haberle, na obra *Hermenêutica constitucional*, elucida a polêmica da questão em estudo, aduzindo que a interpretação constitucional é uma atividade que diz respeito a todos. Explicita que:

A interpretação é processo aberto, não sendo de passiva submissão, não se confundindo com a recepção de uma ordem. Assim, essa Mesa de Processo Penal é oportunidade dada aos estudiosos do direito para participarem efetivamente desse momento de interpretação democrática da Constituição face ao preceito de legislação ordinária que obsta ao acusado pleitear novo julgamento. Nós temos a responsabilidade de sermos participantes da atividade que, potencialmente, diz respeito a todos (Haberle, 1997, p. 30-32).

A dignidade da pessoa humana deve ser respeitada, máxime quando a pessoa se tratar de acusado que responde a processo criminal, de crime doloso contra a vida. No âmbito do processo penal, o acusado deve ter o direito de ser processado perante o juiz natural que, no caso dos crimes dolosos contra a vida, é o júri. Todavia, não há que se permitir sob o manto da Constituição que se impeça recurso de apelação, fazendo interpretação mais favorável ao acusado, mesmo que já tenha sido objeto de apelação anterior pelo mesmo motivo; ainda mais, se se tratar de decisão oriunda de provas coletadas em inquérito policial, subordinadas ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

A Corte, ao receber a Apelação deve dela conhecer. O conteúdo democrático do texto constitucional não deixa margens de dúvidas quanto ao papel compromissado daqueles que são partícipes do mundo do direito. O juiz, então, torna-se militante dos direitos humanos.

Em complemento ao posicionamento, temos que o devido Processo Legal deve ser exercitado em sua plenitude. O princípio do devido processo legal, segundo Vicente Greco Filho, é indispensável à aplicação de qualquer pena, devendo ser adequado, assegurando-se aos sujeitos processuais a igualdade, o contraditório e a ampla defesa.

Segundo o mesmo autor, o contraditório nada mais é do que o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa e consiste, praticamente, em contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção de provas; falar depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais devem estar presentes, sobretudo de recorrer quando inconformados.

As provas baseadas unicamente em procedimento inquisitivo não podem servir de base para condenação em processo criminal. O inquérito, como sabemos, não obedece ao crivo do contraditório, em que o investigado é objeto e não sujeito.

Alie-se que o acusado, enquanto não condenado, encontra-se em estado de não culpabilidade, podendo e devendo socorrer-se às portas do Poder Judiciário para ter o direito de anular julgamento baseado em provas coletadas em procedimento inquisitivo, em oposição à força da soberania do júri.

Andreia de Brito Rodrigues e Alexandre Bizzoto, na obra *Processo Penal Garantista*, ensina que:

O aproveitamento integral da não-culpabilidade implica em uma renovação de conceitos. O sistema democrático constitucional assim o impõe. Limitar a interpretação deste princípio é um atentado contra a dignidade da pessoa humana e uma incursão no risco de suas conseqüências (RODRIGUES, Andréia; Bizzoto, Alexandre, 1998, p. 30).

Visto por esse ângulo, o princípio da presunção da inocência favorece o acusado, na dúvida: *in dubio pro réu*. Rogério Lauria Tucci, admite, que, em se tratando de entendimento duvidoso, torna-se admissível a interpretação extensiva em favor da liberdade (Tucci, 2000, p.410).

Apenas argumentando mais uma vez, o Projeto de Lei nº 4.203/2001, em andamento no Congresso Nacional, baseado no Projeto nº 4.900/1995, no art. 421, *caput*, prevê a exclusão dos autos do processo dos elementos de informação colhidos durante o inquérito policial e das provas colhidas no *iudicium accusationis*. Essa mudança, entre várias outras, dispostas no anteprojeto, objetiva tornar o procedimento do júri mais garantista, prático, ágil e atual, ao resgatar uma dívida de mais de um século, conforme o texto da Exposição de Motivos.

4. Considerações finais

Assim, havendo condenação com sucedâneo em provas manifestamente contrárias à prova dos autos, há de ser conhecido o recurso de apelação para anular o julgamento, e ser o acusado novamente submetido a outro Conselho de Sentença. Esse entendimento não fere a soberania dos veredictos porque não estaria o juízo *ad quem* adentrando o mérito da decisão. Apenas estaria oportunizando, mediante via recursal, que o acusado submetido a outro julgamento.

A necessidade da observância do princípio da verdade real, portanto, deve vulnerar a semi-soberania do júri popular, autorizando-se novo julgamento no caso de se encontrar uma aberrante contradição entre a tese acatada pelos jurados e as provas trazidas aos autos porque:

a) pelo uso da teoria da argumentação, aliada à técnica da ponderação, utilizam-se os princípios instrumentais e materiais. Assim sendo, consiste em utilizar de decisão jurídica utilizável em casos difíceis, envolvendo a aplicação de princípios ou, excepcionalmente, de regras, em combate, que se encontram em linha de colisão. Sua utilização pode ser realizada tomando-se como base a seleção das normas e dos fatos relevantes, atribuindo-se pesos aos diversos elementos em disputa. *In casu*, poderão ser sopesados os princípios da não culpabilidade, do devido processo legal, da defesa ampla e plena, do contraditório, ao duplo grau de jurisdição em contraposição ao princípio da soberania dos veredictos e a regra da vedação de se interpor apelação pela segunda vez para ver cassada a decisão de Conselho de Sentença que condenou o acusado em provas inadequadas de inquérito policial;

b) pela adoção da teoria da integridade do direito de Dworkin, em que o direito deve ser adequado formal e materialmente ao conteúdo constitucional, utilizando-se de um processo penal constitucional, máxime a interpretação do STF de que o preceito constitucional da soberania dos veredictos é relativa, ou seja, o texto da Lei Fundamental da República não confere a esse órgão especial da Justiça comum o exercício de poder incontrastável e ilimitado, face à apreciação da matéria pela instância recursal. Nesse caso, a decisão do Tribunal do Júri não pode ser arbitrária, manifestamente contrária à prova dos autos;

c) pela realização de interpretação mais aberta da Constituição, por todos os que fazem parte da sociedade, por ser a lei um instrumento de mudança, o que só se faz possível, por intermédio de quem se utiliza dela, em especial, os operadores do direito;

d) por ser o inquérito procedimento em que a defesa não pode fazer uso do princípio do contraditório e ser o investigado objeto da investigação, enquanto no processo, ele é sujeito, e já haver projeto em trâmite no Congresso de nº4.209/2001, excluindo, dos autos do processo, elementos de informação coletados em inquérito policial.

Infere-se daí que o contraditório se constitui sinônimo de equilíbrio nas situações processuais, sendo a plenitude de defesa, princípio correlato, e que o acusado tem direito a nova apelação para ver anulada a decisão do júri que culminou em condenação fundada em provas manifestamente contrária aos autos. Essa idéia pode ser melhor visualizada com ilustração do procedimento inquisitivo, que é o inquérito policial. Na maioria das vezes, as provas ali produzidas são realizadas à revelia do indiciado; não há acompanhamento de defensor técnico e não está presente a contraditoriedade.

É, para alguns, peça meramente informativa. Em assim sendo, não pode o júri dela se valer para embasar um decreto condenatório, havendo nos autos outras provas submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa, consagrados no texto constitucional. Não receber o recurso de apelação, sob a alegação de que o júri é soberano e de que já foi objeto de outro recurso é cercear a defesa e deixar ao alvedrio do formalismo exacerbado que pessoas sejam condenadas, mesmo havendo outras provas nos autos que poderiam ter sido observadas pelo Conselho de Sentença.

Notas

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 71.617-2 – Rel. Min. Francisco Rezek – DJU 19.05.1995, p. 13.995.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 68.658, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 26/06/92.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 73.686, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 14/06/96.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia. *Processo penal garantista*. Goiânia: AB Editora, 1998.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2006.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*. Publicado no dia 13 e retificado em 24 de outubro de 1941.

GRECO FILHO, Vicente. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1997.

HARBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta aos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 1,2,3 e 4, São Paulo: Millenium, 1997.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 18ª ed. rev. e atual. até 31 dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 1, 2, 3, 4, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

Resumo

A pesquisa em apreço tem por objetivo o estudo do impedimento legal, art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, de se interpor recurso de apelação, pela segunda vez, em decisão originada de julgamento do Tribunal do júri, quando existir condenação lastreada unicamente em provas não jurisdicionalizadas. Face à nova interpretação processual constitucional, percebe-se a pertinência da temática apresentada tendo em vista que o assunto é polêmico, porém relevante. Para melhor compreensão da instituição do júri bem como sobre a (in) admissibilidade de se recorrer à instância superior, por uma questão metodológica, foi traçado em breve histórico do júri para, posteriormente, ilustrar o posicionamento jurisprudencial e doutrinário dos principais juristas que enfrentaram a matéria.

Palavras-chave: (In) Admissibilidade – Prova – Inquérito policial – Júri – Apelação.

Abstract

The text aims at studying the legal impediment, art. 593, § 3º of the Criminal Code, of interposing a second appeal in decisions of the jury when there is condemnation based solely on non jurisdictional evidences. Given the new constitutional proceeding interpretation, the issue is considered relevant, albeit polemic. In order to provide a better understanding of the jury as an institution as well as of the inadmissibility of appealing to a higher court, and for a methodological reason, a brief historic overview of the jury is presented to subsequently illustrate the jurisprudential and doctrinal view of main jurists who dealt with the issue.

Key words: (In)admissibility – Evidence - Policial inquest – Court - Appeal.

Resumen

El texto tiene como objetivo estudiar el impedimento legal, art. 593, § 3º, del Código de Proceso Penal, de interposición de recurso de apelación por la segunda vez, en decisión originada de juicio cuando existir condenación basada solamente en pruebas no jurisdiccionalizada. Dada la nueva interpretación del proceso constitucional, evidenciase la pertinencia del tema que es polemico y así mismo relevante. Para mejor comprensión de la institución superior, por una cuestión metodológica, presentase un breve recuento histórico del juri para posteriormente ilustrar la posición jurisprudencial y doctrinaria de los principales juristas que tratan el tema.

Palabras clave: (In) admisibilidad – Prueba - Investigación policial - Apelación.

Normas para os colaboradores

1. Os trabalhos deverão ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista de Direito UPIS, para análise do conteúdo, metodologia, bem como da conveniência e oportunidade da publicação.
2. Serão aceitos prioritariamente trabalhos elaborados por membros da comunidade acadêmica do Curso de Direito da UPIS, inéditos ou apresentados em eventos públicos (congressos, simpósios, seminários etc.), referentes aos temas indicados pelo Conselho Editorial, quando for o caso.
3. Serão aceitos, excepcionalmente, a critério do Conselho Editorial, trabalhos apresentados pela comunidade em geral e/ou acerca de temas jurídicos diversos.
4. Mediante deliberação do Conselho Editorial poderão ser solicitados trabalhos a colaboradores eventuais.
5. A entrega de trabalho ou sua publicação não importará em remuneração, a qualquer título, do autor.
6. Não serão devolvidos ao autor os originais dos trabalhos entregues ou publicados.
7. Os trabalhos deverão ser redigidos em português, com no mínimo 15 (quinze), e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas com 30 linhas de 65 toques, aproximadamente 49.000 caracteres, observando-se a ortografia oficial.
8. Os trabalhos deverão ser entregues em disquete de 3 ½", ou CD, à Secretaria do Departamento de Direito da UPIS ou enviados por correio eletrônico ao endereço direito@upis.br, com texto em fonte ARIAL, tamanho 12, entrelinhamento 1,5 cm.
9. As citações e referências bibliográficas deverão obedecer às normas técnicas da ABNT.
10. **IMPORTANTE:** Necessariamente deverão acompanhar o artigo um Resumo em português e as palavras-chave. A remessa de versões do Resumo e das palavras-chave em inglês e/ou espanhol é facultativa.

Carlos Aureliano Motta de Souza

Editor

diagramação, arte-final, impressão e acabamento

 *gráfica e editora*
inconfidência

fores:(61) 3552.4024 3552.2510 fax:(61) 3386.2350
brasilía distrito federal

Site: www.graficainconfidencia.com.br
E-mail: graficainconfidencia@terra.com.br

