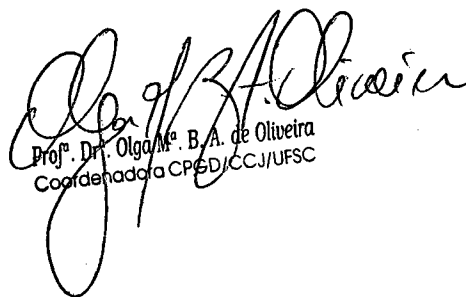


**AS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS E O DEVIDO PROCESSO
LEGAL: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA
VIGENTE**

JOSÉ MARÇAL DE ATAIDE ASSI

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, COMO
REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

ORIENTADOR: PROF. HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES



Prof. Dr. Olga M. B. A. de Oliveira
Coordenadora CPED/CCJ/UFSC

**FLORIANÓPOLIS (SC)
AGOSTO DE 2001**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CPGD

**A PRESENTE DISSERTAÇÃO, INTITULADA AS AÇÕES PENAIS
ORIGINÁRIAS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA ANÁLISE DA
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA VIGENTE**

ELABORADA POR JOSÉ MARÇAL DE ATAIDE ASSI

**E APROVADA POR TODOS OS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA
COMPOSTA PELOS PROFESSORES ABAIXO ASSINADOS, FOI JULGADA
ADEQUADA PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.**

FLORIANÓPOLIS (SC) AGOSTO DE 2001

BANCA EXAMINADORA:

PROF. DR. HORÁCIO WANDERLEY RODRIGUES
Orientador

PROF. DR. JOSEL MACHADO CORRÊA
Membro

PROF. DR. ANTONIO MARIA R.F. ISERHARD
Membro

*A Lourdes, companheira de vida, e a meus
filhos Leonardo e Ana Paula, pelo
estímulo que me propiciaram na
condução deste trabalho.*

RESUMO

Aborda a questão do foro especial por prerrogativa de função, destinado a determinadas pessoas de exercem cargos ou função pública. Examina aspectos que envolvem as ações penais originárias, em face do princípio do duplo grau de jurisdição como desdobramento da garantia constitucional da ampla defesa. Aborda a questão dos recursos na sistemática processual penal pátria, demonstrando a existência de violação à regra da igualdade de todos perante a lei em vista do tratamento diferenciado atribuído às pessoas que gozam de foro especial, que não dispõe dos recursos ordinários comuns para impugnar as decisões colegiadas. Examina a potencialidade dos embargos declaratórios e da revisão criminal como mecanismos incorporados ao direito positivo nas ações penais originárias. Analisa a questão sob o enfoque da instrumentalidade do processo, como meio para atingir a objetivos meta-jurídicos, e sob o enfoque garantista que vê o processo como instrumento de garantia dos Direitos Fundamentais da pessoa humana. Propõe mudanças no ordenamento jurídico vigente, com a criação de mecanismos no âmbito de cada tribunal, para assegurar um novo exame da questão através do Pleno.

ABSTRACT

It is about the matter of special jurisdiction determined by function, directed and determined persons on public service. Examining aspects which involve the ordinary criminal procedure in double jurisdictional level as part of the Constitutional guarantee of full defense. It is about the organization of resources in the national criminal procedure context, which shows up clearly the existence of violation of the right to defense, the rule of equality for everyone under the law, instead of the different treatment which has been given to people who are supported by special jurisdiction rights determined by function, which do not have the ordinary resources normally used to deny court decisions and also do not allow the access to justice. Examine the declaration appeals potential and the criminal review like joined systems of written rights in ordinary criminal procedures, enhancing of the materiality of the process itself, as a way to achieve objective law aspects and under the certain position which consider the process as a way to guarantee the basic rights of the human being. Demand changes in the up to date juridical system, creating methods to each court, to guarantee a new exam of the question thru the Tribunal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
I. AS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS.....	12
1. O Direito Penal e as Ações Penais.....	12
2. O Foro Especial por Prerrogativa de Função.....	26
3. A Lei nº 8.038/90.....	38
4. Da Competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.....	46
5. A Competência dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados, e do Distrito Federal.....	50
II. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA.....	53
1. A Ampla Defesa nas Ações Penais Originárias.....	53
2. O Duplo Grau de Jurisdição como Desdobramento da Ampla Defesa.....	61
3. A Limitação das Vias Impugnativas nas Ações Penais Originárias.....	72
4. Dos Embargos Declaratórios.....	76
5. Da Revisão Criminal.....	82
III. A (IN) EFICÁCIA DO SISTEMA DE GARANTIAS NAS PENAS ORIGINÁRIAS.....	88
1. A Instrumentalidade do Processo.....	88
2. A Teoria Garantista e seus Desdobramentos.....	103
3. A violação do Direito à Ampla Defesa.....	108

4. A violação ao princípio da inafastabilidade do controle Jurisdicional.....	114
5. A violação do Princípio da Igualdade.....	119
CONCLUSÃO.....	126
BIBLIOGRAFIAS.....	132

INTRODUÇÃO

O exercício da atividade jurisdicional por parte dos órgãos colegiados tem permitido realizar algumas reflexões, sobre questões importantes que envolvem a dinâmica do processo penal, no plano dos Direitos Fundamentais, em face da contextura do moderno Estado Democrático de Direito.

A busca da verdade através do processo tem-se constituído em labor importante, uma vez que envolve interesses opostos que devem ser preservados de forma sistemática, como instrumento de salvaguarda da sociedade, e ao mesmo tempo, de tutela da liberdade pessoal do acusado.

A observação de que a solução do conflito de interesses tem se realizado apenas no plano linear, caracterizado pelo antagonismo existente entre o direito de punir *versus* direito de liberdade, demarcado pela pretensão acusatória, tem relegado ao esquecimento, questões subjacentes importantes na vertente dos Direitos Fundamentais.

O simples atendimento à ritualística procedimental, como postura de subserviência a um positivismo legalista, impede que se exerça um juízo crítico sobre o papel fundamental do processo penal, e qual a sua função na democracia.

O modelo político/jurídico albergado na Constituição Federal de 1.988 tem como traço marcante a submissão de todo o poder ao direito. Há uma auto-limitação do poder pelo próprio poder, em um fenômeno de auto-controle, que só a vigília permanente poderá fazer com que se consolidem os efeitos pretendidos pelo ideário democrático.

De índole autoritária, o processo penal em sua gênese e evolução já prestou serviços a regimes autocráticos, e hodiernamente tem se constituído em mecanismo de lutas em prol da liberdade do homem, frente aos abusos do poder repressivo estatal.

Representa o processo expressão maior da cultura de um povo, sendo instrumento político de tutela das liberdades, tendo por isso uma notável dimensão axiológica, no momento em que os sistemas caminham para assegurar a eficácia dos Direitos Fundamentais.

As conquistas obtidas na seara do processo foram gradativas e tiveram um longo percurso, enfrentando as marés ideológicas, até adquirir a concepção atual, centrada no respeito à dignidade da pessoa humana.

O regime democrático é sistema que valoriza o indivíduo em face do Estado, manifestando essa prioridade em todas as relações Estado/indivíduo, colimando o processo penal moderno, não só a salvaguarda dos interesses sociais, mas também a tutela da liberdade pessoal do acusado, sendo o judiciário o garantidor desses direitos.

Muito embora as Cartas Constitucionais dos Estados democráticos, contemplem em suas estruturas, os Direitos Universais do Homem, consagrados em várias Declarações de Direitos, assumindo em decorrência da positivação, o status de Direitos Fundamentais, não raro, algumas práticas consagradas pelo ordenamento infra-constitucional, se revelam destituídas de legitimidade, diante do manifesto antagonismo com os preceitos constantes dos textos da Lei Maior.

É certo, que o universo axiológico plasmado pela Carta de Princípios, deve irradiar-se por todo o sistema de índole inferior, guardando-lhe compatibilidade, objetivando que se assegure a reverência aos valores eleitos pelo regime.

Tendo a pessoa humana como referencial epistemológico, as salvaguardas da liberdade, e da igualdade, refletem no âmbito do processo penal, desdobramentos nas garantias do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, na presunção de inocência, e em outros valores consagrados.

Comungando com as inquietações de BOBBIO, na obra “A Era dos Direitos” de que nesta quadra da história, a preocupação não é mais com a positivação dos Direitos de Garantias Fundamentais, que se encontram consagrados em quase todas as Cartas, mas com a sua efetivação na *praxis*, é que o tema “As Ações Penais Originárias e o Devido Processo Legal: uma análise da legislação brasileira vigente” vai ser desenvolvido, com vistas a examinar a sua compatibilidade estrutural, dentro do sistema de garantias.

O desenrolar desse procedimento de índole penal, que trata da apuração de eventuais desvios de condutas por parte de uma categoria de pessoas, conquanto no âmbito da doutrina, tenha merecido um tratamento de conformismo, traz implícito manifesta dissonância com o sistema, pretendendo a abordagem, tratar da matéria de forma científica, moldando-lhes os contornos, analisando seus meandros, e por fim a sua conformação com os valores apregoados pela democracia.

Submetem-se às ações penais originárias, uma categoria de pessoas que detêm uma fração do poder do Estado, e em face das relevantes funções que exercem, respondem por eventuais desvios de comportamento, nos órgãos colegiados do Poder Judiciário (os tribunais).

Nesse elenco, o Presidente da República, os Ministros de Estado, Deputados Federais, Senadores da República, Procuradores da República, Juízes de Direito, Promotores de Justiça, Governadores de Estado, Prefeitos Municipais e outros detentores de cargos públicos, têm como juízes naturais, determinados tribunais com competência fixada pela Constituição Federal.

A questão de fundo da presente abordagem tem como objeto a pesquisa dentro do sistema processual penal brasileiro se as normas infraconstitucionais consubstanciadas na Lei. nº 8.030 de 28 de maio de 1990 e os Regimentos Internos dos Tribunais efetivamente se mostram compatíveis com o espírito que norteia a Magna Carta, e se os valores nela albergados, encontram-se também assegurados naqueles diplomas hierarquicamente inferiores.

O seu resultado levará à constatação do grau de legitimidade do sistema em face da tutela dos direitos fundamentais, permitindo a sugestão de criação de mecanismos que visem reformular o ordenamento jurídico com vistas a adequá-lo aos ditames da Lei Maior.

O capítulo I, sob o título “Do Direito Penal e das Ações Penais Originárias”, realiza uma incursão no Direito Penal e nas ações penais, dimensionando alguns institutos, classificando as ações, tratando do foro especial por prerrogativa de função, traçando o perfil da Lei nº 8.038/90 que rege a matéria, assim como dos regimentos internos, que norteiam a tramitação dos processos nos tribunais, e por fim a competência de cada órgão jurisdicional colegiado, e as pessoas que a eles se submetem.

No capítulo II, que trata “Da Garantia Constitucional da Ampla Defesa”, enfoca o trabalho, as garantias em sede constitucional e na legislação infra constitucional; a apreciação da temática alusiva ao duplo grau de jurisdição como desdobramento da ampla defesa, assim como a limitação dos recursos cabíveis para afrontar as decisões dos tribunais.

Conclui a abordagem no capítulo III, que trata da “(In)eficácia do Sistema de Garantias nas Ações Penais Originárias”, a instrumentalidade do processo e o garantismo penal, que são marcos teóricos que sustentam a dissertação e que tem como escopo, fornecer os instrumentos básicos para o

entendimento da questão, e que conduzem a conclusão da eficácia ou ineficácia do sistema pátrio.

O resultado a que chega o trabalho é fruto de pesquisa bibliográfica, análise de julgamentos realizados pelos tribunais, através de uma leitura crítica da questão que envolve as ações penais originárias, utilizando-se de método analítico.

Capítulo I

AS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS

1. O Direito Penal e as Ações Penais

A vida em sociedade traz o estigma da conflituosidade.

A diversidade de relações entre os indivíduos componentes do grupo social, e a busca permanente pela realização dos ideais de vida, permite no plano dos fatos, a existência de um conjunto de comportamentos plasmados pela subjetividade. Nos primórdios da civilização a disputa era travada para obtenção dos meios de sobrevivência. Nas sociedades modernas, luta-se pelos bens da vida que assegurem o conforto e o bem estar do ser humano.

Nesse processo contínuo de transformação do homem e da própria sociedade, os embates surgem naturalmente como resultado da colisão de interesses; ora pela disputa de bens, ora pela realização de comportamentos que violem as regras de convivência reinantes em um determinado grupo social.

Na Antiguidade, à míngua de mecanismos sociais de controle, a questão conflituosa era solucionada pelas próprias partes envolvidas, através do que os processualistas mais tarde passaram a denominar de *autotutela*.

Essa prática primitiva de proteção de interesses, máxime nas hipóteses de quebra das regras de convivência, não raro, ensejava a eclosão de situações mais gravosas que a própria ofensa repudiada pela comunidade, permitindo que a reprimenda escolhida pela vítima ou seu grupo, não só fosse desproporcional, mas também atingisse à família do ofensor, ou grupo social a que pertencia.

Registra MESTIERI ¹ que:

Os males da vingança privada foram logo sentidos pelos grupos sociais. A coletividade fundada tendo em vista os laços de sangue não permitia se observasse a necessária proporção entre o mal ocasionado e a vingança. Essa era quase sempre maior do que o mal praticado e a reação, ao invés de ser pessoal, eram geralmente de todo o grupo familiar, de toda a *gens*, dando origem às intermináveis guerras privadas entre as famílias, produzindo o extermínio de numerosas delas.

Observam os historiadores que essa espécie de repulsa, não tinha contornos de reação penal; ao contrário, assumia nítido caráter pessoal, sem qualquer participação da sociedade que se mantinha indiferente às suas causas e efeitos.

A vingança privada até então utilizada, com o correr dos tempos viu-se gradativamente substituída pelo influxo dos dogmas religiosos. A vontade divina, consubstanciada em mandamentos e princípios nortearam, por longo tempo, os castigos infligidos aos que se desviassem dos caminhos da retidão.

Em um estágio mais evoluído do processo de civilização do homem, - que abriu mão do estado de natureza em que vivia, para se sujeitar às regras impostas pelo soberano - surgiu o Estado como maior organização social. O aparecimento desse ente político, voltado para ordenar a vida em sociedade, afastou as outras formas de solução do litígio.

A propósito pondera MESTIERI²:

¹ MESTIERI, João. *Teoria Elementar do direito criminal*. Rio de Janeiro:Forense, 1990, p. 45.

² MESTIERI, op. cit., p. 47.

A vingança divina cede naturalmente lugar à vingança pública, produto da paulatina afirmação do direito no contexto sócio-cultural. As várias sociedades, já politicamente organizadas, contam com um poder central, procurando por todos os meios se afirmar e manter a coesão e a disciplina do grupo social. leis severas são ditadas e a sociedade não demora muito a sentir a enorme perda que está sofrendo dia a dia, com a aplicação da justiça. As mortes e mutilações apenas enfraqueciam a tribo, sendo necessário procurar então outra forma de retribuição.

A atividade de auto-proteção que até então ficara ao talante do particular, passou a ser substituída pela ação do Estado; conferiu-se ao Poder Judiciário, órgão forjado na própria estrutura estatal, a atividade tipicamente substitutiva no desate das controvérsias, com a aplicação da norma por ele criada, à situação concreta.

BOSCHI³ em passagem de sua obra, prelecionando sobre essa fase histórica, pontifica:

Nas sociedades primitivas tolerava-se ou admitia-se a vingança pura e simples do ofendido contra o ofensor, mesmo que a represália fosse desmedida, mas hoje, como o direito de punir passou a ser monopólio do Estado, não mais se concebem condutas ou atitudes indicativas ou denotadoras de autodefesa ou autocomposição, pois mesmo nos casos em que o indivíduo repele agressão à sua pessoa ou concede o perdão, por exemplo, existe prévio poder outorgado em lei para tais procedimentos.

O caos inicialmente reinante no corpo social, gerado pela manifesta ausência de regras de convivência, deu lugar a um feixe de normas impostas coativamente pelo Estado, colimando a obtenção da paz social,

³ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal- Denúncia, Queixa e Aditamento*. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 17.

pressuposto indispensável ao alcance de seu objetivo finalista: o bem comum de seus súditos.

Já anotara PINTO⁴ em reflexão sobre essa quadra da história que:

O Estado, que já se apresentava como uma instituição indispensável a assegurar o bem comum, viu-se obrigado a agir em defesa desses mesmos interesses comuns da sociedade, estabelecendo certas regras capazes de preservar a tranqüilidade social, violada por certas condutas individuais, tidas como contrárias às normas então estabelecidas. Face à gravidade de certos atos praticados pelo indivíduo tornou-se imperioso evitar a sua repetição, com graves danos à paz social, disso decorrendo como consequência lógica que, a única maneira de assim proceder ao Estado, seria através da limitação ou supressão da liberdade do indivíduo que praticasse o referido ato.

Como apanágio de sua soberania, o Estado elegeu bens e interesses juridicamente relevantes para a convivência em sociedade. Assim, a vida, a integridade física, a liberdade sexual, o patrimônio, a honra, e outros valores, passaram a ser protegidos sob ameaça de sanção.

Os comportamentos eleitos como afrontosos aos bens e interesses do Estado, passaram a ser descritos abstratamente nos códigos e nas leis penais extravagantes, através de preceitos acompanhados da respectiva pena, que tem o seu tarifamento levando-se em conta a importância do bem jurídico tutelado para a vida em sociedade.

Ao conjunto de elementos que integram cada modelo criado pelo Estado, recebe o nome de tipo. Define-o MESTIERI⁵ como sendo

⁴ PINTO, Antonio José Azevedo. **A prisão cautelar no Brasil-Aspectos constitucionais e Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1987, p. 3.

⁵ MESTIERI, op. cit, p. 153.

A representação legal absoluta do injusto. Um dado comportamento humano, ainda que ilícito, apenas será considerado criminoso na hipótese de se identificar absolutamente com um modelo de previsão inscrito no código penal ou em alguma lei ou disposição de caráter criminal. É precisamente essa identidade entre a previsão abstrata e um dado fato da vida, atribuível ao comportamento humano, que permite a integração do Direito Criminal: é a tipicidade.

A esfera da ciência jurídica que estuda o sistema envolvendo os comportamentos, o crime, as penas e medidas de segurança, tem o nome de Direito Penal, ou Direito Criminal.

A doutrina estrangeira da lavra dos renomados penalistas não tem discrepado quanto à conceituação da disciplina, extraindo-se de WELZEL⁶ a definição de que é aquela parte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, vinculando-lhe penas ou medidas de segurança. Para MEZGER⁷, Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência. Colhe-se em MAGGIORE⁸ a concepção de que Direito Penal é o sistema de normas jurídicas, por força das quais o autor de um delito (réu) é submetido a uma perda ou diminuição de direitos pessoais.

Na mesma obra já citada MESTIERI⁹ conceitua a disciplina como: O ramo do direito público interno, com missão de enunciar quais sejam os comportamentos especialmente danosos para a vida em sociedade e, conseqüentemente, de prevenir, com o maior sucesso possível, a ocorrência desses comportamentos, estabelecendo *a priori* quais as medidas de caráter penal aplicáveis a cada situação.

⁶ WELZEL. **Derecho Penal Alemán**. 3 ed. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 11.

⁷ MEZGER. **Tratado de Derecho Penal**. vol. I. 2 ed. Madri: Trotta, 1946, p. 27-28.

⁸ MAGGIORE. **Diritto Penale**. Vol. 1. Tomo I. 5 ed. Bolonha: Zanichelli, 1949, p. 4.

⁹ MESTIERI, op. cit., p.23.

Segundo JESUS¹⁰

Direito Penal é o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena, como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.

Tendo por fundamento a tutela específica a um bem jurídico relevante, que o Estado elegeu em determinado momento histórico, as normas de Direito Penal, como visto, integram a categoria de Direito público, possuindo como características a exclusividade, a imperatividade, a generalidade e a abstração.

Sendo ciência autônoma é regida por regras e princípios próprios, albergando em sua contextura um viés de natureza política, fundado nos valores eleitos pela Constituição que é fonte de todo o sistema.

Sempre que alguém realiza um dos comportamentos proibidos pelas leis do Estado, inseridos no texto do Código Penal ou na legislação penal extravagante, ocorre o fenômeno da tipicidade, que é a adequação do fato à norma, estabelecendo-se de imediato uma relação jurídica entre o Estado, autor da norma, e o particular que a violou.

A previsão sancionatória que se encontrava no plano abstrato da normatividade revelou-se na concretude do comportamento humano, exurgindo por via de consequência, situação conflituosa, estabelecida entre o poder-dever de punir do Estado *versus* o direito de liberdade do infrator.

A vingança privada que nos tempos obscuros permitiu a realização da justiça pelas próprias mãos, estando hoje repelida pelo ordenamento jurídico vigente (confira-se artigo 345 do Código Penal), ou mesmo a vingança dos deuses, restou substituída pelo processo, mecanismo que, no particular, representa a maior conquista do mundo civilizado, caracterizado no plano da dogmática

¹⁰ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal**. Vol I. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5.

processual penal, pelo conjunto ordenado de atos, termos e fórmulas com vistas a habilitar o órgão julgador, a dirimir o conflito de interesses de índole penal.

O direito de punir que surge com a ocorrência do fato criminoso, não se realiza de forma arbitrária, mas está jungido ao princípio da reserva legal, previsto na Magna Carta em seu artigo 5º, inciso XXXIX, com a seguinte dicção: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

JESUS¹¹, prelecionando sobre o cânone constitucional pontifica:

O princípio da legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente o que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam, a atividade criminosa de legítima. Essa é a condição de segurança e liberdade individual (...)

Dos escólios de CERNICHIARO¹², colhe-se que:

Não se pactua com garantia meramente formal. Insuficiente apenas a lei anterior à conduta. Impõe-se descrição específica, individualizadora do comportamento delituoso. Em outras palavras, a garantia há de ser real, efetiva. Uma lei genérica amplamente genérica seria suficiente para, respeitando o princípio da legalidade, definir-se como delito qualquer prejuízo ao patrimônio ou a outro bem jurídico. Não estaria, porém, resguardado, efetivamente o direito de liberdade. Qualquer conduta que conduzisse àquele resultado estaria no rol das infrações penais (...).

É através do processo que se materializa a ação penal, invocando o autor a proteção jurisdicional do Estado, em busca da solução do

¹¹ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal-Parte Geral**. Vol. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 58.

¹² CERNICHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.132.

conflito. O artigo 5º, inciso XXXV da Magna Carta consagrou a inafastabilidade da jurisdição para a solução das controvérsias, ao estabelecer: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, só o Estado possui o monopólio do direito de punir, que é ínsito à sua própria soberania. A pretensão punitiva que se encontra no plano da abstração através dos instrumentos normativos, com a eclosão do fato criminoso, passa a se constituir em direito subjetivo estatal.

Como não se admite aplicação de pena sem processo, os mecanismos investigatórios estatais atuam de forma ordenada, com vistas à colheita de elementos acerca do crime e de quem seja o seu autor, tarefa afeta à Polícia Judiciária na elaboração de uma peça preliminar informativa, denominada de inquérito policial, objetivando instrumentalizar na instância judicial, a parte legitimada a formular o pedido de prestação jurisdicional, no pleno exercício do direito de ação.

CAPEZ¹³ conceitua o direito de ação, como

o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a conseqüente satisfação da pretensão punitiva.

Só através da dialética processual, que se concebe a inflição da pena ao imputado, que terá assegurado as Garantias Fundamentais concebidas no texto da Lei Magna, exurgindo do magistério de MARQUES¹⁴ que:

O fundamento constitucional da ação penal, como direito abstrato de agir, pertence ao Estado, para a aplicação da lei penal objetiva, reside justamente nessa autolimitação decorrente dos mandamentos

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 94.

¹⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I Campinas: Bookseller, 1997, p. 286.

constitucionais, no que diz respeito ao direito de punir. Uma vez que a regra do *nulla poena sine iudicio* foi acolhida pelo legislador constitucional quando estabeleceu a necessidade de processo e sentença judiciais para a condenação penal é óbvio que o direito de punir não é auto-executável dependendo sempre da apreciação jurisdicional.

JARDIM¹⁵, prelecionando sobre o escopo do processo, aduz:

Ora, em sendo o processo o instrumento da realização concreta da atividade jurisdicional, é de fácil aceitação que esta finalidade de proteção ao direito se lhe estenda. Vale dizer, por meio do processo o estado prestigia e tutela a ordem legal vigente, fazendo atuar a vontade da lei nos casos concretos, resolvendo, o juiz, a lide tal e qual o faria o legislador. Porém, tem outra finalidade relevante o processo. A sua escolha como meio para a concretização da atividade jurisdicional, em si mesma, implica em juízo de valor. Ao utilizar-se do processo estruturado tal qual se encontra hoje, o Estado procura atingir aquele escopo já referido da melhor forma possível, vale dizer, atuando de forma autoritária sem violentar as garantias individuais. Sob esse aspecto, o processo é um fator de garantia dos cidadãos, pois limita e disciplina a forma de intervenção estatal na composição das lides. Este aspecto é mais saliente no processo penal.

A visão instrumental do processo, que será abordada no Capítulo III deste trabalho, como mecanismo sócio-político-jurídico de solução de controvérsias, por vezes desvirtuado pelo exagerado tecnicismo de alguns operadores jurídicos, tem na sua utilidade, o viés mais importante para realização dos objetivos colimados pelo Estado Democrático de Direito.

Sob outro ângulo, não se pode perder de vista, que a eclosão do fato criminoso gera a possibilidade de apenamento, e que a simples ameaça de restrição ao direito de liberdade, enseja no plano das garantias fundamentais, a existência de instrumento legítimo, capaz de assegurar ao imputado, a defesa do direito de permanecer em liberdade.

O constituinte pátrio, sensível a tais garantias, proclamando conquista já albergada pelo Direito Inglês, desde sua Magna Carta de 1215, fez inserir no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, o seguinte preceito: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

A cláusula do *due process of law* representa na prática a maior salvaguarda do cidadão contra as eventuais arbitrariedades do Estado e de seus agentes. A garantia de que o direito de liberdade só poderá ser suprimido após a apuração do fato, através de um processo regular previsto em lei, com observância do contraditório e da ampla defesa, fazem do cânone constitucional, a mais importante das garantias fundamentais.

JARDIM¹⁶ na mesma obra já citada, abordando desdobramentos da garantia ora enfocada, verbera:

Entendemos que o “devido processo legal” está vinculado diretamente à depuração do sistema acusatório, mormente quando conjugado com a regra do artigo 129, inciso I, do novo texto constitucional, bem como com as demais normas que sistematizam e asseguram a independência do Poder Judiciário, em prol de sua imparcialidade e neutralidade na prestação jurisdicional e aquelas outras que, igualmente, tutelam a autonomia e independência funcional dos órgãos do Ministério Público. A figura do réu encontra guarida especial na nova Constituição, assim como a importante atividade profissional do advogado, que deve gozar de total liberdade de atuação, somente limitada pelas normas jurídicas específicas e pelos princípios éticos, daí por que o artigo 133 declara o advogado como indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

¹⁵ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 4 ed. São Paulo: Forense, 1991, p.93-94.

¹⁶ JARDIM, op. cit., p 465.

Desencadeia-se através dos atos procedimentais, a reconstrução histórica do fato criminoso em busca da verdade, objetivo teleológico do processo, em que as partes através dos meios de prova, ao mesmo tempo em que defendem os interesses postos em disputa, habilitam ao juiz na formação de seu convencimento.

A superação histórica do processo como instrumento de vindita trouxe-lhe contornos de cientificidade a partir do século XIX, com os estudos realizados por Bulow, Wach, Sauer, Beling, Goldschmidt e outros processualistas, que passaram a conceber o processo como autêntica relação jurídica.¹⁷

O vínculo existente entre os atores da relação processual, materializado em direitos e deveres simultâneos, é assim caracterizado por CHIOVENDA citado por TORNAGHI¹⁸:

Antes de se poder julgar o pedido de autuação da lei, é necessário examiná-lo; resulta daí uma situação de pendência no decurso da qual não se sabe se ele é ou não fundado. Como, porém, é preciso sabe-lo, as partes têm de poder apresentar as razões que porventura tenham e isto há de ser feito enquanto perdura o estado de pendência, disso resultando deveres e direitos. Daí a idéia, muito singela, porém fundamental, entrevista por Hegel, afirmada por Bethmann-Hollweg e desenvolvida especialmente por Oskar Bulow e depois dele Kohler e muitos outros, inclusive na Itália: o processo civil contém uma relação jurídica.

Conquanto a referência tenha por base o processo civil, é curial que tem aplicação como um todo na seara do processo penal, concebendo-se a relação processual, como um *actum trium personarum* em que o juiz e as partes praticam atos contemplados no ordenamento processual.

¹⁷ TORNAGHI, Hélio. *A Relação Processual Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 2.

¹⁸ CHIOVENDA apud TORNAGHI, op. cit., p. 05.

TORNAGHI¹⁹, prelecionando sobre essas características no processo penal, aduz:

Especialmente no que respeita ao processo penal, ao contrário do que acontecia nas ordenações antigas, as relações entre o acusado, o acusador e o juiz são reguladas em lei, tornando-se relações jurídicas em que se vêem os direitos, as faculdades, encargos e obrigações de cada um. Destarte, o acusado já não é mero objeto do processo, senão que nele aparece como verdadeiro sujeito de direitos, vinculado às determinações da lei e não à discricção do juiz.

O sistema processual penal pátrio, tendo em conta a natureza do conflito, concebeu a divisão dicotômica: ações penais públicas e ações penais privadas. As primeiras, previstas para apuração das infrações penais que venham ofender bens e interesses da coletividade como um todo e, as segundas, para a apuração de crimes que venham atingir a esfera íntima do particular.

No tocante à legitimidade para o exercício do direito de ação, nas ações penais públicas é o Ministério Público o seu titular, na forma preconizada pelos artigos 129, inciso I, da Magna Carta, 24 do Código de Processo Penal, e 100, parágrafo 1º, do Código Penal. Nas ações penais de natureza privada, está legitimado o ofendido ou seu representante legal, consoante se infere dos artigos 30 do Código de Processo Penal, e 100, parágrafo 2º, do Código Penal.

Na esfera das ações penais públicas, criou ainda o legislador uma subdivisão da ação em: ação penal pública incondicionada ou plena, e ação penal pública condicionada. Na primeira modalidade, o exercício do direito de ação, não se submete a qualquer exigência formal; na última, exige-se para atuação do órgão do Ministério Público, de representação²⁰ da parte ofendida ou de seu

¹⁹ TORNAGHI, op. cit., p. 13.

²⁰ Representação é a manifestação da parte ofendida objetivando a apuração da infração penal.

representante legal, ou ainda de requisição²¹ do Ministro da Justiça, conferindo ao órgão legitimado condição de procedibilidade.

No âmbito das ações de natureza privada, a doutrina tem sustentado de forma pacífica, a existência de três espécies: ações penais privadas propriamente ditas; ações penais privadas personalíssimas, e por fim, ações penais privadas subsidiárias da pública, cujos conceitos extrapolam os objetivos deste trabalho.

Provocada a jurisdição por parte do Ministério Público com a oferta da denúncia, ou do particular através da queixa, que são peças iniciais das referidas ações, cumpre ao órgão do Poder Judiciário dirimir o conflito estabelecido, julgando por sentença a procedência ou improcedência do pedido, condenando ou absolvendo o acusado.

²¹ Requisição é ato administrativo de natureza política, da lavra do ministro da justiça contendo determinação para apuração de determinadas infrações penais.

2. O Foro Especial por Prerrogativa de Função

A temática que envolve o presente trabalho traz na esteira de sua abordagem, a questão ligada ao lugar onde deverão ser processadas e julgadas determinadas pessoas que exercem cargos ou funções públicas relevantes, razão pela qual deve ser dedicada à matéria, um tratamento mais percuciente, para permitir que nos desdobramentos seguintes, se obtenha a visão do instituto em toda a sua dimensão.

Foro, na acepção de SILVA²², “é derivado do latim fórum (praça pública). No sentido forense é tido como o espaço de uma divisão territorial, onde impera a jurisdição de seus juizes e tribunais.”

O Poder Judiciário compõe-se de órgãos monocráticos e colegiados; os primeiros representados por juizes de direito e, os últimos, pelos tribunais, consoante elenco constante do artigo 92, incisos I a VII, da Constituição Federal.

Conquanto a jurisdição seja una e indivisível, eis que todo juiz ou tribunal realiza a tarefa de dizer o direito na hipótese submetida à sua cognição. É através das regras de *competência* que se permite fixar os contornos do ofício jurisdicional de cada órgão.

RANGEL²³ conceitua a jurisdição como sendo

O espaço, legislativamente delimitado, dentro do qual o órgão estatal, investido do poder de julgar, exerce sua jurisdição. Surge, assim, a competência em matéria cível, a competência em matéria penal, militar, trabalhista, eleitoral etc.

²² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17 ed. São Paulo: Forense, 2001, p. 319.

²³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 5 ed. São Paulo: Lumem Júris, 2001, p.242.

No mesmo sentido, são os escólios de MIRABETE²⁴ quando afirma que a competência “é a medida e o limite da jurisdição; é a delimitação do poder jurisdicional.”

Aprofundando-se sobre o tema, RANGEL²⁵, na mesma obra já citada, adverte:

a natureza jurídica da competência é de um pressuposto processual de validade do processo, pois um juiz investido do poder de julgar, porém sem a prévia delimitação legislativa desse poder, acarreta a nulidade do processo. Assim, não basta estar investido do poder de julgar (investidura). Mister se faz, também que seja o juiz competente para o processo e julgamento da causa para que haja validade do processo.

Dos excertos doutrinários trazidos a lume, verifica-se que a competência não se revela como simples pressuposto processual, para que a ação penal se desenvolva de forma válida e regular perante a autoridade indicada pela norma de regência. Hoje, o instituto está alçado ao patamar de Garantia Fundamental do acusado.

É a própria Constituição Federal que confirma tal asserção ao estabelecer no artigo 5º, inciso LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

Albergam regras de competência, a Constituição Federal, o Código de Processo Penal e as Leis de Organização Judiciária dos estados, sendo clássica a tripartição: competência *ratione loci*, competência *ratione materiae* e competência *ratione personae*.

²⁴ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 162.

²⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Lumen Júris, 2001, p. 243.

A primeira está sedimentada na circunstância de que somente o juiz do lugar em que ocorreu a infração penal terá competência para julgá-la; a segunda funda-se no fato de que determinadas questões que envolvem uma certa categoria de interesses são apreciadas por órgãos jurisdicionais especiais, levando-se em conta a natureza da lide. Por último, tem-se a competência fixada não mais em razão do lugar do crime ou da matéria discutida, mas sim em função do sujeito passivo da relação processual. O sistema permite que quando o réu for detentor de determinado cargo ou função pública, que ele responda por eventual desvio de conduta em um órgão jurisdicional colegiado.

TOURINHO FILHO²⁶ conceitua a competência *ratione personae* como “o poder que se concede a certos órgãos superiores do Poder Judiciário de processarem e julgarem determinadas pessoas em decorrência das funções que exercem.”

Esse mesmo autor, em outra passagem de sua obra, adverte:

Há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado e, em atenção a esses cargos ou funções que exercem no cenário político-jurídico de nossa Pátria, gozam elas de foro especial, isto é, não serão processados e julgados como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, mas, pelos órgãos superiores, de instância mais elevada.

Está pacificado na doutrina pátria, que a instância especial, criada para apreciação dos desvios de conduta por parte de determinadas autoridades, não existe como um privilégio da pessoa física detentora do cargo ou função, mas tendo-se em conta a dignidade da mesma e a eminência da posição na pirâmide da estrutura estatal.

²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 214.

PAÇO²⁷, tecendo comentários sobre a razão jurídica do que entende como privilégio pessoal, em obra específica sobre o assunto, pontifica:

Pode-se dizer que o objetivo do foro privilegiado é que se faça processo e julgamento dos melhores pelos melhores. O adjetivo está obviamente ligado ao especial destaque do cargo público ocupado pela pessoa, o que de certa forma tem caráter indiciário. Ou seja, se alguém está exercendo funções de tamanha importância para a sociedade, presume-se que seja portador de qualidades especiais - o que, infelizmente, muitas vezes não corresponde à verdade.

A questão envolvendo o privilégio de foro sempre desafiou a argúcia dos legisladores, eis que traz implícita aspectos que põe em xeque o secular princípio da igualdade de todos perante a lei.

A matéria abordada remonta à Magna Carta Imperial de 1824, que assim dispunha em seu artigo 179, inciso XVII:

À exceção das causas que, por natureza, pertencem a juizes particulares na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou crimes.

A Carta ulterior, de 1891, estabelecia em seu artigo 72, parágrafo 23: “À exceção as causas que, por sua natureza, pertencem a juízos especiais, não haverá foro privilegiado.”

A Constituição Federal de 1934, no artigo 113, inciso XXV, assim dispunha: “Não haverá foro privilegiado, nem tribunais de exceção; admitem-se, porém, juizes especiais em razão da natureza das causas.”

²⁷ PAÇO, André Medeiros do. **Foro por Prerrogativa de Função – Prefeitos Municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 18.

O Texto Constitucional subsequente, de 1937, omitiu-se no que pertine à questão do foro privilegiado, consignando-se que, na Carta seguinte, a de 1946, a questão novamente restou disciplinada no artigo 141, parágrafo 26, com a seguinte dicção: “Não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção.”

A Magna Carta de 1967, no artigo 150 parágrafo 15, prescrevia: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.”

O Texto do Diploma Fundamental de 1969, estabelecia em seu artigo 153 parágrafo 15 que: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.”

A atual Carta de 1988, seguindo a tradição dos diplomas anteriores, consagrou em seu artigo 5º, os seguintes preceitos:

Inciso XXXVII - Não haverá juízo ou tribunal de exceção.

Inciso LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Uma análise da evolução constitucional deixa assente a preocupação do legislador em vedar a existência do foro privilegiado e dos juízos ou tribunais de exceção.

Muito embora “*tribunal de exceção e foro privilegiado*” tenham merecido tratamento nos mesmos preceitos constitucionais, PONTES DE MIRANDA²⁸ extrema seus conceitos:

Diz-se foro privilegiado aquele que cabe a alguém, como direito seu (elemento subjetivo, pessoal, assaz expressivo); portanto, o foro de juízo que não é comum. Tribunal de exceção é o que se estabelece para determinado caso, ou casos, a) já ou ainda não ocorridos; b) provenha ou não de lei a deliberação de instituí-lo (... c) que seja novo, ou já existente o órgão ordinário ou especial o que se confere o julgar excepcionalmente...

Esse autor, na mesma obra, conclui com maestria:

A proibição de tribunais de exceção representa, no direito constitucional contemporâneo, garantia constitucional: é direito ao juízo legal comum. A constituição de 1967, como a de 1981, a de 1934 e a de 1946 elevou-a ao nível de direito fundamental dos indivíduos. Pode invocá-lo quem se tenha de submeter, inconstitucionalmente a tribunal de exceção, e aqueles a quem interesse que outrem não seja tratado excepcionalmente.

CRETELA JÚNIOR²⁹, comentando o dispositivo constitucional, pontifica:

O juiz de exceção, que funciona no “juízo de exceção”, contrapõe-se ao “juiz natural”, que pertence ao Poder Judiciário e que é cercado de garantias, que lhe permitem objetividade, imparcialidade e independência para o exercício da função judicante, garantias que advêm da Constituição. O princípio do juízo natural é aceito, em nossos dias, pelas diversas legislações dos Estados do mundo, ou seja, todos devem ter direito a ser julgados por juiz independente e imparcial (...)

²⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1969*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 237-238.

²⁹ CRETELA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p.189.

A constatação levada a efeito, à vista da normatividade constitucional e da própria tradição republicana, é a de que a expressão foro privilegiado refere-se à pessoa em face de suas condições particulares; à fidalguia, suas tradições de família, ou títulos de nobreza (v.g. duque, conde, barão, etc) não podendo a norma quedar-se diante de tais situações, representando afronta ao princípio da isonomia.

Resta claro, que o foro por prerrogativa de função, não se confunde com o foro privilegiado vedado pela tradição constitucional brasileira, conquanto algumas vezes tenham se levantado, sob o argumento de que se trata de simples eufemismo, a exemplo de Roberto Lyra³⁰.

É forçoso convir que ao foro especial por prerrogativa de função se submetem as pessoas que exercem cargos e funções públicas relevantes, detentoras de parcela do poder do Estado, e que pela excelência dessas atividades, devem se submeter ao processo e julgamento pelos órgãos superiores do Poder Judiciário.

No entanto, em relação ao foro privilegiado, não tem por fundamento, a questão da atividade exercida, mas sim a privilégios; as preferências pessoais, ou mesmo a influência política ou injunções de outra natureza, que retiraria do órgão julgador excepcional a imparcialidade que deve caracterizar os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário.

PAÇO³¹, na mesma obra já mencionada, conclui em relação ao foro privilegiado:

Vimos que em sua raiz esse foro constituía privilégio pessoal, manifestação da institucionalizada desigualdade de classes e que, com o fim do absolutismo e o avanço da

³⁰ Revista dos Tribunais n. 216. p. 41.

³¹ PAÇO, op. cit., p.91.

disciplina dos direitos do homem e do cidadão, passou a prevalecer o entendimento de que sua manifestação devia atender à relevância dos cargos mais importantes do Estado, e não aos interesses das pessoas que os ocupam, embora fosse obvio que elas beneficiam-se desse tratamento diferenciado, coisa que não acontece, por exemplo, com um grande advogado, um excelente médico, um engenheiro de destaque ou um brilhante cientista, ainda que seja unânime seu reconhecimento como benfeitores da sociedade.

A conclusão de que o foro por prerrogativa de função, nada tem a ver com foro privilegiado, decorre do exame dos próprios textos constitucionais que, vedando o privilégio de foro, no entanto fixam competências especiais por parte de seus órgãos jurisdicionais, em razão de determinadas pessoas.

A Constituição Federal de 1824, em seu artigo 163, após criar na Capital do Império, o Supremo Tribunal de Justiça, conferiu a esse órgão do Poder Judicial (sic) as seguintes competências:

Artigo 164

I-.....

II- conhecer dos delitos e erros de officio, que comprometem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados do Corpo Diplomático, e os Presidentes das Províncias.

A Carta Política de 1891, dispunha:

Artigo 59: Ao Supremo Tribunal Federal compete:

1. Processar e julgar originária e privativamente:

a) o presidente da República nos crimes comuns e os Ministros de Estado nos casos do artigo 52.

b) os Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade.

A Constituição Federal de 1934, estabelecia:

Art. 76. À Corte Suprema compete:

1) processar e julgar originariamente:

- a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns.
- b) os ministros de Estado (...)
- c) os juizes federais (...)

A Carta Política de 1937, estabelecia em seu artigo

101:

Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

- a) os ministros do Supremo Tribunal;
- b) os ministros de Estado, o procurador-geral da República, os juizes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade (...)

O Texto Fundamental de 1967, rezava em seu

artigo 114:

Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente:

- a) nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no final do artigo 88, os Juizes Federais, os Juizes do Trabalho, e os Membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas da União, dos Estados e do Distrito Federal e os Chefes de Missão diplomática de caráter permanente.

A Carta Política de 1969, estabelecia no artigo 119:

Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente:

a) nos crimes comuns o Presidente da República, o Vice-Presidente os Deputados e Senadores; os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República;

b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado (...)

Através da Emenda Constitucional número 7 de 13 de Abril de 1977 conferiu-se ao recém criado Tribunal Federal de Recursos, competência para:

I- processar e julgar originariamente:

a).....

b) os juizes federais, os juizes do trabalho, e os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e os do Ministério Público da União nos crimes comuns e nos de responsabilidade.

A Magna Carta atual, criando novos órgãos jurisdicionais, atribuiu-lhes competências diversas, inferindo-se de sua leitura que:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar originariamente:

a).....

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça

I - processar e julgar originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e dos

Tribunais Regionais do Trabalho, os membros dos Conselho ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante os tribunais.

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar originariamente:

a) os juizes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

A mesma Carta Federal, em seu artigo 96, inciso III estabeleceu que compete:

Aos Tribunais de Justiça julgar os juizes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Concernente aos Prefeitos Municipais, que é uma inovação constitucional, extrai-se do mesmo texto no seu Artigo 29, inciso X: “Julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.”

Com relação ao prefeito, está pacificado na doutrina e na jurisprudência que os mesmos respondem pelas infrações penais comuns, nos Tribunais de Justiça; por crimes eleitorais nos Tribunais Regionais Eleitorais e nos crimes que lesam bens e interesses da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas, nos Tribunais Regionais Federais.

Outra questão importante é que até bem pouco tempo o foro especial por prerrogativa de função era ampliado para abranger aos ex-detentores de cargos públicos, por força da Súmula 394 do STF, que assim dispunha:

Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de

função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

Tratava-se na verdade de extensão do privilégio de foro, a quem não mais ostentava cargo ou função pública, circunstância essa que recebia da doutrina especializada forte contestação, levando o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária ocorrida em 25 de agosto de 1999, ao apreciar a Questão de Ordem suscitada no Inquérito 687/SP que envolvia ex-Deputado Federal, à unanimidade de seus membros, rever a matéria, cancelando a Súmula que até então vigorava desde 03 de abril de 1964.

Direito ou privilégio de determinadas pessoas, tem-se assim, consolidada na história do constitucionalismo brasileiro, desde a primeira Carta Imperial, a garantia do foro especial por prerrogativa de função.

3. A Lei nº 8.038/90

Em todos os dispositivos constitucionais trazidos à lume neste estudo, verifica-se que a competência por prerrogativa de função tem natureza originária. São os órgãos colegiados indicados pela Magna Carta, os juízes naturais para processar e julgar as pessoas já aludidas.

Conquanto os referidos órgãos representem em alguns casos o segundo grau de jurisdição, ou o órgão recursal superior na hierarquia do Poder Judiciário, a expressão originária extraída dos textos está a indicar que a ação penal, de natureza pública ou privada, deve ser iniciada naquelas instâncias.

RODRIGUES³² comentando a matéria, aduz:

As Ações Penais Originárias, como a denominação está a indicar, são aquelas que tem origem e se processam no próprio Tribunal, em razão da prerrogativa de função dos réus que a ela respondem. É o caso, por exemplo, dos Juizes de 1º grau, dos promotores e demais membros do Ministério Público, deputados estaduais etc.

Interessante notar que quando a Constituição Federal elege o Tribunal como foro natural de determinadas pessoas, não estabelece qual o seu órgão fracionário (pleno, câmaras ou turmas, isoladas ou reunidas) que deverá processá-las e julgá-las, deixando a questão a cargo do seu Regimento Interno.

Tal ilação se extrai da decisão da Suprema Corte, lançada nos autos do *Habeas Corpus* 71702/RS ocorrida em 02 de abril de 1996, publicada no Diário da Justiça de Treze de Dezembro de 1996, tendo como Relator o Ministro Sidney Sanches, quando deixou assente:

A Constituição, ao estabelecer no inciso X do artigo 29, que o julgamento do Prefeito se fará perante o Tribunal de Justiça, impõe que o julgamento se faça pelo Tribunal de Justiça; mas não necessariamente por seu Plenário ou por seu órgão especial; podendo, pois, o regimento interno da Corte designar um órgão fracionário dela para proceder a esse julgamento. E nada há de irregular pelo fato de esse regimento estabelecer que uma das suas Câmaras Criminais tenha competência preferencial para julgamento de ação penal contra Prefeito Municipal. Inexistência de irregularidades na Câmara julgadora.

Tratando-se de ações que têm curso em vários órgãos distintos do Poder Judiciário, aos quais se submetem diversas categorias de pessoas, o sistema disciplinou inicialmente através da Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1.990, o procedimento das ações penais originárias apenas junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, estendendo posteriormente, através da Lei nº 8.658 de 26 de maio de 1993, a mesma aplicação junto aos Tribunais de Justiça, e aos Tribunais Regionais Federais.

Sem embargo das normas de regência já referidas, e que traçam o procedimento básico para o curso da ação penal, aplicam-se nos Tribunais, em caráter supletivo, os seus Regimentos Internos que albergam toda a matéria *interna corporis*. Havendo a Lei nº 8.038/90, traçado o perfil único a ser seguido, assegura-se com isso tratamento isonômico aos acusados.

No âmbito de cada Tribunal, recebendo o representante do Ministério Público³³ as peças informativas veiculando fato com roupagem criminosa, atribuído à pessoa que se submete à jurisdição do referido colegiado, consoante artigo 1º do citado preceptivo, disporá de 15 (quinze) dias para oferecer a denúncia, ou mesmo pedir arquivamento das mesmas. Não está afastada a

³² RODRIGUES, Mara Stella Villela S.Lopes. **Recursos na Nova Constituição-Extraordinário, especial e ordinário constitucional em Mandado de Segurança e Hábeas corpus e as Ações Penais Originárias**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 99.

³³ No STF, STJ e TRFs, oficia o Procurador da República e nos TJs o Procurador-Geral de Justiça.

possibilidade do titular do direito de ação, à vista da necessidade de melhor instruir os autos, de requerer diligências complementares (parágrafo 1º).

O juízo de valor realizado pelo órgão ministerial, ou mesmo pelo particular nas hipóteses de ação penal privada, cinge-se à verificação de três elementos importantes para o oferecimento da denúncia ou da queixa, que são peças iniciais deflagratórias da ação penal.

O primeiro requisito é a verificação de indícios de autoria ou participação do indiciado nos fatos noticiados na peça. É autor do crime quem realiza o núcleo do tipo, caracterizado pelo verbo transitivo, inserido no preceito normativo criado pelo Estado. Chama-se partícipe quem auxilia o autor de qualquer forma à consecução da empreitada delituosa, e que em face da dicção existente no artigo 29 do Código Penal também se sujeita às mesmas sanções, pelo princípio da adequação típica por subordinação.

Diz o dispositivo acima referido: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

A etapa seguinte é a constatação se a infração penal atribuída ao indiciado deixou vestígios; se esses existem, necessário se torna a colheita dos sinais exteriores do fato criminoso através do Exame de Corpo de Delito. A imposição visa a atender o preceito inserido no artigo 158 do Código de Processo Penal, sem o que a jurisdição não poderá ser provocada pelo legitimado, pela falta de elemento indispensável ao oferecimento da inicial penal.

Por fim, necessária se torna a comprovação de que o fato atribuído ao indiciado é típico; isto é, encontra-se albergado no ordenamento penal vigente como comportamento censurável, sujeito à sanção do Estado. Uma análise do Código Penal em sua Parte Especial, que trata dos crimes e das penas, ou mesmo da

legislação penal extravagante, demonstrará se o comportamento realizado encontra-se previsto.

A míngua de elementos indiciários acerca da autoria, a inexistência de tipicidade, que torna a ação irrelevante para o Direito Penal, ou mesmo a ocorrência de causas impeditivas do exercício do direito de ação, indicam que o arquivamento dos autos seja a solução mais coerente a ser adotada pelo titular da ação, o que, não impede que o fato seja posteriormente submetido ao crivo jurisdicional, desde que surjam novos elementos probatórios.

É o que dispõe o enunciado da Súmula 524 do S.T.F: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.”

Estabelecidas tais premissas, e superados os óbices preliminares ao pedido de tutela, surge para o órgão ministerial, por força do princípio da obrigatoriedade, o indeclinável dever de propor a demanda com o oferecimento da denúncia, que deverá atender os requisitos formais estabelecidos no artigo 41 do Código de Processo Penal.

A peça vestibular da ação deverá conter todos os elementos indispensáveis ao estabelecimento do contraditório, registrando-se que o acusado defende-se unicamente do fato descrito na mesma. O dia, a hora, o local, a maneira de execução do ilícito e todas as circunstâncias que envolveram o fato criminoso, devem merecer atenção por parte do Ministério Público ou querelante na ação, evitando-se que a inépcia da peça possa ensejar a inviabilidade da pretensão punitiva.

Surge, nesse ponto, desdobramento importante em relação a uma categoria de pessoas que goza de foro especial por prerrogativa de função: os parlamentares. Os Senadores da República e os Deputados Federais, que são

membros que integram o Congresso Nacional, assim como os Deputados Estaduais, além do foro diferenciado, gozam de imunidade.

Tal garantia que não é pessoal, mas sim do Poder Legislativo do qual fazem parte, já está incorporada ao direito brasileiro, e se caracteriza, no particular, pela necessidade de autorização da Casa Legislativa à qual pertencem, para que possam ser processados.

MORAES³⁴, na mesma obra já citada, lecionando sobre o instituto, expõe:

A criação das imunidades parlamentares como corolário da defesa da livre existência e independência do Parlamento tem no sistema constitucional inglês sua origem, através da proclamação do duplo princípio da *freedom of speech* (liberdade da palavra) e da *freedom from arrest* (imunidade à prisão arbitrária), no *Bill of Rights* de 1688, os quais proclamaram que a liberdade de expressão e de debate ou de troca de opiniões no Parlamento não pode ser impedida ou posta em questão em qualquer corte ou lugar fora do Parlamento.

Importante lembrar que foi basicamente o direito europeu que consolidou as imunidades parlamentares, dando-lhes os contornos atuais, porém, elas não passaram despercebidas do povo romano, pois eram intangíveis, (*sacrosancta*) as pessoas dos tribunos e dos edis, seus auxiliares; tendo o povo romano outorgado-lhes por lei essa inviolabilidade e, para torná-la irrevogável, santificou-a com um juramento (*les sacrata*), punindo com pena de morte os atentados contra essa regulamentação. Esta inviolabilidade do tribuno garantia-lhe no exercício das suas funções ou fora delas e obstava a que ele pudesse ser acusado, preso ou punido.

A atual Constituição Federal fixou a prerrogativa em apreciação, em seu artigo 53 parágrafo 1º, ao estabelecer:

Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em

³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.384.

flagrante de crime inafiançável, **nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.** (destacamos)

Igual preceito é repetido nas Cartas Estaduais com relação aos Deputados Estaduais, que necessitarão de licença das Assembléias Legislativas a que pertencem, para serem processados e julgados pelos Tribunais de Justiça.

Diante da garantia da imunidade parlamentar, oferecida a denúncia, antes de qualquer outra providência de natureza processual, deverá ser solicitado ao presidente da respectiva Casa que submeta ao plenário, o pedido de licença para o processamento. A tradição parlamentar brasileira e o corporativismo reinante no legislativo têm apontado no sentido de ser negada a licença, o que tem sido objeto de contundentes críticas, uma vez que, na prática, tem sido instrumento estimulador da impunidade.

O mesmo Texto Constitucional que assegura a garantia antes referida, estabelece, no seu parágrafo 2º: “O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato.”

Tem-se aqui uma causa obstativa do curso do fenômeno prescricional, que na hipótese se caracteriza como a perda do poder-dever de punir do Estado, em face do lapso temporal decorrido, evitando-se a ocorrência da extinção da punibilidade do infrator, o que levaria à inviabilidade da pretensão punitiva estatal.

Tratando-se de pessoas não componentes do corpo parlamentar, ou obtida a necessária autorização plenária, o relator da matéria deverá promover a notificação do acusado para, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentar a sua resposta. Essa defesa preliminar, concebida em homenagem a atividade exercida, destina-se a propiciar antes do juízo de admissibilidade da acusação, a ser formulado

pelo órgão jurisdicional, que o acusado da prática delituosa, possa expor as suas razões de defesa, permitindo-se a juntada de documentos.

É notório que as pessoas que desempenham determinadas funções na estrutura estatal, por serem detentoras de prestígio, e de parcela do poder do Estado, estão sempre expostas a injunções de toda a natureza, oportunizando eventualmente a ocorrência de procedimentos temerários, destituídos de plausibilidade jurídica.

Tal preocupação não passara desapercibida a BROSSARD³⁵ quando, em passagem de sua obra, FERREIRA, adverte:

Na imensa variedade de circunstâncias em que se desenvolve a ação dos homens políticos, há fatos de natureza muito complexa – fatos que podem ser danosos em extremo, sem serem positivamente ilegais, e fatos que, admitindo a qualificação de crimes, nem por isso perdem o seu caráter político, sob cujo aspecto devem ser considerados, não exclusivamente segundo os preceitos inamalgáveis da justiça, mas pelo critério de conveniência, que altas razões de Estado podem sugerir.

Sensível a tal prática, que tem se repetido com certa frequência, principalmente em tempos de instabilidade democrática, o legislador cercou o ato de instauração da relação processual penal de certa solenidade, colimando finalisticamente a proteção do cargo ou função exercida.

Apresentada a resposta, e se a ela forem anexados novos documentos, o autor da ação será intimado para se manifestar sobre eles no prazo de 5 (cinco) dias e em seguida o relator deverá submeter a questão ao tribunal para que se pronuncie sobre o recebimento ou a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação.

³⁵ FERREIRA apud BROSSARD, Paulo. **O impeachment. Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 52.

Na sessão colegiada onde se formará o juízo de admissibilidade, será facultado às partes a sustentação oral por 15 (quinze) minutos, deliberando incontinentemente o tribunal. Assenta-se a cognição sumária, na verossimilhança das acusações sedimentadas na denúncia ou na queixa em confronto com a peça de defesa.

Se entender o tribunal, que a acusação ostenta foros de credibilidade, e que a questão merece ser aprofundada sob o crivo do contraditório, receberá a denúncia. Caso contrário, a rejeitará sob os fundamentos albergados no artigo 43 do Código de Processo Penal, ou sob o argumento de que a imputação é manifestamente improcedente.

Deflagrada a ação penal com o recebimento da peça inicial, será o réu citado para interrogatório. Em seguida, a defesa disporá de 5 (cinco) dias para oferecer defesa prévia, iniciando-se a instrução probatória que terá o mesmo regramento previsto para o procedimento comum albergado no Código de Processo Penal.

Instruir é informar; é habilitar o órgão julgador para decidir a causa. As partes na relação processual, valendo-se dos meios de provas em direito admitidas, na dialética processual, influirão na formação do convencimento do tribunal.

Colhidas as provas da acusação e da defesa, as partes terão 5 (cinco) dias para o requerimento de diligências, seqüenciado o procedimento com a apresentação de alegações finais pelo prazo de 15 (quinze) dias, concluindo-se com o julgamento pelo Tribunal de acordo com seu Regimento Interno.

Para afrontar as decisões colegiadas, são cabíveis os recursos de Embargos de Declaração, Embargos Infringentes e a Revisão Criminal, cujas conseqüências serão apreciadas em capítulo próprio.

4. Da Competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

A novel Carta Política reservou para a mais alta Corte de Justiça do País, as relevantes funções de promover a guarda da Constituição Federal. Esse ofício jurisdicional se exaure em toda a plenitude, no processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, que se encontram albergados na alínea “a” do inciso I do artigo 102 do preceptivo já referido.

Ao lado dessa competência, incumbe-lhe ainda, no terreno destinado às prerrogativas funcionais, processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador Geral da República (Artigo 102 inciso I, alínea “b”).

A matéria penal destinada à cognição do S.T.F, na hipótese acima referida, cinge-se unicamente aos crimes comuns, praticados por aquelas pessoas, que ostentam os cargos mais relevantes na estrutura organizacional da República.

A expressão “*infrações penais comuns*”, inserida no corpo do preceptivo constitucional, conquanto já esteja incorporada à tradição do Direito Constitucional Brasileiro, ainda suscita dúvidas quando se coteja com a outra categoria de infrações contempladas no mesmo corpo da Carta Magna, para as quais o constituinte denominou de “*crimes de responsabilidade*.”

Para TOURINHO FILHO³⁶,

A expressão crime comum, no sentido estrito, isto é, qualquer infração que não seja de responsabilidade nem que se meta a rol entre as infrações cuja competência foi fixada pela Lei das Leis: crimes da competência do júri, crime eleitoral, crime da alçada da Justiça Militar, e até mesmo crimes da alçada da Justiça Comum Federal. E nesses casos, serão eles processados e julgados pelos órgãos inferiores dessas justiças e inclusive pelo Tribunal do Júri.

BROSSARD³⁷, traçando os marcos divisórios entre essas categorias de infrações penais, na obra acima referida observa:

Já houve críticas ao que se supôs constituir censurável superposição de ilícitos penais, e não faltou quem entendesse que a todo o crime de responsabilidade devesse responder crime comum, de modo que a autoridade destituída por impeachment viesse a ser sempre, criminalmente processada. A lei penal deveria correr paralela à lei de responsabilidade. Tinham de ser coextensivos os dois processos. Em verdade, porém, nem existe criticável superposição de crimes nem deve haver necessária correlação de figuras delituosas nas duas leis, que são distintas e de distinta natureza. Segundo reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ‘a expressão crime comum, na linguagem constitucional, é usada em contraposição aos impropriamente chamados de crimes de responsabilidade, cuja sanção é política, e abrange, por conseguinte, todo e qualquer delito.

Uma outra vertente doutrinária advoga que a expressão “*crimes de responsabilidade*” constante dos textos constitucionais, se refere aos chamados crimes funcionais, com previsão nos artigos 312 a 326 do Código Penal Brasileiro, e na legislação esparsa e que têm sempre como autor, alguém que exerce cargo, emprego ou função pública.

Encampa-se por inteiro tal convicção, uma vez que os chamados “*crimes de responsabilidade*” não são infrações que possuem a roupagem

³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. 2. São Paulo: Jolovi, 1992, p. 214.

³⁷ BROSSARD, op. cit., p.71.

delituosa com assento no Código Penal ou na legislação extravagante. Eles se constituem em infrações político-administrativas, com sede na Lei nº 1.079/50, ou no Decreto-Lei nº 201/67.

As figuras albergadas na Lei nº 1.079/50 têm como destinatários o Presidente da República, os Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, Governadores e Secretários de Estado.

Já as infrações do Decreto-Lei nº 201/67, tem previsão para os Prefeitos Municipais e vereadores no exercício do mandato, sendo inquestionável que tais desvios de conduta são submetidas à *jurisdição política*, do Congresso Nacional, da Assembléia Legislativa, ou Câmara Municipal, conforme a hipótese.

Outro destaque é que a sanção prevista para esse tipo de infração é unicamente a perda do mandato e a inabilitação para o exercício de qualquer função pública, o que escapa da apreciação do Poder Judiciário, que se limita unicamente a aplicação das sanções privativas da liberdade, restritiva de direitos e multa, previstas na legislação.

Ainda é o S.T.F o órgão jurisdicional com competência para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ressalvado o disposto no artigo 52, inciso I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União, e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Essa outra categoria de servidores graduados, também se submete à jurisdição do Pretório Excelso pelo princípio da hierarquia, eis

que, ostentando os cargos mais importantes da administração do Estado, devem também ser julgados pelo mais alto tribunal.

Em uma escala abaixo, desponta o Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional criado com a Carta Política de 88, com competência fixada no artigo 105, inciso I, alínea “a”, para processar e julgar nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e dos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante os tribunais.

5. A Competência dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados, e do Distrito Federal

Está sedimentada no direito pátrio, máxime por força de decisões reiteradas dos tribunais superiores, que a competência da Justiça Federal é de natureza constitucional, posto que decorre da Carta Política. A legislação infra-constitucional, em hipótese nenhuma poderá ampliar os limites traçados por aquela norma de regência.

Tal competência, como se verá adiante, é fixada tendo-se em conta o interesse manifesto da União, “*que pode ser direto ou indireto, mediato ou imediato*”³⁸. Decorrem desse interesse, duas ordens de competência, a saber: competência *ratione personae* e competência *ratione materiae*.

A competência em razão da pessoa abrange a União, as autarquias federais e as empresas públicas federais, que eventualmente possam ser atingidas pela atividade criminosa, na condição de vítimas. Aqui o interesse processual é direto.

Na competência em razão da matéria, tem-se que o interesse é indireto, uma vez que, mesmo não sendo atingida a União, suas autarquias ou empresas públicas, existe o interesse político em jogo, atingindo a sua soberania e, por conseguinte, os reflexos na esfera internacional.

Prelecionando sobre a competência da Justiça Federal em matéria criminal CARVALHO³⁹ pontifica:

A competência criminal geral da Justiça Federal está inserida no inciso IV, do artigo 109 da Constituição,

³⁸ RTJ 78/56 CC 5.875-RJ, Rel.Min.Luiz Galoti.

³⁹ CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da justiça federal*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1995, p. 167.

abrangendo os crimes praticados em detrimento de bens, serviços e/ou interesses da União, de suas autarquias ou de suas empresas públicas. Para sua configuração necessário a conjugação de três requisitos:

a) a presença, no pólo passivo, como vítima, do ente federal (União, autarquia ou empresa pública)

b) a repercussão do delito no bem, serviço ou interesse do ente federal;

c) a ocorrência do prejuízo ou dano ao ente federal.

Desse modo, estabelece o Artigo 109 da
Constituição Federal:

Aos juízes federais compete processar e julgar:

I.....

II.....

III.....

IV- os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V- os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

VI- os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira.

A mesma Carta Federal, traçando os limites
jurisdicionais do Tribunal Regional Federal, em relação à prerrogativa de função,
estabelece:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I- processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade e, os membros

do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

No que pertine aos Tribunais de Justiça dos Estados-membros e do Distrito Federal, conquanto a Constituição Federal tenha atribuído competência para julgar os juízes estaduais bem como os membros do Ministério Público nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, as constituições estaduais, valendo-se da competência privativa ditada pelo artigo 96, inciso I, alínea “a” da Carta Magna, têm ampliado a competência para submeter à Corte máxima estadual, o Vice-governador do Estado, os Deputados Estaduais, os Secretários de Estado e o Procurador Geral do Estado.

Capítulo II

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA

1. A Ampla Defesa nas Ações Penais Originárias

Em sede de garantias constitucionais, o princípio da ampla defesa aparece dentro do sistema pátrio como dispositivo que visa dar efetividade à clausula do devido processo legal, cujo surgimento remonta a *Magna Charta Libertatum* de 1215, outorgada por João Sem-Terra, e que em seu artigo 39, estabelecia:

nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de suas liberdades ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer outra maneira destruído, nem castigaremos ou mandaremos forças contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pelas leis do país.

Na contextura da realidade brasileira, desde a Constituição Imperial de 1824, o tema tem merecido referencia obrigatória, ressaltando-se que na Carta atual, o constituinte primou por melhor técnica unindo garantias até então albergadas em preceptivos distintos, fundindo-os em um só, sob o cânone do Artigo 5º, inciso LV com a seguinte dicção: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Na práxis, proposta a ação penal perante o juízo competente, desenvolve-se uma atividade probatória de pesquisa da verdade, cabendo a

cada parte na relação processual, o ônus da sustentação de tese que atenda a seu peculiar interesse na demanda.

O caráter dialético do processo, pressupõe a existência de situação antagônica; um permanente estado de tensão entre acusação e defesa. A primeira, materializando o interesse estatal na apuração do fato criminoso, com vistas a constatação da culpabilidade do acusado, e a segunda, no exercício da garantia telada, assegurada a todo o acusado.

A doutrina pátria tem se encarregado de moldar os contornos da garantia constitucional da ampla defesa, podendo-se inferir da lavra de MORAES⁴⁰ que:

Por *ampla defesa* entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Prelecionando sobre a garantia constitucional, BASTOS⁴¹ esclarece que:

Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções, ora se traduzirá na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento. Por ora basta salientar o direito em pauta como um instrumento assegurador de que o processo não se converterá em uma luta desigual em que

⁴⁰ MORAES, op. cit., p. 113.

⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 266.

o autor cabe a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu cabe timidamente esboçar negativas. Não, forçoso se faz que ao acusado se possibilite a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente à evidenciação da sua versão.

FERREIRA⁴² nos comentários à Magna Carta, aduz que:

A garantia da plena ou ampla defesa significa o mesmo que *due process of law*, como salientam os tratadistas, a exemplo de Mangoldt. Precede especialmente da Magna Carta de 1215. O direito de plena defesa não fica evidenciado pelo que ocorre durante o processo ou no processo, porque deve ter seus antecedentes no próprio catálogo legal dos crimes, quando à sua enumeração e ainda quanto ao tipo de procedimento punível em processo regular. São dois os princípios necessários e implícitos na locução constitucional “ampla defesa”: 1º) *nullum crimen sine lege*, que é o princípio da legalidade dos delitos; 2º) *nula poena sine praevio processum poenali*, como o princípio da legalidade das penas e do processo legal que é produzido, a fim de que se possa ter um processo penal ou criminal regular.

Prelecionando sobre os mecanismos que asseguram a garantia da ampla defesa, pondera GRECO FILHO⁴³ que:

Consideram-se meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, Agora é essencial à Administração da Justiça (artigo 133); e e) **poder recorrer da decisão desfavorável.** (destaque nosso)

Por seu turno, TUCCI⁴⁴, traçando o conteúdo da garantia telada, preleciona:

⁴² FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. vol 1. São Paulo: Saraiva, p. 176-177.

⁴³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 54.

A concepção moderna do denominado *rechliches Gehör* (garantia da ampla defesa), reclama, indubitavelmente, para sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, a saber: a) o direito à informação (*nemo inauditus demnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade) e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (comprovação da inculpabilidade).

Singrando a orientação doutrinária supra referida, verifica-se que o desdobramento da garantia, se revela na prática, pela necessidade de informar ao acusado dos termos da ação proposta, através dos mecanismos processuais pertinentes (citação inicial válida e intimação para os demais atos do procedimento).

De igual modo, assegurar que em todo o transcurso da relação processual, lhe seja permitido manifestar-se sobre os atos praticados pela parte contrária. É a bilateralidade, a essência do princípio do contraditório, afastando-se eventuais privilégios, consagrando-se o equilíbrio (“paridade de armas”) entre as partes na relação processual.

Implícita à garantia constitucional da ampla defesa, tratada em sua generalidade no texto constitucional, pontifica-se no âmbito do processo penal, o direito de defesa, como instrumento indeclinável à existência do contraditório.

FERNANDES⁴⁵ prelecionando sobre essa dinâmica do processo, aduz:

Não se vislumbra, contudo, entre a defesa e o contraditório, relação de primazia ou de derivação. Defesa e contraditório estão intimamente relacionados e ambos são manifestações da garantia do devido processo legal. O processo, pela sua própria natureza, exige partes em posições opostas, uma delas necessariamente em

⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 205-106.

⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 249.

posição de defesa, e para que, no seu desenvolvimento, seja garantida a correta aplicação da justiça, impõe-se que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. São assim, a defesa e o contraditório, como também a ação, manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro. Por isso tudo, é evidente a ligação entre defesa e o contraditório e claro o paralelismo que se forma entre a ação e a defesa. O mesmo sucede no processo penal, ainda mais porque, neste, o contraditório deve ser pleno, efetivo, de modo que se assegure equilíbrio de forças entre acusação e defesa.

Ainda ferindo o tema, MARQUES⁴⁶ esclarece:

Defesa é o direito que tem o réu ou acusado de opor-se à pretensão do autor (público ou privado). No curso do processo instaurado por este. E como o processo tem um duplo conteúdo - um processual e outro de mérito (...) - distinguem-se duas formas de defesa: a defesa processual e a defesa de mérito. Com a primeira, o acusado procurará mostrar quando isto couber, que é inadmissível a prestação jurisdicional pedida, por falta de algum pressuposto processual, condição de ação ou de procedibilidade; e com a segunda tentará demonstrar que inexistente o direito de punir, ou que a acusação, no todo ou em parte, é improcedente.

De igual modo, são as ponderações de TOURINHO FILHO⁴⁷ quando leciona que:

Defesa, em sentido amplo, é toda atividade das partes no sentido de fazer valer, no processo penal, seus direitos e interesses, não só quanto à atuação da pretensão punitiva, como também para impedi-la, conforme sua posição processual.

⁴⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. vol. I. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 342.

⁴⁷ TOURINHO FILHO, op. cit, p. 299.

É inquestionável que, sendo atribuído a alguém, a prática de uma infração penal, não se revela justificável a existência de uma sentença, sem que tenha ocorrido previamente uma discussão ampla sobre a questão, em igualdade de condições, participando o acusado de todos os atos do processo, permitindo com isso influenciar na formação do convencimento do órgão julgador.

O exercício do direito de defesa, traz implícito duas garantias importantes na seara do processo penal: o direito a autodefesa, e à defesa técnica. O primeiro, consubstanciado na participação pessoal do acusado no contraditório, devendo ele, ser intimado para todos os atos do processo, contribuindo destarte para o desenvolvimento de sua defesa.

MARQUES⁴⁸ comentando sobre a garantia em estudo, pontifica:

A autodefesa é a defesa particular do acusado, através da participação em vários atos processuais e da presença àqueles que se realizam *coram populi* para instrução e debates da causa.

Essa primeira vertente, (autodefesa) desdobra-se no que a doutrina majoritária denominou de “direito de audiência” e “direito de presença”. O direito de ser ouvido em juízo, materializa-se na prática, na oportunidade do interrogatório do acusado o que é assegurado pelo sistema, sendo considerado na moderna dogmática processual penal, em ato de defesa e ao mesmo tempo, em meio de prova.

A garantia de audiência pessoal do réu tem assento no Código de Processo Penal vigente em dispositivos distintos, que devem ser concebidos sob a ótica garantista do texto da nova Carta Magna, podendo-se constatar do preceptivo infraconstitucional o seguinte:

⁴⁸ MARQUES, op. cit., p. 64.

Art.185. O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado.

Art.196. A todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório.

Já está sedimentado na doutrina e na jurisprudência pátrias, que o interrogatório é ato essencial do processo, posto que, topograficamente inserido no capítulo pertinente às provas, sua realização se torna indeclinável para a formação do convencimento do julgador, sendo a sua eventual supressão em causa de nulidade absoluta.

A outra vertente do ato processual em análise e que se caracteriza pelo “direito de presença”, se manifesta na possibilidade que deve ser assegurada pelo órgão jurisdicional, ao acusado a todo o momento, de posicionar-se sobre o contingente probatório que está sendo coligido aos autos do processo, assegurando-se-lhe com isso, uma perfeita interação não só com os atores da relação processual, mas também com o objeto da prova.

Ao lado da autodefesa, posiciona-se a defesa técnica, exercida por profissional habilitado. Enquanto a primeira é renunciável, podendo dentro da liberdade conferida ao réu, o mesmo permanecer calado, ou confessar o fato, admitindo a imputação sediada na prefacial penal, total ou parcialmente ou mesmo argüir tese defensiva que melhor lhe aprouver. A defesa técnica tem a marca da indisponibilidade.

A necessidade de assistência jurídica ao acusado, não restou olvidada no Código de Processo Penal, que albergou nos artigos 261 e 263 os seguintes preceitos:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

MIRABETE⁴⁹ discorrendo sobre o papel do advogado, pontifica:

Diante do princípio constitucional que assegura aos acusados em geral a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (artigo 5º, inciso LV, da CF), é indispensável que o réu seja amparado por pessoa com conhecimentos técnicos suficientes para que se torne efetiva a referida garantia. Em consonância com o princípio citado, diz a lei processual penal que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. O defensor, procurador ou representante da parte, é o advogado, sujeito especial no processo porque sua atuação é obrigatória, uma vez que o direito de defesa é um direito indisponível. Seja constituído ou nomeado, cabe ao advogado representar e assistir tecnicamente o acusado, apresentando ao órgão jurisdicional tudo o que possa contribuir para absolvê-lo ou, ao menos, favorecer de alguma forma sua condição no processo.

Desdobra-se assim a garantia de ampla defesa, em uma série de atos que são conferidos pessoalmente ao réu, assim como ao seu advogado, no intuito de viabilizarem o surgimento de situações que de qualquer maneira forma vinham beneficiar o réu.

⁴⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 7 ed. Atlas, 2000, p. 572.

2. O Duplo Grau de Jurisdição como Desdobramento da Ampla Defesa

Como visto no tópico anterior, o conceito de ampla defesa é meta-jurídico, não se restringindo à literalidade plasmada na Carta Suprema. Ele permite ao intérprete do texto constitucional, extrair uma concepção mais abrangente, com vistas a salvaguardar os valores eleitos pelo Estado, como importantes para o homem e para a vida em sociedade.

Sendo o homem o referencial de toda a atividade estatal, é necessário que a idéia de justiça, como valor imanente à sociedade, e o Direito como instrumento de controle, efetivamente representem expressões de reverência à sua dignidade, como postulado maior a ser assegurado em qualquer democracia.

Já vaticinavam CUNHA e BALUTA⁵⁰ que,

Seja como for, a virada deste século estará marcada pelo direcionamento da atuação jurisdicional à concreção da efetividade dos direitos fundamentais do homem, fazendo do processo penal um verdadeiro 'escudo protetor' dos indivíduos para poderem enfrentar o exercício do poder penal do Estado, traduzindo-se **num meio de garantia** que procura proteger a *'las personas del riesgo derivado de um uso arbitrário del jus puniendi'* e tendo a pessoa do juízo guardião desses limites inultrapassáveis pela perseguição e pretensão hipotética de punição dos presumivelmente culpados, fazendo da função judiciária, um verdadeiro exercício de distribuição de justiça. (destaques dos autores)

Assim, o regime de liberdades públicas a que está submetido o nosso sistema, tem no processo um mecanismo de realização da justiça e ao mesmo tempo, um instrumento de proteção dos direitos e liberdades, possuindo por isso, um viés sócio-político-jurídico.

⁵⁰ CUNHA Fagundes J.S.; BALUTA, José Jairo. **O Processo Penal à luz do pacto de São José da Costa Rica**. Curitiba: Juruá, 1997, p. 133.

No âmbito do processo penal, é tênue a linha demarcatória entre o interesse da sociedade, - sempre movido pela necessidade de repressão à criminalidade- e as garantias individuais que devem ser asseguradas ao acusado, exigindo dos órgãos persecutórios e dos operadores jurídicos, o extremo cuidado no palmilhar desse terreno, em que a razoabilidade e a proporcionalidade devem ser as notas marcantes, haja vista a possibilidade de colisão de interesses.

BARROSO⁵¹ discorrendo sobre a razoabilidade, aduz:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

No que tange á proporcionalidade, colhe-se em GUERRA FILHO⁵² uma síntese do princípio:

Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente,proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.

SÁ⁵³ abordando a temática em análise, adverte:

⁵¹ BARROSO, Luiz Alberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.

⁵² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989, p. 89.

O que se busca, então, é um ponto de equilíbrio entre a liberdade individual e a ordem social, de tal forma que não se corra o risco de estabelecimento da anarquia, pela ampliação desmedida da liberdade, nem se resvale para a opressão, pela persecução de um ideal de ordem absoluta.

Nessa atividade persecutória, marcada pela complexidade, que envolve ao mesmo tempo, garantias, deveres e obrigações, o escopo da jurisdição repousa na busca da solução do conflito, com obediência aos cânones constitucionais, exurgindo daí, a perspectiva garantista do processo, como sua vertente mais importante.

Sem embargo de opiniões contrárias, uma das emanções de maior relevo em relação à garantia da ampla defesa, está no direito conferido à parte, de recorrer das decisões adversas, permitindo com isso, que a manifestação jurisdicional possa ser submetida a reexame por um órgão superior.

Nos desdobramentos dessa garantia, se assenta a questão de fundo tratada neste trabalho, que diz respeito ao duplo grau de jurisdição, e que repousa na segurança dos julgados, e por via de consequência, na proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

É o direito romano o berço da garantia do duplo grau de jurisdição, quando o processo romano atingiu a sua última fase, denominada *cognitio extraordinária*. Naquele período criou o sistema, a *apellatio*, que era o inconformismo contra a decisão do juiz, cabendo ao imperador, como autoridade hierarquicamente superior ao magistrado, o reexame da questão, podendo reformá-la.

Foi, entretanto, com as idéias iluministas aliadas aos movimentos revolucionários experimentados ao final do século XVIII – quando se

⁵³ SÁ, Djanira Maria Radamés. **Duplo Grau de Jurisdição – Conteúdo e Alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 37.

estabeleceu uma nova ordem jurídica fundada nos ideais de igualdade e de liberdade – que a garantia do duplo grau de jurisdição restou consolidada, encontrando na Revolução Francesa o seu movimento mais significativo.

COSTA e SILVA⁵⁴ prelecionando sobre sua gênese, aduz:

Remonta à Revolução Francesa o princípio do *duplo grau de jurisdição*, como uma das conquistas em prol da segurança dos direitos fundamentais. Após o seu advento, aparelharam-se os ordenamentos jurídicos com a instituição de órgãos judiciários de diferentes graus, de modo que, em toda causa, depois da decisão proferida pelo primeiro juiz, a parte vencida, comumente impelida a solicitar novo julgamento, tem meios de fazê-lo, solicitando novo exame integral da demanda a um órgão judicial superior, com o fito de, antes dela se tornar inimpugnável, portanto transitar em julgado, obter um segundo pronunciamento, como garantia da eliminação de possíveis erros do juiz, seja *in procedendo*, seja *in judicando*.

No âmbito do direito positivo brasileiro, a multiplicidade de graus de jurisdição não é matéria recente, podendo-se observar seus primeiros contornos na Carta Magna de 1824, que no capítulo pertinente ao “Poder Judicial” que em seu Artigo 158, assim dispunha: “Para julgar as Causas em segunda, e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos.”

Efetivamente, foi a Carta Imperial, a única constituição a estabelecer o princípio do duplo grau de jurisdição de forma irrestrita, colhendo-se de NERY JÚNIOR⁵⁵ a seguinte observação:

Em face do que dispunha a carta imperial, afigura-se-nos que estava vedado ao legislador ordinário limitar os casos de cabimento de recurso de apelação, já que a lei maior garantia que a causa fosse decidida em segunda e última instância pelo Tribunal de Relação. Assim, teve vigência aquele dispositivo constitucional até o advento da constituição republicana de 1891, quando a regra ilimitada foi abolida, restando a previsão do duplo grau como princípio genérico mas não absolutamente sem fronteira.

A inexistência de regra explícita, admitindo em sede constitucional, o uso da via recursal ampliada, estimulou alguns doutrinadores a obliterar a garantia, ora pelo argumento de que não se dispunha de nenhuma certeza de que uma segunda decisão, fosse mais correta que a primeira, ora pela vacuidade legislativa apresentada pelo sistema, ou mesmo a alegação vazia da desnecessidade de outras instâncias recursais.

Nesse ambiente de dúvidas, floresceram opiniões contrárias, registrando BERMUDES⁵⁶ que:

Os opositores do duplo grau sustentam que a confirmação da sentença, pelos juizes competentes para reexaminá-la, representa supérflua atividade para o Judiciário, pois, afinal, tudo o que se fez, na instância de revisão, foi concluir-se pelo acerto da decisão recorrida. Nesse caso, a atividade do juízo recursal era completamente desnecessária. Por outro lado, a reforma da sentença não prestigia o Estado porque, nesse caso, a decisão modificadora atesta erro da modificada, também proferida por um órgão jurisdicional e, com isso, reconhece a imperfeição do Poder Judiciário. Segundo essa especiosa linha de raciocínio, formulam outras críticas ao princípio em exame: os recursos, retardando a entrega da prestação jurisdicional, contribuem para o

⁵⁴ COSTA E SILVA, Antonio Carlos. **Dos Recursos em primeiro grau de jurisdição**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 3.

⁵⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais-Teoria Geral dos Recursos**. 2 ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 124.

⁵⁶ BERMUDES, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 617.

prolongamento da situação de conflito e insegurança, emergente da lide; o julgar por último nem sempre significa julgar melhor, nunca há critério válido para determinar que a decisão, dada em grau de recurso, estará sempre de conformidade com a justiça; o duplo grau ensejando a utilização de recursos pelo *improbis litigator*, antes de servir o direito, o ofende.

Realizando um profundo estudo sobre a matéria, em obra específica sobre o assunto, LASPRO⁵⁷ faz uma incursão no tema, e aponta alguns inconvenientes do instituto a saber:

O duplo grau de jurisdição tem se mostrado como uma das razões mais importantes para a excessiva duração dos processos, principalmente, nas questões mais simples em que não ocorre uma dilação probatória maior em primeira instância, em razão, principalmente, da inexistência de óbices à interposição de recursos e dos mesmos serem apresentados, na maior parte dos casos, com finalidade meramente protelatória, aproveitando-se da excepcionalidade da execução provisória das decisões de primeiro grau.

E prossegue:

Outra desvantagem do duplo grau de jurisdição é o desprestígio que traz à primeira instância, na medida em que a possibilidade de qualquer decisão – principalmente as sentenças – ser impugnada, perante um órgão de segunda instância, que prolata uma decisão substitutiva, faz com que os resultados obtidos em primeira instância não tenham qualquer valor. Na verdade, o julgador de primeira instância atua somente para instruir o processo, presidindo a produção de provas, opinando a respeito da matéria de direito, questões essas que serão definitivamente analisadas e julgadas em segundo grau.

Uma observação importante em relação às manifestações contrárias ao duplo grau de jurisdição, é que elas advêm de processualistas civis, onde a garantia possui outra natureza, em face dos direitos em

⁵⁷ LASPRO, Orestes Nestor de Souza. **Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 115.

disputa. Conquanto o processo ontologicamente seja uno, é na jurisdição penal que se faz sentir a necessidade do resguardo ao direito de liberdade, tendo o duplo grau de jurisdição um significado mais relevante.

Sem embargo dessas concepções contrárias, o texto da Carta Federal de 88 embora não muito claro neste particular - o que tem servido para alimentar posições discordantes - deixa implícitos alguns contornos da existência do mecanismo em discussão, ao estabelecer no artigo 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, om os meios e recursos a ela inerentes.” (destacamos)

Extrai-se da manifestação lúcida de MIRANDA⁵⁸ que “os preceitos constitucionais devem ser interpretados não só no que explicitamente ostentam como também no que implicitamente deles resulta.”

Assim, o vernáculo “recursos”, albergado no texto, não pode ter o sentido de mero expediente, ou mesmo de auxílio a tornar efetiva a ampla defesa, posto que, a expressão “meios”, contida no preceptivo, já abarca na generalidade, tais situações.

O termo deve ser tomado em sua acepção técnico/jurídica, de mecanismo de impugnação, a viabilizar na prática um novo enfrentamento da matéria impugnada, e na acepção de SÁ⁵⁹

Trata-se da possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior, vindo dessa circunstância a utilização do termo *grau*, na denominação do princípio, a indicar os níveis hierárquicos de organização judiciária.

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Limitada, 1990, p.85.

⁵⁹ SÁ, op. cit., p. 88.

Ademais, não fora a tendência hodierna da ampliação das conquistas individuais em face do arbítrio estatal, o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) do qual o Brasil é um de seus signatários, estabelece, no capítulo pertinente às Garantias Judiciais, em seu artigo 8º inciso II, alínea “h”, a seguinte garantia mínima: “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”

Através do Decreto 678 de Seis de Novembro de 1992, o Brasil se obrigou a cumprir integralmente com os termos da aludida convenção, já havendo o Excelso Pretório, por vezes reiteradas, se manifestado que, os pactos se incorporam ao direito pátrio em igualdade de condições com as leis ordinárias (confira-se ADIn 1480-3-DF, RTJ-83/809-848, RE-80.004 SE)

Sobre a regra constante do tratado, comenta NERY

JÚNIOR⁶⁰:

A leitura dessa norma do tratado internacional indica a adoção da garantia do duplo grau de jurisdição em matéria penal, isto é, o direito de o réu, no processo penal, interpor recurso de apelação. No entanto a garantia expressa no tratado parece não alcançar o direito processual como um todo, **do que é lícito concluir que o duplo grau de jurisdição, como garantia constitucional absoluta, existe no âmbito do direito processual penal, mas não no direito processual civil ou do trabalho.** (destacamos)

A confirmar a eficácia do tratado no direito interno, exsurge imperativo do próprio texto da Carta Federal de 1988 em seu artigo 5º, parágrafo 2º o seguinte preceito:

Os direitos e garantias expressos nesta constituição, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados**

⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 171.

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (destaques nossos).

O preceptivo extraído da Lei Fundamental vem corroborar a incidência do pacto, tornando-se a questão do duplo grau de jurisdição, em garantia fundamental indeclinável.

Nesse passo, é inquestionável que, a natural falibilidade humana, as eventuais injustiças das decisões, aliadas ao desejo de ver a questão já decidida, ser submetida a um órgão jurisdicional superior, com vistas a alcançar um certo grau de certeza, fazem do mecanismo do duplo grau de jurisdição, um instrumento notável de aperfeiçoamento da jurisdição.

Nesse aspecto GRINOVER⁶¹ adverte:

Na temática atinente aos recursos, dois são os princípios fundamentais que se defrontam e devem ser conciliados. De um lado, a imposição do *princípio da justiça* leva a pensar que quanto mais se examinar uma decisão, mais possível será a perfeita distribuição da justiça. Do outro lado, a observância do *princípio da certeza jurídica* impõe a brevidade do processo, a exigir que a decisão seja proferida uma vez por todas, sem procrastinações inúteis, no menor tempo possível. A preocupação dos modernos sistemas processuais tem sido a de conciliar os dois princípios, de modo a encontrar um ponto de equilíbrio, garantindo o *duplo grau de jurisdição* sem deixar infinitamente aberta a possibilidade de reexame das decisões. (destacamos)

É ainda a autora acima referida, na mesma obra, quem vislumbra um viés importante a justificar a necessidade no sistema pátrio, da existência do duplo grau de jurisdição. Destaca a mestra paulista:

É aqui que entra poderoso argumento, de índole política a militar em favor da preservação do duplo grau: nenhum ato estatal pode escapar de controle. A revisão das decisões judiciais – que configuram ato autoritativo

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal. Teoria geral dos recursos em espécie ações de impugnação.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 119.

estatal, de observância obrigatória para as partes e com eficácia natural em relação a terceiros - é postulado do Estado de direito. Trata-se de *controle interno*, exercido pelos órgãos da jurisdição diversos que julgou em primeiro grau, a aferirem a legalidade e a justiça da decisão por este proferida.

ABREU, citado por MOSSIM⁶² foi o doutrinador pátrio que examinou com maior percuciência, os desdobramentos da garantia do recurso, tecendo alentadas considerações, sobre a importância do duplo grau de jurisdição no sistema processual penal brasileiro, valendo a pena transcrevê-las integralmente. Aduz o mestre:

1º) O segundo exame da causa é poderosa garantia da boa justiça; torna-se possível a reparação desde logo dos erros judiciários, que tanto podem incidir sobre a apreciação da culpabilidade do acusado, como sobre a definição jurídica do fato que lhe é atribuído. O exame duplice e a discussão duplice projetam certamente maior luz sobre a causa do que só o um exame e uma única discussão. Se mesmo em poucos casos se viesse efetivamente a reparar a injustiça da primeira decisão, seria tal o benefício daí resultante que compensaria amplamente as desvantagens atribuídas a esse instituto. Entre nós, são bem conhecidas as decisões escandalosas do júri, em detrimento da defesa social contra a criminalidade, o que determinou a adoção do instituto da apelação com as características que lhe imprimiu a reforma do júri de 1938, mantida pelo Código, relativamente às decisões desse Tribunal.

2º) O benefício que deriva da apelação é tanto mais seguro quanto é certo que o segundo exame da causa é de ordinário conferido a magistrados que oferecem, em regra, maiores garantias em confronto com as dos juízes de primeira instância. Os juízes dos Tribunais de Apelação impõem maior consideração e confiança do que os juízes inferiores, pelo fato de só conquistarem estes a posição hierárquica depois de longo tirocínio e de reiteradas provas de capacidade. Merecendo, assim, as decisões dos juízes de um tribunal superior mais confiança, seria grave erro deixar somente os outros a atribuição importantíssima e delicada de proclamar a verdade jurídica.

⁶² ABREU apud MOSSIM, Heráclito Antônio. *Recursos em Matéria Criminal*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 30.

3º) É o interesse superior que os decretos dos primeiros juizes não se convertam em numa espécie de despotismo judiciário. A motivação da sentença pode esclarecer o acusado sobre a conveniência de refutar os fundamentos que a ditaram e apresentar em segunda instância ao menos prova documental que venha firmar de modo mais convincente os argumentos em seu favor. E o que se diz no interesse individual do réu, que posteriormente ainda pode dispor do recurso de revisão, deve igualmente se alegar no interesse geral da sociedade, cuja segurança exige de modo imperioso que os culpados recebam a merecida punição.

4º) O instituto da apelação corresponde a uma necessidade inata do homem chamado a prestar contas de suas ações perante a justiça e declarado culpado em primeiro julgamento. Para que ele se submeta com resignação aos decretos da justiça e o público, por sua vez, se convença de que as queixas do réu sejam infundadas, dever-se-á proceder a segundo exame da causa, a nova discussão perante novo juízo superior, que concorde com o do primeiro, inferior. E daí se explica o uso generalizado da apelação através dos tempos e das diferentes legislações.

Muito embora existam vozes destoantes em relação a garantia constitucional conferida a todos os acusados, é indubitável dentro da teia garantista do processo⁶³, que a multiplicidade de graus de jurisdição é exigência dos tempos modernos, visando não só atender à segurança jurídica, mas também a efetividade da realização do direito.

Exsurge aqui, límpida e cristalina, a função do processo como instrumento para consolidação da ordem constitucional, no seu viés mais importante que é o da instrumentalidade⁶⁴ realizando os ideais de justiça, sem perder de vista a sua função sócio-política-jurídica, dentro do Estado Democrático de Direito.

3. A Limitação das Vias Impugnativas nas Ações Penais Originárias

⁶³ A teoria garantista será objeto de abordagem no capítulo seguinte.

⁶⁴ A teoria da instrumentalidade do processo será abordada no capítulo seguinte.

Consoante afirmado, é através do recurso que a parte sucumbente na ação penal, provoca o reexame da decisão que lhe foi adversa, permitindo no exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, que um órgão colegiado hierarquicamente superior, reaprecie a questão decidida.

O sistema processual penal brasileiro abriga dois gêneros de recursos: os ordinários e os excepcionais. Os primeiros são vocacionados a provocar o reexame do mérito da matéria já debatida, em face de eventual injustiça no julgado, fazendo o órgão colegiado, uma reavaliação do conjunto probatório, realizando um novo juízo de valor sobre os fatos e demais elementos de convicção constantes dos autos.

Com relação aos excepcionais, ao contrário dos ordinários, não permitem o reexame da matéria fática; discute-se simplesmente o direito aplicado. Possuem eles o escopo de assegurar a unidade e a autoridade da Carta Magna em todo o território nacional, assegurando-lhe aplicação uniforme (Recurso Extraordinário) ou a permitir que as leis federais tenham eficácia em todo o território nacional, possibilitando ainda que as questões infra-constitucionais, tenham igual tratamento junto aos tribunais (Recurso Especial). A reforma da decisão impugnada, só é alcançada por via reflexa.

Tais ilações defluem dos textos constitucionais seguintes:

Art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, guarda da Constituição, cabendo-lhe:

- I.....
- II.....

III- julgar mediante **recurso extraordinário**, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. (destacamos)

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I.....

II.....

III - julgar, em **recurso especial**, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais, ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (destacamos)

MOSSIM⁶⁵ classificando os recursos ordinários, quanto à sua origem, assim se manifesta:

Os recursos ordinários **previstos no Código de Processo Penal** são os seguintes:

1. apelação (artigo 593);
2. recurso em sentido estrito (artigo 581);
3. agravo inominado (parágrafo único do artigo 557);
4. carta testemunhável (artigo 639);
5. protesto por novo júri (artigo 607)
6. embargos declaratórios (artigos 382 e 619);
7. embargos infringentes (artigo 609).

Os recursos ordinários **contidos na legislação especial** são:

1. agravo (artigo 197 da Lei nº 7.210, de 11.7.1984);
2. embargos de divergência (artigo 29 da Lei nº 8.038 de 28.5.90);
3. agravo de instrumento (artigo 28, da Lei nº 8.038 de 28.5.1990);
4. agravo (artigos 28 parágrafo 5º e 39 da Lei nº 8.038 de 28.05.90);

⁶⁵ MOSSIM, op. cit., p. 68.

5. correção parcial (artigo 93 do Código Judiciário do Estado de São Paulo e Lei nº 5.010 30.05.1966).

Os recursos ordinários **previstos na Magna Carta Federal** são:

1. recurso ordinário em hábeas corpus (artigo 102, inciso II, letra a e 105, inciso II, letra a)
2. recurso ordinário de mandado de segurança em matéria penal (artigo 102, inciso II, letra a, e artigo 105, inciso II letra b). (destacamos).

Muito embora nas ações penais que se iniciam junto ao juízo monocrático, relativas aos acusados que não gozam de foro especial por prerrogativa de função, tem aplicação a generalidade dos recursos ordinários, nas ações penais originárias, o sistema suprimiu de forma injustificável as vias impugnativas, permitindo antever, além da afronta ao princípio da igualdade, por via reflexa, a eliminação da garantia do duplo grau de jurisdição.

Uma incursão no texto da Magna Carta, onde encontram-se albergadas as regras de competência recursal dos tribunais, em sede de ação penal originária, revela o seguinte quadro:

- a) Das decisões condenatórias do Supremo Tribunal Federal, cabe para o próprio tribunal a Revisão Criminal, (artigo 102, inciso I, alínea “j”) sendo irrecorríveis as decisões absolutórias. O artigo 337 de seu Regimento Interno, prevê ainda a possibilidade de interposição na hipótese, dos Embargos Declaratórios.
- b) Das decisões condenatórias do Superior Tribunal de Justiça, cabe para o próprio sodalício a Revisão Criminal (artigo 105, inciso I, alínea ‘e’ da CF/88 e artigo 40 inciso II da Lei nº 8.038/90), sendo as decisões absolutórias, irrecorríveis. O artigo 263 de seu Regimento Interno estabelece ainda a possibilidade do uso dos Embargos Declaratórios.
- c) Das manifestações jurisdicionais condenatórias dos Tribunais Regionais Federais, cabe para o próprio órgão, Revisão Criminal (artigo 108, inciso I,

alínea “b” da CF/88) sendo irrecorríveis as decisões absolutórias, estabelecendo também os regimentos internos dos tribunais de cada região, a viabilidade do uso dos Embargos Declaratórios.

- d) Relativamente aos Tribunais de Justiça dos Estados, os seus regimentos internos estabelecem para as hipóteses de decisão condenatória, o uso da Revisão Criminal para o próprio órgão, além dos Embargos Declaratórios.

A constatação inequívoca que se extrai dos textos trazidos à lume, é que nas ações penais iniciadas nos tribunais, a decisão condenatória só poderá ser afrontada meritoriamente, por via de um único recurso ordinário: os Embargos Declaratórios, já que a Revisão Criminal, como será demonstrado, é verdadeira ação penal constitutiva, só cabendo em determinadas hipóteses, e fora do âmbito da relação processual originária.

Pretendendo o presente estudo, realizar uma reflexão sobre a efetividade da linha recursal ordinária, prevista para as ações penais originárias, com vistas a assegurar a ampla defesa, necessário se torna, incursionar na natureza jurídica dos Embargos Declaratórios para aferir da sua potencialidade ou não, como instrumento de ataque das decisões de mérito, eis que, não se admite, pelo menos no plano teórico, a existência de vias impugnativas ordinárias, que não possibilitem a reforma da decisão de mérito.

4. Dos Embargos Declaratórios

Na dinâmica do processo penal, é na sentença que o juiz põe fim ao conflito de interesses, entregando a prestação jurisdicional pleiteada, julgando procedente ou improcedente o pedido do autor. A sentença é ato de inteligência; é um juízo de valor sobre os elementos de convicção constantes dos autos, produzidos na dialética do processo.

Conquanto plasmada no reduto íntimo do convencimento do julgador, toda sentença deve ser fundamentada, para permitir às partes conhecer das razões que levaram o seu prolator a adotar esta ou aquela posição jurídica em relação a um determinado fato.

No processo moderno, a justificação das manifestações jurisdicionais é algo impostergável à segurança das partes, havendo a Constituição Federal de 1988 dado ênfase ao tema, tratando a questão no capítulo que pertine ao Poder Judiciário ao estabelecer em seu Artigo 93, inciso IX que:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, **e fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes. (destacamos)

Sendo a sentença manifestação do convencimento do juiz, deve ela apresentar-se de tal forma coerente, a justificar o entendimento dado pelo juiz à matéria submetida à sua cognição, possibilitando às partes o perfeito entendimento de toda a questão decidida, com vistas a uma eventual impugnação.

Nesse particular pondera TORNAGHI⁶⁶

⁶⁶ TORNAGHI, Hélio. *Código de processo penal brasileiro anotado*. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.89.

A sentença, como declaração da vontade, deve ser *intrinsecamente* justa e *extrinsecamente* clara e precisa. O erro na apreciação dos fatos ou na aplicação do Direito (*error in iudicando*) acarreta a injustiça; a obscuridade ou imprecisão no manifestar do pensamento gera a dúvida.

FERNANDES⁶⁷, vislumbrando um viés garantista na abordagem do tema, esgrime com maestria:

Evoluiu a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões. Antes, entendia-se que se tratava de garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais de proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para poder impugnar a decisão; permitir que os órgãos judiciários de segundo grau pudessem examinar a legalidade e a justiça da decisão. Agora, fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por conseqüência a própria justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento de causa. É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional. Ainda, às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objetos de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois através dela, evidencia a sua atuação imparcial e justa.

Muito embora os órgãos jurisdicionais monocráticos e colegiados, ao exararem suas sentenças e acórdãos, respectivamente, primem pela perfectibilidade de suas decisões, a falibilidade humana tem dado azo à existência de anomalias na elaboração de tais manifestações, tornando-as viciadas como provimento jurisdicional.

Com vistas a arrostar eventuais imperfeições do édito judicial o sistema criou os Embargos Declaratórios como recurso específico, inferindo-se do artigo 619 do Código de Processo Penal, relativamente às decisões dos tribunais, o seguinte:

⁶⁷ GRINOVER; FILHO; FERNANDES, op. cit., p. 119.

Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração no prazo de dois dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão.

Oriundos do direito português, os Embargos Declaratórios se restringem à finalidade ditada pelo legislador, como elemento para afastar a contradição, preencher a omissão, ou mesmo explicitar a parte obscura ou ambígua do acórdão.

TOURINHO FILHO⁶⁸ comentando sobre os pressupostos do recurso telado esgrime:

Muito embora o artigo 619 fale em Tribunais de Apelação (*rectius*: Tribunais de Justiça), os embargos declaratórios podem ser opostos aos acórdãos proferidos não só pelos Tribunais de Justiça, como pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais de Alçada, e até mesmo pelas Turmas de Recursos, sejam eles representados pelo Plenário, Órgão especial, Turma, Câmara, Seção, ou Grupo de Câmaras, dès que satisfeito seu pressuposto lógico: a) obscuridade, quando o acórdão não é claro; b) omissão, quando ele deixa de apreciar algum ponto do recurso; c) contradição, quando alguma das suas proposições é inconciliável, no todo ou em parte, com a outra. Embora o artigo 619 faça referencia, também, à *ambigüidade*, entende a doutrina, com acerto, tratar-se de superfetação, pois acórdão ambíguo é acórdão equívoco, obscuro, anfibológico.

GRECO FILHO⁶⁹ prelecionando sobre os objetivos do recurso, aduz:

Como a finalidade dos embargos de declaração é apenas a de esclarecer, tornar claro o acórdão proferido, sem modificar a substância, não se admitem, por serem impróprios, aqueles que, ao invés de reclamar o deslinde de contradição, o preenchimento de omissão ou

⁶⁸ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 375.

⁶⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 333.

explicação de parte obscura ou ambígua do julgado, se pretende rediscutir questão que nele ficou claramente decidida, para modificá-la em sua essência e substância. Assim, não é possível, em embargos de declaração, alterar, mudar ou aumentar o julgamento.

Não obstante as considerações trazidas ao lume em relação à limitação dos embargos, hodiernamente, a doutrina e a jurisprudência têm concebido a possibilidade da interposição dos embargos declaratórios com efeitos infringentes (modificativos).

MIRABETE⁷⁰ comentando sobre essa característica dos Embargos Declaratórios, pontifica:

Como a finalidade dos embargos declaratórios é apenas a de esclarecer, tornar claro o acórdão proferido, sem modificar a substância, não se admitem, por serem impróprios, aqueles em que, ao invés de reclamar o deslinde de contradição, o preenchimento de omissão ou explicação de parte obscura ou ambígua do julgado, se pretende rediscutir questão que nele ficou claramente decidida, para modificá-lo em sua essência ou substância. Assim, não é possível, em embargos de declaração, alterar, mudar ou aumentar o julgamento. Assim, não fosse, permitir-se-ia a reforma do julgado com excesso de poder, porque pela decisão proferida, já estava finda a jurisdição do tribunal. **Mas já se defende, com razão, a possibilidade de alteração do julgado, como, por exemplo, na hipótese em que, suprida a omissão, se verifica que impossível se torna, em manifesta incoerência, deixar de subsistir o que se decidira no pronunciamento embargado.** (destacamos)

Os reflexos processuais com a alteração eventual do julgado, só ocorreriam em situações especialíssimas, quando, ao prover a omissão constante do acórdão o tribunal, por via de consequência acolhesse argumento da parte recorrente acabando por modificar a decisão primitiva.

⁷⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.1343.

Socorre a tese esposada, os argumentos expendidos por NERY JÚNIOR⁷¹, que enfocando esses efeitos, aduz:

O caráter infringente dos embargos declaratórios, portanto, é excepcional e incide normalmente quando se tratar de recurso com o objetivo de suprir omissão. Não é de todo exato, por conseguinte, dizer-se que os embargos não têm caráter infringente, parecendo mais correto dizer como fazia o CPC da Bahia, que o provimento dos embargos se dá '*sem outra mudança no julgado*' (artigo 1.341).

A conclusão que se extrai da própria dicção legal, aliada à tradicional concepção doutrinária e jurisprudencial é que, regra geral, afastado o ponto omissivo, aclarado o ponto obscuro do acórdão, ou mesmo a contradição existente, a decisão quanto ao mérito, permanecerá incólume.

Outro aspecto que se faz importante na análise desse recurso diz respeito ao órgão jurisdicional a quem caberá a apreciação dos Embargos Declaratórios. É da mecânica dos recursos a sua reapreciação por um órgão hierarquicamente superior, para assegurar a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. No entanto, nas ações penais originárias, consoante disposto nos regimentos internos dos tribunais, é o Pleno⁷², em regra, o órgão a quem cabe processar e julgar as pessoas que gozam de foro especial por prerrogativa de função.

Assim é que, interposto o aludido recurso, o seu efeito natural é o regressivo, que consiste no fato de que, os autos retornam ao mesmo órgão jurisdicional que emitiu a decisão, para reexame da matéria impugnada. No entanto, considerando-se que a primeira decisão adveio do pleno, e que inexiste no âmbito dos tribunais, outro órgão revisor da decisão plenária, a conclusão lógica que se extrai, é a de que a decisão condenatória dos tribunais, possui caráter de definitividade, estando, por via de consequência, afastada a incidência do duplo grau de jurisdição.

⁷¹ NERY JÚNIOR, op. cit., p. 203.

⁷² Denominação dada ao órgão fracionário do tribunal constituído pela totalidade dos seus membros.

A tal conclusão já chegou a doutrina, na manifestação abalizada de TOURINHO FILHO ⁷³, ao registrar:

Na hipótese de ação penal originária, não há duplo grau de jurisdição. Assim, condenado ou absolvido um Juiz de Direito pelo tribunal de Justiça, não há órgão jurisdicional para reexaminar o julgado, mesmo porque o órgão que proferiu o julgamento representa o mais alto Tribunal do Estado, o mesmo que reexamina as decisões proferidas pelos órgãos inferior.

O reconhecimento da restrição à garantia constitucional é admitida até mesmo nos Tribunais Superiores a exemplo do recente aresto que, na esteira de outros pronunciamentos, tem proclamado que:

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. PREFEITO. IMPOSSIBILIDADE.

O duplo grau de jurisdição obrigatório, providencia que não consubstancia garantia constitucional, não se aplica às decisões exaradas nas ações penais de competência originária dos Tribunais julgadas em única instância” (STJ Habeas Corpus nº 13.602-SP (2000/0059723-6, publ. DJU 27.11.2000, p.189, rel.Min Vicente Leal).

A posição adotada pela corte revela a tendência de afastar o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional, ao mesmo tempo em que consagra a instância única de julgamento, porque viola a garantia da ampla defesa, questão que será abordada no capítulo seguinte.

⁷³ TOURINHO FILHO, op. cit., vol 4. p. 296.

5. Da Revisão Criminal

Já ficou registrado em tópicos anteriores, que o processo penal desenvolve-se através de um conjunto de atos, termos e fórmulas, praticados pelo juiz, pelas partes, e pelos órgãos auxiliares, com vistas a apuração de determinado fato com roupagem delituosa, permitindo em sua esteira, não só que se deflagre a pretensão punitiva estatal, como também que se estabeleça o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O seu ponto culminante é a sentença, que tem como um de seus efeitos, a formação da coisa julgada, que se caracteriza pela imutabilidade do conteúdo da decisão, da qual não caiba mais recurso.

O sistema vigente, sensível ao fato de que, o exercício da atividade jurisdicional, como todo ato humano, é suscetível de falibilidade, assegurou ao acusado condenado, na hipótese da ocorrência de erro do julgador, a utilização do mecanismo revisional para permitir um reexame da questão já apreciada.

É o erro judiciário, o pressuposto elementar a conferir legitimidade ao acusado a ingressar na via revisional, colhendo-se na doutrina as duas espécies de erros: *error in procedendo* e *error in iudicando*.

MOSSIM⁷⁴ em obra sobre o tema, com apoio em Piero Calamandrei, assim define o *error in procedendo*:

Posto que todas as atividades humanas estão por sua natureza sujeitas a erros, pode ocorrer que a conduta dos sujeitos processuais não se desenvolva no processo de um modo conforme as regras do direito objetivo, e que, portanto, um ou mais dos atos coordenados na forma antes indicada sejam executados de um modo diverso daquele querido pela lei, ou em absoluto, sejam, contra a

⁷⁴ MOSSIM, Heráclito Antonio. **Revisão Criminal no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1994, p.63.

vontade da lei, olvidados. Produz-se então uma inexecução da lei processual, enquanto alguns dos sujeitos do processo não executam o que esta lei lhes impõe (execução *in omitendo*), ou executa o que esta lei lhes proíbe (*inexecução in faciendo*), ou se comportam de um modo diverso do que a lei lhes prescreve: esta inexecução da lei processual constitui no processo uma irregularidade, que os autores modernos chamam de *vício de atividade* ou um *defeito de construção* e, que a doutrina do direito comum chamava um *error in procedendo*.

Relativamente a outra modalidade de erro (*iudicando*), o mesmo autor⁷⁵, na mesma obra, com a mesma sustentação doutrinária, pontifica:

Pode ocorrer que a vontade concreta da lei proclamada pelo juiz como inexistente em sua sentença, não coincida com a vontade efetiva da lei (sentença injusta), porque, ainda havendo se desenvolvido de um modo regular os atos exteriores que constituem o processo (imune, assim de *errores in procedendo*), e o juiz tenha incorrido em erro durante o desenvolvimento de sua atividade intelectual, de modo que o defeito inerente a uma das premissas lógicas tenha repercutido necessariamente sobre a conclusão. Neste caso, em que a injustiça da sentença deriva de um erro ocorrido no raciocínio que o juiz leva a cabo na fase da decisão, os autores modernos falam em um *vício de juízo*, que a doutrina mais antiga chama um *error in iudicando*.

Caracterizados assim, o erro de fato e o erro de direito, que representam na prática uma manifesta distorção na atividade jurisdicional, atentatória à garantia de liberdade da pessoa humana, apresenta-se a revisão criminal, como instituto jurídico vocacionado a provocar o reexame da *quaestio*.

Nas ações penais originárias, compete ao próprio órgão emissor da decisão guerreada, o seu reexame através da Revisão Criminal, estabelecendo os regimentos internos de cada colegiado, a forma de seu processamento, estando legitimados a agir, o próprio réu, ou procurador legalmente

⁷⁵ MOSSIM, op. cit., p. 74.

habilitado, ou em caso de morte do acusado, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (artigo 623 do CPP).

Muito embora o Código de Processo Penal contemple o referido instituto no capítulo referente aos recursos em geral, efetivamente não se trata de recurso, mas de legítima ação penal de natureza constitutiva, cujo escopo é rescindir o édito condenatório originário.

MÉDICE⁷⁶ em obra específica sobre o tema, citando Jorge Alberto Romeiro, define o instituto como sendo:

O reexame jurisdicional de um processo penal já encerrado por decisão transitada em julgado, mirando à sua reforma, quando contenha erro cuja reparação, pelo próprio judiciário, possa valorizá-lo como órgão do Estado gerador da coisa julgada.

De igual jaez, são os ensinamentos de ESPÍNOLA FILHO⁷⁷ quando conceitua a revisão como:

Uma provocação a que, em casos expressamente configurados na lei, o tribunal, prolator duma sentença condenatória passada em julgado, ou instância superior à do juiz de que emana tal decisão, faça o reexame do processo, no sentido de beneficiar o condenado, quer o absolvendo, quer lhe minorando a situação, com qualificação menos rigorosa da infração, ou diminuição da pena imposta, quer anulando o processo.

A desconstituição da coisa julgada, é disciplinada no Código de Processo Penal, e se submete a determinados requisitos no juízo de admissibilidade, a saber:

⁷⁶ MÉDICE, Sergio de Oliveira. *Revisão Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 27.

⁷⁷ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo penal brasileiro anotado*. 4 ed. vol. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 165.

Art.621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidencia dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstâncias que determine ou autorize diminuição especial da pena.

CAPEZ⁷⁸, fazendo uma abordagem sobre as hipóteses de cabimento da revisão assevera:

a) *Quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei:* a sentença condenatória é contrária à lei quando não se procede como ela manda ou quando nela não encontra respaldo para sua existência. Por exemplo: réu condenado por fato que não constitui crime ou condenação a pena superior ao limite máximo previsto em lei. Importante lembrar que a revisão criminal é meio inadequado para a aplicação da lei posterior que deixar de considerar o fato como crime (*abolitio criminis*), uma vez que a competência é do juiz da execução de primeira instância, evitando-se seja suprimido um grau de jurisdição (Súmula 611 do STF; LEP, artigo 66, I).

b) *Quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos:* contrária à evidência dos autos é a condenação que não tem apoio em provas idôneas, mas em meros indícios, sem qualquer consistência lógica e real.

c) *Quando a sentença condenatória se fundar em provas comprovadamente falsas:* como bem observa Tourinho Filho, “Não basta a existência de um depoimento mendaz, de um exame de documento falso. É preciso, isto sim, que o Juiz, ao proferir a decisão condenatória, tenha-se arrimado no depoimento, nos exames ou documentos comprovadamente falsos. A falsidade não vai ser apurada, investigada no juízo revidendo. Cabe ao requerente encaminhar-lhe a prova de falsidade a fim de que o juízo revidendo simplesmente

⁷⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.439-440.

se limite a constatar a falsidade.” (*Processo penal*, cit., p. 499). Portanto, a prova da falsidade deve ser acolhida em processo de justificação, sentença declaratória, processo criminal por falso testemunho ou falsa perícia etc. Nunca, porém, será processo da revisão (RT, 622/261).

d) *Quando surgirem novas provas da inocência do condenado*: prova nova é aquela produzida sob o crivo do contraditório, não se admitindo, por exemplo, depoimentos extrajudiciais. É também aquela que já existia à época da sentença, mas cuja existência não foi cogitada.

e) *Quando surgirem novas provas de circunstância que autoriza a diminuição da pena*.

Tem assim a revisão, índole de verdadeira ação rescisória, fundada na ocorrência de erro por parte do prolator da decisão, ou mesmo em fatos supervenientes que justifiquem a reapreciação da causa.

A procedência do pleito revisional pode ensejar a absolvição do condenado, a alteração da classificação do crime; a modificação da pena ou mesmo a anulação do processo. A jurisprudência pátria tem estendido a aplicação do instituto, às hipóteses de nulidade absoluta do processo, e na ocorrência de causas extintivas da punibilidade, muito embora o remédio do *habeas corpus* se afigure mais indicado.

Para a finalidade do presente estudo, em que se persegue a viabilização do duplo grau de jurisdição em sede de ação penal originária, a Revisão Criminal também não atende à garantia constitucional da ampla defesa. Isso porque, muito embora esteja integrado ao sistema processual penal, verifica-se na práxis que não se trata de instrumento de ataque a eventual injustiça do julgado. A simples constatação de que o instituto se submete às condições objetivas previamente traçadas pelo legislador nos incisos I a III do Artigo 621 do CPP está denunciar o seu caráter restritivo.

Outro ponto que torna o instituto de pouca aplicação nas ações originárias, é o fato de que, havendo a Lei nº 8.038/90, assim como os Regimentos Internos dos tribunais, propiciado certa ampliação na ritualística procedimental perante os órgãos colegiados, torna-se muito difícil a ocorrência de erro judiciário com eventual prejuízo para o acusado, dando azo à Revisão Criminal.

Questão que não deve ser olvidada, diz respeito ao número de julgadores que formam a composição plenária dos tribunais, em regra pessoas experientes na judicatura, tornando-se mais difícil a ocorrência de erro judiciário ensejador da revisão.

Ademais, submetendo-se aos tribunais, pessoas que gozam de status de importância no meio social (juizes, promotores, deputados, senadores, prefeitos), a relação processual é cercada de maior desvelo no cumprimento estrito de todas as formalidades legais, com fiscalização por parte de um Ministério Público sempre atuante, e de advogados competentes, evitando-se a ocorrência de eventuais vícios processuais.

O somatório de todos esses aspectos em relação a Revisão Criminal, aliados ainda à potencialidade restrita dos Embargos Declaratórios, conduz à conclusão de que a garantia constitucional da ampla defesa, foi suprimida nas ações penais originárias, ferindo de morte o sistema que se constitui no arcabouço normativo do Estado de Direito, cujos reflexos serão examinados no próximo capítulo, sob o influxo da Teoria Garantista e da instrumentalidade do processo.

Capítulo III

A (IN) EFICÁCIA DO SISTEMA DE GARANTIAS NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS

1. A instrumentalidade do processo

A doutrina tradicional de concepção romano-germânica sob o influxo da teoria privatista, por longo tempo concebeu o processo como sendo instrumento asilar à pretensão de direito material, negando-lhe qualquer outra finalidade. Esse sincretismo perdurou até que no alvorecer do século XIX surgissem as primeiras luzes sobre a existência do direito de ação como categoria autônoma, distinta do direito subjetivo material, consolidando-se, a partir daí, a concepção do processo como instrumento de consolidação de objetivos meta-jurídicos.

A questão central repousa em se perquirir, em tempos modernos, dentro da ótica de autonomia e da abstração do conceito de ação, e ainda com aporte nos valores plasmados pelo sistema constitucional vigente, qual o objetivo teleológico do processo.

É sabido que o processo reflete o modelo de Estado que o concebeu, fruto de determinado momento de sua história, afirmando, na práxis, a ideologia dominante. Qualquer que seja o ângulo em que se examine o processo, ele espelhará sempre na relação existente entre Estado/indivíduo, e a permanente luta do homem para resistir à opressão do poder.

O processo penal, na antiguidade, como qualquer conquista humana, sofreu o influxo permanente dos movimentos sociais. Das concepções do Estado absolutista às idéias liberais; da defesa social às liberdades públicas, registra a história um constante movimento pendular, que alcançou uma longa era.

Conquanto incipiente em termos de cientificidade, a doutrina moderna conseguiu divisar, no processo penal da antiguidade, três sistemas: o inquisitivo, o acusatório e o misto.

No sistema inquisitivo, por inexistir naquela quadra da história a divisão dos poderes do Estado moderno, fundiam-se o Estado-Juiz e o Estado-Administração, resultando dessa concentração de atividades o fato de que, as funções de acusar, defender e julgar se encontravam reunidas nas mãos de uma só pessoa: o representante do Estado.

A existência de um procedimento arbitrário, inteiramente sigiloso, com provas obtidas à custa de suplícios; a confissão mediante tortura, e a supressão de qualquer garantia ao acusado, que se constituía em mero objeto de investigação, marcaram essa fase negra da história da humanidade, prevalecendo, nesse sistema, o simples interesse do Estado na punição do acusado, que tinha contra si a presunção de culpabilidade.

GRINOVER⁷⁹, prelecionando sobre esse sistema, pontifica:

O sistema inquisitório é reconhecidamente um dos instrumentos de formação e consolidação do absolutismo dinástico, que imperou nas monarquias da Europa desde o século XVI, e esta estrutura processual viria consolidar-se, no direito dos Estados durante os séculos XVII e XVIII, quando se ligou politicamente às idéias do Estado absoluto e totalitário. As mesmas razões que

⁷⁹ GRINOVER; FILHO; FERNANDES, op. cit., p.34-35.

levaram os governos a aderir ao novo método, também conduziram à exasperação do instituto e à adoção ilimitada da tortura como meio de prova, induzindo alguns autores a afirmar que a finalidade do processo, na época, parecia não ser mais o esclarecimento da verdade, mas sim o reconhecimento da responsabilidade do réu.

Longos anos se passaram e na esteira dos avanços culturais experimentados pela sociedade da época, aliados à influência do cristianismo, um novo enfoque passou a ser conferido ao processo, como instrumento estatal na solução dos conflitos.

As conquistas políticas introduziram uma nova visão de mundo e, com o surgimento das idéias libertárias, foi o homem resgatado de simples componente do corpo social, à sua real condição de indivíduo, particularizado, titular de direitos que deveriam ser respeitados por todos e pelo Estado.

Essa nova consciência teve relação direta com a atividade persecutória estatal, dando azo ao surgimento do sistema acusatório, caracterizado por um processo de partes, cabendo a atores diferenciados as atividades de acusar, defender e julgar. Passou, assim, o processo, a ter a característica de um *actum trium personarum*.

LEONE, citado por PRADO⁸⁰, tecendo considerações acerca das características do sistema em foco, aduz:

O poder de decisão da causa entregue a um órgão estatal, por sua vez distinto daquele que dispõe do poder exclusivo de iniciativa do processo. Acrescenta que, deduzida a acusação, o magistrado se libera da vinculação às iniciativas do autor, impulsionando oficialmente a persecução penal, que se desenvolverá conforme os princípios do contraditório, com paridade de armas, oralidade e publicidade.

⁸⁰ LEONE apud PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1999. p.112.

O processo, antes identificado com o arbítrio do soberano, plasmado para servir-lhe de simples instrumento de repressão, ganhava novos contornos, desta feita, com a observação de um rol de garantias conferidas ao imputado, reconhecendo-lhes a dignidade como ser humano.

Em meio às conquistas propiciadas pela Era das Luzes, um novo sistema processual surgiu na França pós-revolucionária, o qual recebeu a denominação de sistema misto.

PRADO⁸¹, prelecionando sobre a dualidade de fases desse sistema, aduz:

Na primeira delas, denominada instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade.

Entretanto, nem mesmo a preocupação de consolidar, na práxis, o ideal do pensamento iluminista afastou do campo teórico a concepção hegemônica de que o processo estava destinado unicamente a servir de defesa da sociedade.

Nesse particular o mesmo doutrinador antes citado, expõe⁸²:

⁸¹ PRADO, op. cit, p. 100-101.

⁸² Idem, Ibidem, p.47.

A tutela dos direitos do réu ficou inteiramente subordinada à função de defesa social desenvolvida através do processo penal; conseqüentemente o contraditório, a presença das partes, a publicidade deixaram de ser considerados como atributos especiais do processo, como o haviam sido na concepção jusnaturalista da escola clássica. Tais princípios deveriam ser avaliados exclusivamente do ponto de vista técnico, e somente se revestiriam de uma certa importância na medida em que concorressem para realizar o “fim genérico” do processo, ou seja, exatamente, a defesa social.

Essa exclusividade do processo parecia não se harmonizar com a tendência dominante na época, surgindo, em oposição à teoria monista, que vislumbrava o processo a serviço do interesse estatal, a concepção dualista, que sustentava que o instrumento albergava em seu conjunto a finalidade dúplice: o combate à criminalidade e a defesa da inocência do réu.

O manifesto antagonismo das duas correntes, revelava o pensamento das duas grandes escolas penais, observando-se das lições de GRINOVER⁸³ que:

O violento embate político ideológico que, no campo penal, se manifestou entre a escola clássica e a escola positiva, deve ser interpretado à luz da evolução da teoria geral do Estado no pensamento político-jurídico europeu, que influiu diretamente sobre os princípios gerais do processo penal. As três obras que hoje se oferecem como uma espécie de manifesto da nova escola positiva assinalam o nascer de uma nova concepção do processo penal que, reavivando o princípio inquisitório - jamais inteiramente abandonado - se destinava a deixar seqüelas ainda hoje não inteiramente apagadas na legislação e na cultura jurídica da maioria dos países europeus.

Nas dobras do tempo, a evolução do constitucionalismo engendrou novas arquiteturas políticas, ampliando o feixe de direitos e garantias do cidadão em face do poder estatal, permitindo, no curso da história, a existência de novos modelos de Estado.

Nas democracias modernas, o ideal repousa na consolidação dos valores da igualdade e da liberdade, para que se assegure a dignidade da pessoa humana, que são paradigmas que moldam a sua estrutura.

Nesse passo, tem-se que o modelo de Estado liberal de Direito, fruto do liberalismo clássico, se assenta na tríade: submissão ao princípio da legalidade, tripartição dos poderes e enunciação dos direitos e garantias do indivíduo. Muito embora essa tipologia conferisse proteção aos direitos e garantias individuais, na prática, a tutela se afigura ineficaz.

A insuficiência desse modelo é realçada por SCHIMITT, citado por SILVA⁸⁴, tendo por fundamento que:

A expressão “Estado de Direito” pode ter tantos significados distintos como a própria palavra “Direito” e designar tantas organizações quanto as a que se aplica a palavra “Estado”. Assim, há um Estado de Direito feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros conforme o Direito natural, com o Direito racional e com o Direito histórico. Disso deriva a ambigüidade da expressão Estado de Direito, **sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material.** (destacamos)

Os valores defendidos pela burguesia nesse modelo político almejam exclusivamente o alcance da condição de cidadãos livres. No entanto, os limites impostos à atuação do governante geram um absenteísmo marcante, figurando as conquistas, apenas no plano da normatividade, dando ensejo a práticas antidemocráticas, não possuindo o processo a eficácia esperada.

Fazendo uma incursão no modelo político-jurídico acima referido, SILVA⁸⁵ pontifica:

⁸³ GRINOVER; FILHO; FERNANDES, op. cit., p. 44.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8 ed. Malheiros Editora: São Paulo, 1992. p. 103.

⁸⁵ Idem, *Ibidem*, p. 105.

O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social.

E, citando o pensador VERDÚ,⁸⁶ acrescenta:

Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social. Transforma-se em Estado Social de Direito, onde o qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social.

O novo modelo, denominado Estado Social de Direito, possui uma vertente centrada para a realização do bem-estar do cidadão. CADEMARTORI⁸⁷, traçando as linhas demarcatórias entre os dois modelos de Estado, enfatiza:

Enquanto o estado liberal de direito tem por fito preservar as condições naturais ou pré-políticas de existência (vida, liberdades, imunidade perante o poder, e, hoje, a não nocividade do ar, da água e dos recursos naturais) as garantias sociais ou positivas baseadas em obrigações do estado permitem pretender ou adquirir condições sociais de vida: subsistência, saúde, educação, trabalho, moradia etc.

O paradigma do Estado Social de Direito, sem embargo de atender a um viés importante do ideário democrático, sob o prisma das

⁸⁶ SILVA, op. cit., p. 108.

⁸⁷ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade. Uma abordagem garantista*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1999, p. 160.

garantias, também permite, no campo processual, a prática de ações arbitrárias, colhendo-se em SILVA⁸⁸ a seguinte observação:

Mas ainda é insuficiente a concepção do Estado Social de Direito, ainda que, como Estado Material de Direito, revele um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Sua ambigüidade, porém é manifesta. Primeiro, porque a palavra social está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão do social e do Direito, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 – bem observa Paulo Bonavides - foram ‘Estados Sociais’ o que evidencia, conclui, ‘que o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo, e o nacional-socialismo’.

Na esteira da evolução dos paradigmas em busca do aperfeiçoamento do ideário da democracia, o Estado Democrático de Direito por sua estrutura centrada nos valores constitucionais tem se mostrado, na práxis, o modelo mais próximo à consolidação daqueles objetivos.

Consoante SILVA⁸⁹, esse modelo político-jurídico não é simples resultado da fusão dos conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. A nova concepção traz implícito um “componente revolucionário de transformação do *status quo*”.

⁸⁸ CADEMARTORI, op. cit., p. 195.

⁸⁹ SILVA, op. cit., p. 108.

Segundo o mesmo autor⁹⁰, fazendo um cotejo entre a Constituição portuguesa que consolida o Estado de Direito Democrático, e a brasileira, em notável passagem pontifica:

A Constituição portuguesa instaura o *Estado de Direito Democrático*, com o “democrático” qualificando o Direito e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre ambas as constituições. A nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo.

E conclui:

A democracia que o Estado Democrático de direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º,II) em que o poder emana do povo, que deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (artigo 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo, pluralista por que respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

CADEMARTORI⁹¹, tecendo comentários sobre a característica mais preponderante do Estado Democrático de Direito, registra que é:

⁹⁰ SILVA, op. cit., p. 108.

⁹¹ CADEMARTORI, op. cit., p. 32.

A constitucionalização dos direitos naturais estampados nas diversas Declarações de Direitos e Garantias, cuja posse e exercício por parte dos cidadãos devem ser assegurados como forma de evitar o abuso de poder por parte dos governantes.

Considerando ser esse o modelo político criado pela atual Carta Republicana brasileira (artigo 1º), assume o processo penal, nesse contexto, papel fundamental na salvaguarda de valores que transcendem a simples esfera jurídica. Nesse modelo, é o processo, meio de concreção da ordem constitucional e de realização dos ideais democráticos.

A superação do processo inicialmente voltado para responder aos anseios individuais, adquirindo ulteriormente contornos publicísticos, permite, dentro da ideologia do Estado Democrático de Direito, a realização dos valores eleitos pelo sistema como importantes para a vida em sociedade.

A concepção de que somente os Poderes Executivo e Legislativo é que estão comprometidos em realizar as aspirações do modelo estatal, hoje está superada pela consciência de que o Judiciário, enquanto Poder do Estado, através do processo, afastado o dogma da neutralidade, possui os mesmos compromissos com o ideário republicano.

Nesse passo, registra DALLARI⁹², em notável passagem:

.Na verdade o direito é e sempre foi político, por suas origens e por seus efeitos sobre os indivíduos enquanto participantes necessários da convivência, com seus valores e seus interesses que só se realizam no social, bem como sobre os grupos sociais e a sociedade como um todo. A afirmação da neutralidade política do direito é equivocada ou maliciosa.

⁹² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 57.

Realçando a responsabilidade do Poder Judiciário, dentro do processo democrático COELHO⁹³ observa:

O fato é que o Poder Judiciário é um Poder 'sui generis' no contexto constitucional, devido às funções que potencialmente pode exercer frente a população e frente aos outros Poderes. Tal especificidade gera dois compromissos muito especiais - com o próprio sistema democrático de poder e com a transformação da sociedade em termos de construção e consolidação da cidadania. Primeiramente, o magistrado (órgão do Poder Judiciário) deve pautar sua conduta em torno da manutenção e fortalecimento do sistema democrático de poder. Neste intuito, sua conduta decisional ou administrativa de conflitos precisa estar atenta à igualização material de tratamento dado às diferentes camadas sociais que a ele recorrem. De outra parte, no que respeita ao próprio conteúdo de sua conduta jurisdicional, são axiológicamente imperativas as garantias de cidadania insertas no sistema jurídico (...).

A existência de uma "jurisdição democratizante" voltada para a realização da justiça social, sob o influxo permanente das mutações culturais, políticas, sociais e econômicas operadas na sociedade, é exigência dos tempos modernos, e que só através da visão instrumental do processo, será possível a sua realização.

A abordagem do tema sob o viés da instrumentalidade pressupõe algumas considerações metodológicas, tendo-se em conta a simbiose existente entre processo e constituição.

DINAMARCO⁹⁴, fazendo a abordagem introdutória para o estudo da instrumentalidade em sua clássica obra, esclarece:

⁹³ COELHO, Edhiermes Marques. **Magistratura, Responsabilidade Social e Democracia**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 85.

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 25.

A visão analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-processo, tem-se tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e à preservação das garantias oferecidas pela Constituição ('jurisdição constitucional das liberdades'), mas toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.

E prossegue:

A tutela constitucional do processo tem significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional. No campo do processo civil, vê-se a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional; **no do penal, o da ampla defesa, sendo rigorosamente indispensável a celebração do processo, como condição para a imposição da pena (*nulla poena sine iudicio*); todo processo há de ser feito em contraditório, respeitada a igualdade entre as partes perante o juiz natural e observadas as garantias inerentes à cláusula *due process of law*. O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório) em clima de legalidade e responsabilidade.** (destacamos)

Postas tais considerações, tem-se que a atividade jurisdicional não se limita ao desate da controvérsia no plano jurídico, cujos lindes estão demarcados no pedido. O alcance da atividade vai mais além, como instrumento para atingir a outras finalidades extra-processuais, mas que estão incorporadas à dimensão constitucional.

A visão do processo, afastado do seu sincretismo inicial, agora destinado a propósitos, e a utilidades definidas, até então desconhecidas pela dogmática tradicional, repousa na tendência moderna de ser um instrumento aberto e de prestação de serviços à comunidade, dentro da interação que deve existir, nos planos social, político e jurídico⁹⁵.

O exercício da jurisdição na aplicação do direito ao caso concreto tem como pressuposto a existência de situação conflituosa, decorrente de fatos do cotidiano, envolvendo pessoas da comunidade. A simples pacificação do litígio sob o enfoque jurídico não satisfaz à realização dos fins colimados pelo Estado, sendo necessário que o comando emergente da decisão judicial seja para as partes envolvidas e para a sociedade a manifestação de um Poder do Estado com reverência aos valores cultuados pela ideologia dominante, com vistas ao alcance da paz social.

Ainda com aporte teórico na obra de DINAMARCO, tem-se que as vertentes que compõem os objetivos colimados pela jurisdição são efetivamente aquelas que integram a vida do cidadão e suas relações em sociedade. Nesse quadro, despontam a finalidade social, a finalidade política e a finalidade jurídica, que deverão ser asseguradas pelo processo.

No âmbito social, os poderes do Estado têm suas ações dirigidas para possibilitar as realizações no plano das individualidades, plasmando, na práxis, ações e medidas com vistas a resgatar os valores pessoais, procurando, dentro da competência e da harmonia institucional, a eliminação das desigualdades, a realização da justiça social, e a preservação da dignidade humana.

Nesse ponto, o processo não só desata a situação conflituosa subjacente estabelecida entre as partes, através de critérios justos, mas também afasta a expectativa que a própria demanda enseja para os contendores, tendo

⁹⁵ DINAMARCO, op. cit., p. 150.

também caráter pedagógico, como instrumento de conscientização dos direitos e obrigações dos componentes do corpo social.⁹⁶

A decisão do juiz altera a situação fática, modifica os vínculos existentes entre os membros da comunidade, palco dos fatos trazidos à sua cognição, servindo como paradigma para novos comportamentos sociais. É o Poder Judiciário influenciando de forma substancial no processo de aculturação do povo, irradiando, por todo o tecido social, os efeitos da norma jurídica aplicada ao caso concreto.

O viés político do processo é voltado para a consagração dos valores que ornaram o regime democrático e o sistema como um todo. A primeira manifestação política vem do caráter de imperatividade das decisões do Poder Judiciário. Elas revelam uma porção do Poder estatal e, como tais, possuem carga política, traçando diretrizes, disciplinando situações, influenciando na vida das pessoas e das instituições, sendo um exercício da cidadania, e elemento de satisfação de direitos.

Sob essa vertente, é o processo um instrumento de tutela das liberdades. A proteção a esses bens decorre do pacto social, onde o próprio judiciário é um de seus guardiões, na implementação dos valores eleitos pelo Estado Democrático de Direito.

As liberdades públicas, que se constituem na positivação dos Direitos do Homem, reconhecidos nas várias Declarações de Direitos, são observados e garantidos irrestritamente no processo, emergindo, na prática, a postura eminentemente política do órgão jurisdicional.

Ao lado do valor liberdade assegura o Poder Judiciário através do processo “a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política.”⁹⁷

⁹⁶ DINAMARCO, op. cit., p. 162.

⁹⁷ Idem, Ibidem, p. 168.

No contexto da democracia participativa, vários são os mecanismos de influência da sociedade nos centros de poder (v.g. plebiscito, referendo, iniciativa popular). O processo apresenta-se como mais um instrumento com finalidade essencialmente política, permitindo que através da tutela de direitos, se possa, por via reflexa, influir e participar nos destinos da sociedade organizada.

A questão jurídica que se apresenta, à primeira vista como endo-processual, na perspectiva instrumental, assume outras proporções além do simples desate da controvérsia no campo do Direito. Serve o processo, nessa vertente, para a realização de uma “ordem exterior, representada pelo conjunto de normas e princípios que atribuem bens da vida às pessoas, disciplinam condutas e ditam a organização da convivência social - ou seja, é representada pelo que se denomina direito substancial”⁹⁸

O papel do processo nessa seara é a realização plena e efetiva do ordenamento vigente, exigindo do juiz a sensibilidade a independência e a imparcialidade, para captar os fatos trazidos à sua cognição, sem ser servil à lei, mas procurando adotar em cada situação a solução mais próxima ao ideal de justiça almejado por todos.

À toda a evidência não é a vertente mais importante do processo, a despeito de ser a mais prestigiada, na práxis, dada à natureza do processo como veículo de realização do direito. A solução da controvérsia com a simples aplicação da norma ao caso concreto atende apenas a um dos objetivos da jurisdição que possui dentro da filosofia da instrumentalidade um espectro muito mais abrangente.

⁹⁸ DINAMARCO, op. cit., p. 181.

2. A teoria garantista e seus desdobramentos

A moderna teoria do processo, além da vislumbrá-lo como instrumento para consecução de objetivos meta-jurídicos, confere-lhe a condição de elemento de garantia dos direitos fundamentais. O garantismo jurídico tem em Luigi Ferrajoli um de seus defensores, e na obra “*Derecho Y Razón- Teoria del Garantismo Penal*” sustenta como pressuposto da teoria a constatação no mundo dos fatos do manifesto descompasso existente entre aquilo que está inserido nas Cartas Fundamentais e as práticas realizadas por aqueles encarregados da repressão estatal.

Tal preocupação não passou despercebida a BOBBIO⁹⁹ que em uma de suas palestras sobre o “ Fundamento dos Direitos do Homem”, deixou assente: “O problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”

O que se constata é que ingressamos em um novo século, com a sociedade absorvendo os frutos da modernidade, vivenciando progressos até então inimagináveis, em um mundo globalizado, em que a informação tornou-se a maior conquista, capilarizando-se, em todo o planeta, unindo pessoas, povos distantes, diferentes culturas, tornando a vida do homem mais complexa e, por conseguinte, mais conflituosa.

Infenso a todos esses avanços caminha o Direito, ou com os olhos voltados para o passado com a crença em valores naturais, na sua matriz jusnaturalista, ou com os pés fincados no legalismo estático, em sua vertente positivista. O resultado dessa postura de isolamento, entre o idealizado e o previsto, e a realidade cambiante tem gerado a crise dos paradigmas por que passa o Direito, que se mostra impotente para a solução dos graves problemas da sociedade.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

A teoria garantista, como foi arquitetada, pretende servir de aporte para a superação das desigualdades, e fornecer, dentro da filosofia e da metodologia que apresenta, os mecanismos para que os operadores jurídicos possam plasmar, na práxis, os valores cultuados pela democracia.

A idéia central do garantismo, enquanto técnica de diminuição da discricionariedade e maximização das expectativas garantidas como *direitos* fundamentais, parte de pressupostos conceituais que dão corpo à teoria engendrada com a finalidade de servir como base para uma nova exegese do sistema, dentro da ideologia plasmada pelo Estado Democrático de Direito.

Tendo como sustentáculo o princípio da legalidade a nortear aquele modelo político/jurídico, o garantismo se apresenta nas palavras de seu próprio idealizador, como “um modelo normativo de direito”¹⁰⁰, cujas bases teóricas se assentam em três significados que se encontram interligados.

Relativamente à primeira acepção, deve ser vista sob o viés epistemológico e caracteriza-se como

um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, e no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos.¹⁰¹

Tem-se, nesse primeiro aspecto teórico, a formulação de um modelo que, na instância jurídica, estabelece um sistema de tutela dos direitos dos cidadãos já albergados nas Cartas Constitucionais, em face do próprio poder estatal, colimando arrostar os nocivos desvios do Poder. Apresenta-se a teoria, no

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho Y Razón -Teoria del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998, p. 851.

¹⁰¹ Idem, *Ibidem*.

particular, como uma auto-limitação do poder, impondo-se ao Estado o dever de obedecer às próprias garantias criadas.

Outro aspecto importante e que constitui um dos marcos teóricos do garantismo, e que permite o estudo do fenômeno jurídico sob outra dimensão, diz respeito ao tratamento dispensado às categorias da validade e da vigência das normas. Dentro da teoria tradicional, principalmente com aporte na concepção kelseniana¹⁰², as normas emanadas do Poder Público gozam da presunção de legitimidade, confundindo-se, nesse sistema, a validade com a simples existência formal da mesma.

A constatação no mundo dos fatos, da existência de normas vigentes porém inválidas, permitiu ao garantismo, engendrar uma nova formulação teórica, distinguindo a validade da vigência, e, com isso, afastar da força do positivismo legalista as regras que não se encontram em conformidade com o texto constitucional.

A idéia é a de que os juízos de validade e de vigência possuem dimensões distintas. A vigência ou existência, para o garantismo, diz respeito à observância das regras para emissão da norma (iniciativa, quorum, legitimidade do órgão legislativo, procedimento) que são pressupostos formais, enquanto que a validade traz implícita a sua conformidade ou não com o ordenamento vigente, em face da hierarquia das normas de grau superior, devendo as de índole inferior a elas se adequar sob pena de invalidade.

Nos meandros da teoria garantista colhe-se em CADEMARTORI¹⁰³ a seguinte observação:

Esta concepção de validade e sua distinção do conceito de vigência é a condição e o traço distintivo

¹⁰² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.28.

¹⁰³ CADEMARTORI, op. cit., p. 43.

desse moderno Estado de Direito caracterizado pela forma positiva do seu direito e pela disciplina constitucional de seus conteúdos. A confusão, portanto entre as duas noções presentes no normativismo (que alarga o significado de validade fazendo-o coincidir com o de existência) e no realismo (que restringe o significado de existência fazendo-o coincidir com o de validade) gera profundas incompreensões daquele fenômeno.

A análise a ser realizada sob o influxo do garantismo, entre os critérios de vigência e de validade, permite ao operador jurídico a análise crítica do sistema, realizando um juízo de valor, detectando as eventuais incongruências do ordenamento em busca de soluções práticas que permitam na aplicação do direito, que permitam afastar os abusos cometidos em nome de uma racionalidade divorciada da matriz ideológica do Estado Democrático de Direito.

A teoria de FERRAJOLI traz ainda um componente externo, de justificação do modelo interno incorporado pelos Estados e que serve de base à estrutura garantista e que tem caráter “ético político”. Sob tal aspecto moral e direito que normalmente são examinados sob uma única perspectiva, no modelo garantista devem ser analisados sob enfoques diferenciados.

Em sede garantista, a moral deve servir de parâmetro para aferição do ato político, que por sua vez deve ser justificado sempre na proteção dos direitos fundamentais.

A exigência dessa conformação, vista de forma externa (“*ex parte populi*”) permite ao indivíduo o controle e previsão dos atos normativos do poder, exercendo sobre eles, além de um juízo de valor, a possibilidade de invocar os mecanismos de controle existentes no sistema.

No que respeita ao Direito, visa à concreção de valores meta-jurídicos, que se constituem no referencial ideológico do Estado

Democrático de Direito. A justificação externa do garantismo, nesse particular, permite o confronto com os princípios e valores constantes na Constituição que se projeta por todo o sistema.

Nesse passo, na proteção dos Direitos Fundamentais, o garantismo jurídico se harmoniza com a teoria da instrumentalidade do processo, fornecendo todo o arsenal metodológico para banir as práticas antidemocráticas, na salvaguarda dos valores fundamentais da pessoa humana.

3. A violação do direito à ampla defesa

É na dialética do processo que se forja a reconstrução histórica do fato atribuído ao acusado. A pesquisa da verdade, que desponta da relação de antagonismo existente entre a acusação e a defesa, só se realiza de maneira efetiva, com a garantia do postulado constitucional da ampla defesa.

Encartada como consectária da cláusula constitucional do devido processo legal, a garantia tem espectro muito mais abrangente do que dimana do preceptivo. Sua construção abrange a tutela da vida, da liberdade e de outros bens materiais e imateriais.

Na contextura do processo penal, consoante GRECO FILHO¹⁰⁴, a garantia tutelada possui as seguintes características:

- a) ter conhecimento claro da imputação;
- b) poder apresentar alegações contra a acusação;
- c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova;
- d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça;
- e) **poder recorrer da decisão desfavorável**”
(destacamos)

Um dos pilares básicos da ampla defesa é o **exercício do direito de se insurgir das decisões adversas**, que é próprio da natureza humana, e que a democracia assegura como realização plena dos valores individuais.

¹⁰⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. Saraiva: São Paulo, 1999, p. 83.

O direito de provocar um novo exame da decisão, longe de se constituir em situação que evidencie entrave burocrático para a administração da justiça, como pensam alguns, reveste-se de legitimidade incontestável, diante dos possíveis efeitos da nova decisão sobre o patrimônio moral e emocional do acusado.

SÁ¹⁰⁵, em notável passagem, prelecionando sobre os bens tutelados pelo sistema, pontifica:

Não é absurdo, destarte, incluir nessa categoria a **decisão judicial favorável como bem da vida** desejado por qualquer dos contendores. Assim considerada, a aspiração de uma sentença favorável é bem incorpóreo protegido pela cláusula do *due process of law*, que por sua abrangência, admite interpretação em seu elástico.

Considerando-se que a ampla defesa e o contraditório são normas principiológicas, colhe-se em MELLO¹⁰⁶ a seguinte advertência:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...)

E conclui:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão a seus valores fundamentais (...)

Consoante já asseverado em capítulo próprio, reitere-se que a utilização da via recursal é consectário lógico da ampla defesa, eis que

¹⁰⁵ SÁ, op. cit., p. 100.

permite ao acusado um segundo exame da decisão que lhe foi adversa, exercendo-se nova cognição sobre o mesmo fato, reabrindo-se a possibilidade de um novo desfecho processual.

Tal garantia se afigura importante para a demonstração de inocência do acusado, posto que, sendo a matéria devolvida ao reexame de outro órgão do mesmo tribunal, permitirá nova avaliação do material probatório, não estando afastada a possibilidade de reforma da primeira decisão.

Na mesma esteira, a utilização do recurso permite ao próprio Poder Judiciário o controle de suas próprias decisões, corrigindo naturais equívocos, concorrendo para que se obtenha a almejada segurança jurídica, tornando a questão pacificada, com prestígio e respeito ao Poder Judiciário.

Conquanto o duplo grau de jurisdição decorra no plano constitucional, de uma exegese sobre o espírito da Carta em relação ao disposto no artigo 5º, inciso LV, a imperatividade que emana do preceito contido no artigo 8º, nº 2, alínea “h” do Pacto de São José da Costa Rica, reforça a idéia do instituto, como garantia constitucional.

Ocorre que, a Lei nº 8.038/90 e os Regimentos Internos dos Tribunais não consubstanciaram em seus textos mecanismos para tornar factível a utilização da via recursal ordinária, constituindo-se a omissão em injustificável afronta ao texto da Lei Maior.

Como já asseverado, os embargos declaratórios, previstos para combater as manifestações colegiadas, de regra, só possuem o condão de dar transparência à decisão impugnada, não se prestando para análise probatória afastando do recurso o seu potencial reformador.

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo, 1986, p. 230.

Nem mesmo a possibilidade da recepção do aludido recurso em caráter infringente afasta a sua natureza limitada, eis que, através do efeito regressivo, **é o próprio órgão emissor da primeira decisão que vai analisá-lo.**

Para se cogitar da garantia do duplo grau ordinário, é necessário que um outro órgão colegiado, diverso daquele que emitiu a primeira decisão, composto por novos integrantes, possa reexaminá-la, realizando um novo juízo de valor, conferindo-se às partes as mesmas prerrogativas processuais da primeira etapa do procedimento.

O sistema pátrio, nos moldes como está estruturado, além de não atender à garantia de um segundo julgamento da questão, concorre para que a decisão originária adquira contornos de definitividade, o que se constitui em manifesto constrangimento ao *status dignitatis* do acusado.

O mesmo se diga em relação à revisão criminal como instrumento previsto para ataque das decisões dos tribunais nas ações penais originárias.

Não sendo a revisão um recurso, mas autêntica ação penal de índole constitutiva, submete-se a pressupostos de admissibilidade que estão arrolados nos incisos I a III do artigo 621 do Código de Processo Penal, destinando-se, basicamente, a arrostar a ocorrência de erro judiciário.

Pelo simples fato do remédio processual em tela não se instaurar no âmbito da mesma relação processual, está afastada a sua natureza recursal, não sendo, por via de consequência, instrumento garantidor do duplo grau de jurisdição.

A questão se agrava quando não se vislumbra, no plano legislativo ou mesmo na instância judicial, qualquer iniciativa, quer no tocante à

criação normativa ou mesmo de manifestação jurisdicional, que reconheça o direito e possibilite o acesso a níveis mais elevados para reexame da questão decidida.

As manifestações do excelso Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no *Habeas Corpus* nº 71.124 –3- RJ, cujo acórdão foi publicado no Diário Oficial da União de 23 de setembro de 1994 em que figurou como relator o Ministro Nelson Jobim; no Recurso em *Habeas Corpus* nº 80.919-SP, publicado no mesmo periódico em 12 de junho de 2001, em que figurou como relator o mesmo ministro e o Recurso em *Habeas Corpus* nº 79.785-RJ tendo como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, **negam de forma peremptória a existência do duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias**, concorrendo, assim, para estimular a prática da anomalia violadora aos Direitos Fundamentais.

Os argumentos que sustentam as decisões do mais elevado órgão do Poder Judiciário, incorporados aos acórdãos cuja referência já foi feita, não possuem dimensão jurídica, **sendo estritamente circunstanciais**, trazendo como substrato o fato de que inexistem, no ordenamento jurídico vigente, previsão legislativa para tanto.

As justificativas apresentadas, na realidade, afastam o foco central da discussão, que é a seara dos Direitos e Garantias Fundamentais, para a argumentação tímida da vacuidade legislativa, como simples regra de organização judiciária.

O descaso como é tratada a matéria nos tribunais é flagrante e atentatório ao ideário democrático, fragilizando o direito à ampla defesa, destituindo a garantia de seu real significado no contexto sócio-político-jurídico.

O certo é que não se concebe que o próprio sistema que dá suporte a um modelo político/jurídico de Estado Democrático de Direito se compadeça com a possibilidade da existência de decisões arbitrárias ou mesmo

equivocadas dos tribunais, e cerceie o cidadão do direito de submetê-las ao reexame de outros órgãos superiores, através do duplo grau ordinário de jurisdição.

Ademais, não se pode olvidar na abordagem de tema de tal magnitude que o foro especial se estende também à classe política, onde são julgados prefeitos, governadores de Estado, deputados estaduais, deputados federais e senadores, não estando afastada a possibilidade da existência de um julgamento movido por injunções meramente políticas, permanecendo o acusado injustamente condenado e impedido de provocar o reexame do mérito da questão, pela manifesta carência de previsão legal.

A situação reinante, como já asseverado, traduz-se em afronta à função instrumental do processo, eis que o mecanismo encontrado para solução dos conflitos encontra-se obliterado em alcançar seus objetivos metajurídicos, pela inexistência de recurso para combate da decisão de mérito.

O fundamento encontrado em todas as manifestações do Excelso Pretório, e que consubstanciam a negativa do duplo grau ordinário de jurisdição, não pode ser levado em consideração para impedir o acesso a níveis mais elevados, diante do preceito constante do Pacto de São José da Costa Rica, e que já deveria ter sido incorporado materialmente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Na linha da exposição sustentada, possui o pacto influência no direito interno, máxime em relação ao tema tratado, que diz respeito a **direito fundamental**, não se podendo simplesmente desconhecê-lo sob o enfoque da hierarquia constitucional, quando o próprio texto da Carta Política, em seu artigo 5º parágrafo 2º, **o recepciona como norma integrante do sistema pátrio**.

4. A violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Não foram as considerações postas em relevo no tópico anterior que consagram a vulnerabilidade a preceito fundamental, acrescem a ocorrência por via reflexa, da supressão ao acusado, do direito de acesso à justiça, garantido pelo preceito inserido no artigo 5º, inciso XXXV, da Magna Carta, com a seguinte dicção: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O modelo político/jurídico do Estado Democrático de Direito tem sua base de sustentação no princípio da legalidade, o qual lhe dá suporte, e, por via de consequência, legitimidade. Superadas as formas primitivas de composição do litígio, o Estado chamou para si a tarefa de dirimir os conflitos intersubjetivos através da aplicação da lei no caso concreto.

Dentro da teoria da tripartição dos poderes, essa tarefa é desenvolvida pelos órgãos do Poder Judiciário com autonomia e independência, não sendo permitida ao particular a realização da justiça pelas próprias mãos.

A existência de lesão ou ameaça a direito não poderá prescindir da intervenção do Poder Judiciário, que através do processo, com a observância das garantias fundamentais, decidirá a questão através de um provimento jurisdicional denominado sentença.

É, assim, a tutela jurisdicional um direito do cidadão e ao mesmo tempo um dever imposto ao Estado, sendo a tarefa indeclinável para o alcance da paz social.

SILVA¹⁰⁷, tecendo comentários sobre a garantia
telada, verbera:

O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo insito nas regras do artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV.

Dos escólios de BASTOS¹⁰⁸, extrai-se que:

Ao lado da função de legislar e administrar, o Estado exerce a função jurisdicional. Coincidindo com o próprio evoluir da organização estatal, ela foi absorvendo o papel de dirimir as controvérsias que surgiam quando da aplicação das leis. Esta, com efeito, não se dá de forma espontânea e automática. Cumpre que os seus destinatários a elas se submetam, para o que se faz mister que tenham uma correta inteligência do ordenamento jurídico, assim como estejam dispostos a obedecer à sua vontade.

RODRIGUES, em obra específica sobre o tema¹⁰⁹,
trazendo novas luzes sobre a garantia esclarece:

Preliminarmente é necessário destacar frente à vagueza do termo acesso à justiça, que a ele são atribuídos pela doutrina diferentes sentidos. São eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significante justiça, o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, tornando sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, **partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como acesso a uma**

¹⁰⁷ SILVA, op. cit., p. 376-77.

¹⁰⁸ BASTOS, op. cit., p. 169.

¹⁰⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 28.

determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro. (destacamos)

O mesmo autor acima referido, na mesma obra¹¹⁰,
conclui:

No segundo sentido anteriormente expresso, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário e nem no próprio universo do direito estatal. É necessário, portanto, ter o cuidado de não reduzi-lo à criação de mecanismos processuais efetivos e seus problemas à solução desses. Para Dinamarco (1987:404), o acesso à justiça representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios que ele oferece. Ou nas lapidares palavras de Kazuo Watanabe: A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o **acesso à ordem jurídica justa**. (1988:128) (grifos do original)

Com aporte nos excertos doutrinários, tem-se que a jurisdição enquanto Poder assume os mesmos compromissos constantes do Pacto Supremo de proteção aos valores fundamentais da pessoa humana, e que dão sustentação ideológica ao Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, exsurge o judiciário como autentico garantidor desses valores, sendo o processo o mecanismo de sua tutela, com reflexos no campo jurídico, social, e político, através pelo viés da instrumentalidade.

A submissão ao controle jurisdicional não se limita à simples apreciação por um órgão monocrático ou colegiado da questão controvertida. De nada valeria o processo se em seu contexto predominasse a simples obediência ao formalismo traçado pelo legislador ordinário.

¹¹⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 28.

Desponta o processo em sua dimensão mais importante, como instrumento de realização de valores; de reverência aos direitos e garantias fundamentais e de alcance do ideário eleito pelo sistema e que tem na dignidade da pessoa humana a sua vertente mais importante.

Nesse aspecto, o direito de acesso e a tutela prestada há de permitir, ao mesmo tempo, não só o julgamento por um órgão que represente uma parcela do poder estatal, mas que essa tarefa se realize, tendo-se em conta os fins colimados pelo Estado, cujos reflexos deverão repercutir nas esferas jurídica, social e política do acusado.

Estando o direito de acesso ao judiciário jungido ao tratamento que é dispensado ao processo, qualquer que seja a frustração que se propicie ao acusado, por certo estará comprometida a garantia constitucional.

Fazendo-se uma transposição do terreno das idéias para o tema abordado, tem-se que a supressão do duplo grau ordinário, que é conferido de forma sistemática a todos os acusados, nas ações penais originárias encontra o óbice da falta de previsão legislativa.

Considerando-se que é cediço na dogmática processual, que o recurso é mero desdobramento da relação jurídica processual, sendo mais uma fase do procedimento, a supressão dos recursos que visam atacar o mérito da decisão aniquila a garantia do acesso à justiça.

A inexistência de recurso impede que o processo venha a atingir a mais uma fase dentro de sua liturgia, residindo, nesse aspecto, a violação apregoada à garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Em se admitindo ser o recurso direito da parte, na contextura da amplitude de defesa, assegurado não só pela Constituição Federal, mas também pelo Pacto de São José da Costa Rica, a inexistência dessa fase dentro da

mesma relação processual penal, priva o acusado do direito de acesso aos órgãos superiores do Poder Judiciário, através do recurso.

Assim, afigura-se inadmissível que se frustre ao acusado, do lido direito de ter a decisão primeira submetida a outro órgão do Poder Judiciário, eliminando-se do processo a sua dimensão axiológica, em nome de uma omissão do legislador ordinário, quase sempre descompromissado com os valores constitucionais.

5. A violação do princípio da igualdade

A discussão sobre a temática que envolve o foro especial por prerrogativa de função sempre desafiou a argúcia dos doutrinadores, eis que traz implícitos aspectos que põem em xeque o secular princípio da igualdade de todos perante a lei.

O princípio da isonomia, albergado em todas as constituições modernas, fruto das idéias libertárias, é concebido por BASTOS¹¹¹ como “o direito de todo o cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos vedados pelo ordenamento constitucional”.

De igual modo MORAES¹¹² tecendo comentários sobre a garantia enfocada, expõe:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida que se desigalam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meios de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.

¹¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 10.

¹¹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, p. 162.

FERREIRA¹¹³, trazendo luzes sobre o princípio telado, pontifica:

O princípio da igualdade é norma constitucional básica, chamada também de princípio da isonomia, consistindo na igualdade jurídico-formal de todos diante da lei. O seu objetivo é extinguir privilégios. Tal princípio deve ser apreciado como uma dupla perspectiva: igualdade na lei e igualdade perante a lei, esta pressupondo a lei elaborada. A doutrina e a jurisprudência pátria assentaram o princípio de que a igualdade jurídica consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes. Em outras palavras: tratar desigualmente as situações desiguais.

Muito embora se reconheça que o princípio da igualdade não pode ser concebido em termos absolutos, e que o sistema deve estabelecer quais as situações em que se revela necessária a existência de tratamento diferenciado, colhe-se em MORAES¹¹⁴ a observação seguinte:

Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. (destacamos)

Com suporte no excertos doutrinários trazidos a lume, infere-se que a igualdade jurídico-formal preconizada pela Magna Carta só pode ser desconsiderada quando o elemento que realiza a discriminação for empregado para

¹¹³ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 62.

¹¹⁴ MORAES, op. cit., p. 63.

um objetivo aceito pelo ordenamento jurídico, dentro de um critério de razoabilidade e de proporcionalidade.

Uma incursão no tema deixa antever que o procedimento traçado para as ações penais originárias é fruto de tratamento diferenciado concedido a pessoas em face das funções que elas exercem no âmbito social. É a atividade exercida, e não a pessoa ocupante do cargo, que gera a forma especial de processamento, e que permite que as mesmas sejam julgadas por órgãos colegiados, e não monocráticos.

Afirmar que as pessoas já apontadas e que gozam de foro especial são iguais aos cidadãos comuns é negar a evidência dos fatos, admitindo-se, nesse particular, um tratamento diferenciado **no que se refere ao lugar onde devem ser submetidas a julgamento, eis que, se encontra uma justificativa dentro do sistema jurídico para a existência do foro especial.**

Nesse contexto, são bem esclarecedoras as ponderações de DANTAS¹¹⁵, quando afirma:

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. **A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica,** de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma

¹¹⁵ MORAES apud DANTAS, San Tiago. **Direito Constitucional**. Forense: Rio de Janeiro, 1948, p. 64.

construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário. (destacamos)

A grande questão que se coloca em debate é a forma de assegurar os direitos fundamentais dentro do processo penal, uma vez que tais direitos **não possuem qualquer vinculação com a atividade eventualmente exercida pela pessoa**. Os direitos são conferidos pela simples condição de serem seus titulares, **seres humanos** e não podem sofrer qualquer discriminação em razão da atividade exercida.

O regime das liberdades públicas não se submete a questões ligadas fora do âmbito da individualidade, possuindo todos tratamento processual igualitário, mesmo em foro diferenciado, através das conquistas que a democracia consolidou.

Não existe nenhuma razão de ordem jurídica para que se consolide a supressão do duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias. O que ocorre é a simples submissão ao comando das normas infra-constitucionais que não apresentam grau de legitimidade para justificar a não incorporação em seus textos de mecanismo que vise dar efetividade àquele direito.

A violação ao princípio da igualdade processual está estampado de forma clara na inexistência das vias recursais ordinárias para os que gozam de foro especial, revelando a omissão, em manifesta afronta ao secular princípio da igualdade.

A regra da isonomia, conquista notável do gênio humano, se apresenta como um dos alicerces do regime democrático e na razão primeira para consolidação dos demais valores que ornaram o sistema, caracterizando-se doutrinariamente, como a **igualdade jurídica de todos**.

A igualdade das pessoas perante a lei se assenta na necessidade de tratamento isonômico que deverá ser dispensado em razão da **situação jurídica** em que as mesmas se apresentam. Situações iguais, tratamentos iguais.

Afastando-se do campo teórico e incursionando-se no tema deste trabalho, pode-se admitir a excepcionalidade da regra principiológica, quando existir **situação de fato distintas** e merecedoras de tratamento diferenciado.

As pessoas que gozam de foro especial por prerrogativa de função **estão, de fato**, em situação diferente das pessoas comuns, que não ostentam cargos ou funções públicas. A necessidade de se submeterem a processo e julgamento através de outros órgãos jurisdicionais encontra fundamento jurídico dentro das justificativas apresentadas pelo ordenamento legal.

A partir do momento em que essas pessoas se tornam acusadas do cometimento de ilícitos penais, tornando-se, destarte, sujeitos passivos da relação processual penal, assim como as pessoas comuns, adquirem também o *status* de acusados, **igualando-se juridicamente a estes**.

Nesse ponto está o cerne da violação do princípio, uma vez que, alçada a pessoa à condição de acusada, **a igualdade processual** se afigura indeclinável, máxime em se tratando de direito fundamental.

PORTANOVA¹¹⁶, abordando o tema, adverte:

A igualização há de dar-se não só perante a lei, mas perante o direito, **perante a justiça, perante os escopos sociais e políticos do processo**. Perante, enfim, as dimensões valorativas do direito. A razão de existir de tal princípio é propiciar condições para que se busque a equalização das condições desiguais. É que, havendo indiscutivelmente desigualdades, a lei abstrata e

¹¹⁶ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.56.

impessoal que incida em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar injustiça. (destacamos)

A isonomia processual, reclama igualdade de tratamento, “paridade de armas” e de recursos destinados à prova do estado de inocência, à ampla defesa, ao contraditório e à cláusula do devido processo legal. Tem como escopo ainda permitir a quem está litigando, a igualdade de meios.

Na hipótese vertente, não existe razão jurídica alguma para tratamento diferenciado nas ações penais originárias no que tange à via recursal, eis que todos que respondem a ações penais, em sua generalidade, são **juridicamente iguais**.

Entretanto, a pessoa que não goza de foro especial, e responde inicialmente a ação no juízo monocrático, poderá, da decisão eventualmente condenatória, recorrer do mérito desta para o Tribunal de Justiça, através de um órgão fracionário, e ainda assim, se tiver improvido o seu recurso e se essa decisão não for unânime em seu desfavor, poderá utilizar-se dos Embargos Infringentes para reexame da questão.

A supressão da linha recursal ordinária **em situações jurídicas iguais** revela despreço às garantias fundamentais, com a violação do princípio da igualdade, permitindo-se a uns o uso do recurso, com a expectativa de reversão do julgado adverso, e a outros o consolo pela inexistência de recurso previsto.

Em um regime democrático, em que se pretende tratar as pessoas com igualdade e respeito à dignidade, a existência de instância única é um desafio que só a consciência dos legisladores e a existência de um Poder Judiciário voltado para cumprir o seu papel de garantidor dos Direitos Fundamentais, poderá superar.

Vistas pelo vértice da instrumentalidade, as anomalias apresentadas pelo sistema inviabilizam que o processo tenha a eficácia social e política almejada, eis que, sendo mecanismo de tutela do indivíduo em face dos eventuais abusos ou desvios de poder por parte do Estado, encontra-se, na prática, tolhido de servir a essas finalidades metajurídicas, pela deficiência de uma legislação arcaica, que ainda não se afinou com os ideais do Estado Democrático de Direito.

Na perspectiva garantista, constata-se um nível de deslegitimação normativa, com a prática arbitrária de mecanismo anacrônico que viola Direitos Fundamentais do cidadão, suprimindo-lhe garantia importante na contextura do processo penal, debilitando as linhas mestras de um sistema que tem no processo penal, o instrumento de realização de valores.

CONCLUSÃO

Já concebia ARISTÓTELES na Grécia antiga a idéia de que o homem é um animal político, e assim sendo, só sobrevive de forma a realizar as suas aspirações no meio social. A vida em sociedade é multifacetada, estando o homem exposto a uma série de situações quase sempre geradoras de conflitos, quer no âmbito de suas relações com outras pessoas, quer nas relações com o próprio Estado. As esferas do público e do privado passaram a constituir as instâncias onde o homem se manifesta.

Muito embora no início do processo civilizatório inexistisse uma forma de organização social, com regras de convivência, é inquestionável que havia um certo consenso, extraído dos costumes e das práticas da época, e que se constituíam em modelos de comportamento.

Os eventuais desvios de conduta eram reprimidos também com a força da habitualidade, através da imposição de castigos e outras formas de correção, que eram praticadas não só contra o ofensor, mas a seus familiares e até mesmo a todo o grupo ao qual pertencia.

Essa espécie de julgamento, inicialmente atendia ao interesse do particular, na fase da vingança privada, e, posteriormente passou a encontrar uma justificativa na divindade, denominando vingança divina, e, em outra quadra mais evoluída da história, passou a denominar-se vingança estatal, dado ao surgimento do Estado como maior organização política.

A criação do Estado como um ser todo poderoso (o leviatã) deu ensejo, inicialmente, ao surgimento de regras absolutistas, através das autocracias, possuindo o poder repressivo estatal características de arbitrariedade, resvalando no processo a ideologia dominante.

Nessa quadra da história, o processo servia ao poder. Era instrumento do exercício da violência institucionalizada. Inexistindo qualquer direito de defesa, era, o acusado, objeto de investigação, com procedimento sigiloso, e com presunção de culpabilidade, o que caracterizou o sistema inquisitivo.

As revoluções que se operaram após o século XVIII, trouxeram uma nova dimensão de mundo. Progressos extraordinários se verificaram em várias áreas do conhecimento. O homem até então atomizado, passou a se constituir em centro das preocupações dos filósofos e estudiosos. O humanismo surgiu não só como doutrina, mas como um ideário para os novos tempos.

Sob um novo enfoque, o processo também experimentou os influxos dessa Era. Sob o signo de um sistema misto, criou-se uma nova forma de apuração dos desvios de conduta, através de uma nova liturgia, agora composta de duas fases. O juizado de instrução, dirigido por um juiz de direito, sendo toda a prova colhida em caráter sigiloso, sem possibilidade de defesa para o réu, concluindo-se com uma segunda fase, esta pública, com a observância do contraditório e da ampla defesa.

Contendo alguns resquícios do autoritarismo, esse sistema, gradativamente, foi sendo absorvido pelo sistema acusatório, afastando-se a figura central do representante do Estado, que reunia em suas mãos as atividades de acusar, defender e julgar simultaneamente, fazendo-as partilhar por entes distintos.

O processo penal surgia, então, com características avançadas, apresentando-se como um sistema de três pessoas em que cada qual exercia uma atividade diferenciada (*actum trium personarum*) defendendo determinados interesses (acusação, defesa, e o órgão julgador).

No plano da tutela, o processo que inicialmente servia ao poder, sendo instrumento de vingança do soberano contra o súdito que

transgredisse as regras de convivência, a partir da Era das Luzes, passou a se constituir em mecanismo de garantia dos interesses sociais, e ao mesmo tempo, de tutela dos Direitos Fundamentais. De simples súdito, foi o indivíduo alçado à condição cidadão. De mero objeto de investigação, a titular de direitos.

A teoria dos Direitos do Homem passou a ser enriquecida com as Declarações Universais de Direitos, tendo vários países do ocidente, incorporado às suas Cartas Políticas os ideais de um novo tempo, voltado para assegurar os valores da igualdade e da liberdade.

Sob o aspecto político, a democracia tornara-se o sistema ideal à concreção de um processo penal destinado a reduzir as desigualdades, criando o ambiente propício à expansão da personalidade humana, valorizando o indivíduo frente ao Estado com reverência às garantias albergadas no texto da Constituição.

Tendo como ponto de partida o respeito aos Direitos Fundamentais, objetivou o presente trabalho, conforme já explicitado em sua parte introdutória, ao exame do sistema processual penal pátrio, em face do tratamento dispensado pelo direito positivo, às ações penais originárias.

Sob o fundamento de que, em se tratando de pessoas que exercem cargos ou funções destacadas na estrutura social, o sistema estabeleceu para elas um *locus* para responderem por eventuais desvios de comportamento: os tribunais.

Razões de ordem hierárquica, ou mesmo de simetria entre o cargo exercido e o órgão jurisdicional competente para conhecer da matéria, fizeram com que o legislador pátrio alterasse as regras normais de competência originária, sujeitando os detentores de determinados cargos públicos a órgãos diferenciados.

A perplexidade se estabelece, na liturgia do processo e julgamento dessas ações penais, quando se observa, na práxis, tratamento diferenciado imposto pela Lei nº 8.038/90 e pelos regimentos internos dos tribunais, que são os diplomas que regem os procedimentos.

O princípio da ampla defesa, conferido indistintamente a todos os acusados, por força do mandamento constitucional, ancorado no artigo 5º, inciso LV, é plasmado na dinâmica do procedimento, entre outros meios, **no direito de recorrer da decisão desfavorável.**

O instituto encontra no sistema fechado das ações penais originárias uma limitação injustificável, eis que, por força dos regimentos internos dos órgãos jurisdicionais competentes não existe a previsão de recurso ordinário que venha enfrentar o mérito da decisão. A linha recursal contemplada naqueles instrumentos normativos limita-se aos Embargos Declaratórios e à Revisão Criminal.

As restrições impostas pela própria natureza dos embargos, cujos efeitos, sabidamente, em condições normais, não se prestam à modificação do julgado, aniquilam por completo a garantia da ampla defesa, sem se falar no instituto da revisão, que se submete a regramento próprio, como ação penal constitutiva, só sendo cabível em situações determinadas pela lei.

O vazio existente no campo da normatividade abre espaço na dogmática processual penal para a existência de decisão única dos tribunais, o que não satisfaz ao interesse da parte sucumbente, nem ao sistema, que proclama a democratização do processo como instrumento da tutela da inocência do acusado e, elege o Poder Judiciário como seu garantidor.

O julgamento único com foros de definitividade afasta do processo a sua vertente principal de ser instrumento de realização da justiça, com o respeito aos valores cultuados pelo sistema, impedindo por via de consequência, que o mecanismo possa atender a sua função instrumental.

Em uma outra vertente, a anomalia de índole processual impede o acesso à jurisdição, uma vez que obstada a via recursal ordinária, fica o procedimento estrangulado, sem que o acusado tenha a possibilidade de atingir a outros níveis do Poder Judiciário, considerando-se que o recurso é mera continuidade da relação processual originária.

A toda a evidência, as questões suscitadas no presente trabalho denotam um desprezo pelos valores constitucionais da ampla defesa, do acesso à justiça, e da igualdade, que são pilares importantes do Estado Democrático de Direito, não se podendo concluir de outra forma a não ser a constatação da manifesta ineficácia do sistema de garantias, em sede de ação penal originária.

Postas tais considerações, urge imperiosa a alteração do sistema pátrio, a começar pelo texto da Carta Magna, no que pertine às competências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, e dos Tribunais Regionais Federais, estabelecendo-se, não a possibilidade de um recurso a órgão jurisdicional superior, mas um mecanismo de reexame *interna corporis* do próprio tribunal, com desdobramentos na Lei nº 8.038/90, e ulteriormente nos Regimentos Internos de cada Corte.

Para possibilitar a criação de um órgão revisor dentro da mesma estrutura do tribunal, a competência para o processo e julgamento das pessoas que gozam de foro especial por prerrogativa de função, que hoje é do Pleno de cada órgão, passaria, doravante, a ser de um órgão fracionário, (câmara ou turma, isolada ou reunida) com a possibilidade de um recurso ordinário para o Pleno da Corte.

Com isso, se alcançaria, dentro das limitações de ordem estrutural de cada tribunal, e do sistema pátrio como um todo, a criação de mais uma outra instância julgadora mesmo que de âmbito local, permitindo com isso a ampliação do debate, agora com a participação da totalidade dos membros do tribunal.

Não se pode alegar que a demanda não justificaria a alteração de todo o sistema, quando se tem conhecimento do elevado número de municípios brasileiros, e que têm nos prefeitos municipais pessoas que gozam de foro especial, sem se falar nos componentes das Assembléias Legislativas Estaduais, dos membros do Ministério Público e da Magistratura, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, além de outras categorias de pessoas que se submetem aos tribunais.

É inquestionável que a solução não atende no espírito e na forma a garantia do duplo grau de jurisdição, mas, à míngua de outras alternativas, dentro de um sistema que se apresenta estrangulado, é uma possibilidade que não se pode afastar, em busca de tornar o processo, veículo de proteção dos direitos e garantias individuais.

BIBLIOGRAFIAS

BARROSO, Luiz Alberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1990.

BERMUDES, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal - Denúncia, Queixa e Aditamento**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment. Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade. Uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. XAVIER, Marcelo Coral. **Apontamentos iniciais acerca do garantismo**. Artigo extraído do *site* da UFSC. Disponível em <http://www.ufsc.br>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Vladimir Souza. **Competência da justiça federal**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1995.

CERNICHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Edhieres Marques. **Magistratura, Responsabilidade Social e Democracia**. Rev. Seqüência n.30. São Paulo: Saraiva, 1985.

COSTA E SILVA, Antonio Carlos. **Dos Recursos em primeiro grau de jurisdição**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CRETELA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 2ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

CUNHA Fagundes J.S.; BALUTA, José Jairo. **O Processo Penal à luz do pacto de São José da Costa Rica** Curitiba: Juruá, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, San Tiago. **Igualdade perante a lei e *due process of law*: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder legislativo**. vol. 116 Rio de Janeiro: Forense, 1948.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho Y Razón -Teoria dei garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1998.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira**. vol 1. São Paulo: Saraiva.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo penal brasileiro anotado**. 4 ed. vol. VI Rio de Janeiro: Borsoi,1955.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal-Teoria geral dos recursos em espécie ações de impugnação**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GUERRA, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 4 ed. São Paulo: Forense, 1991.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal - Parte Geral**. Vol. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Direito Penal**. vol I, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1995.

- _____. **Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- LASPRO, Orestes Nestor de Souza. **Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MAGGIORE. **Diritto Penale.** Vol. 1. Tomo I, 5 ed. Bolonha: Zanichelli, 1949.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** Vol. I. Campinas: Bookseller, 1997.
- MÉDICE, Sergio de Oliveira. **Revisão Criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 1986.
- MESTIERI, João. **Teoria Elementar do direito criminal.** Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MEZGER. **Tratado de Derecho Penal,** vol. I. 2 ed. Madri: Trotta, 1946.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado.** 7 ed. São Paulo: Atlas.
- _____. **Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 1991.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1969.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MOSSIM, Heráclito Antônio. **Recursos em Matéria Criminal**. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Revisão Criminal no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1994.

PAÇO, André Medeiros do. **Foro por Prerrogativa de Função – Prefeitos Municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PINTO, Antonio José Azevedo. **A prisão cautelar no Brasil - Aspectos constitucionais e Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1987.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 4 ed. São Paulo: Lumem Júris, 2001.

RODRIGUES, Mara Stella Villela S.Lopes. **Recursos na Nova Constituição- Extraordinário, especial e ordinário constitucional em Mandado de Segurança e Hábeas corpus e as Ações Penais Originárias**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SÁ, Djanira Maria Radamés. **Duplo Grau de Jurisdição – Conteúdo e Alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17 ed. São Paulo: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TORNAGHI, Hélio. **A Relação Processual Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Código de processo penal brasileiro anotado**. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Processo Penal**. Vol 2. São Paulo: Jalovi, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

WELZEL. **Derecho Penal Alemán**. 3 ed. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987.