

WELTON ROBERTO

A Retroatividade da Decisão Penal Benigna – a efetivação do princípio da igualdade sob a dimensão sociológica da norma – uma questão de justiça

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA**

**MACEIÓ/AL
OUTUBRO/2006**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS-FDA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO**

WELTON ROBERTO

A Retroatividade da Decisão Penal Benigna – a efetivação do princípio da igualdade sob a dimensão sociológica da norma – uma questão de justiça

Dissertação apresentada à Banca do Mestrado como exigência final para obtenção do título de mestre no curso de pós-graduação *stricto sensu* junto à Universidade Federal de Alagoas sob a orientação do professor Doutor George Sarmiento.

Maceió/AL

Outubro/2006

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS- FDA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

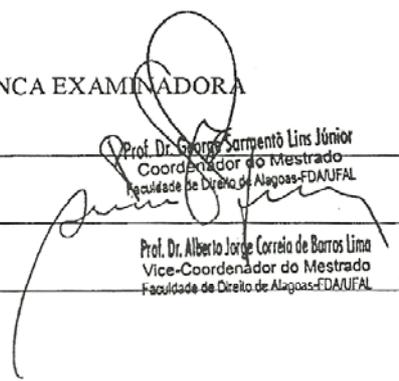
A Retroatividade da Decisão Penal Benigna – a efetivação do princípio da igualdade sob a dimensão sociológica da norma – uma questão de justiça

Welton Roberto

Dissertação apresentada à Pré-Banca como exigência final para obtenção do título de mestre no curso de pós-graduação *stricto sensu* junto à Universidade Federal de Alagoas sob a orientação do professor Doutor George Sarmento.

Maceió, 10 de outubro de 2006.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. George Sarmento Lins Júnior
Coordenador do Mestrado
Faculdade de Direito de Alagoas-FDAUFAL

Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima
Vice-Coordenador do Mestrado
Faculdade de Direito de Alagoas-FDAUFAL

Doutora Maria da Graça Gurgel

Doutor Alberto Jorge C. de Barros Lima

Doutor Edilson Mougenot Bonfim



AGRADECIMENTOS

Agradecer é uma arte de poder constatar que nada nesta nossa passagem é fruto do individualismo e da solidão, ao revés, tanto para o bem, quanto para o mal, as forças na natureza conspiram para a realização.

Logo, tenho muito a agradecer, e a muitas pessoas também.

Aos meus pais que se dedicaram para que seus filhos, ao contrário deles, pudessem ter uma vida de cultura e ensino. Ao meu pai principalmente, um nordestino forte e corajoso que aos sete anos de idade fugiu da exclusão e da violência paterna para tentar se incluir na sociedade desigual e injusta, e venceu. À minha mãe, que com carinho e zelo soube partilhar momentos de muita dedicação e amor.

Aos meus filhos Lucas, Beatriz e Tyla que na tenra inocência de suas infâncias souberam tão bem compreender a ausência das nossas brincadeiras aos finais de semana. A eles, além de tudo, perdão pelo tempo que lhes foi roubado.

À Taysa, pelo incentivo, força e colaboração, mesmo nos piores momentos...

Aos meus alunos que na sala de aula dividem a alegria e a beleza de me transformarem em um eterno aprendiz.

Aos meus professores do mestrado pelo desprendimento e a nobreza de amarem a docência, com decência e sabedoria.

À Giovanna, que contagia, vibra, torce e “reza” por todos nós...

Ao meu orientador professor doutor George Sarmiento, pela simplicidade e dedicação com quem dividi as dúvidas e partilhei bons e cultos momentos. Obrigado professor!

Ao nosso coordenador e professor doutor Andréas Krell pela dedicação contínua e todo o esforço empreendido para que a primeira turma do mestrado pudesse concluir seus estudos, mesmo com a “desídia brejeira” das nossas “peraltices”...

Por fim à minha turma do mestrado. Queria neste momento deixar uma mensagem a todos. Primeiro de agradecimento e de satisfação de ter podido compartilhar com todos vocês a realização de um sonho particular. Não sabia que seria tão boa e tão intensa a volta à sala de aula. Na nossa heterogeneidade não houve espaço para soberba, para prepotência ou arrogância. Ao contrário, a amizade foi o fruto saboroso do convívio acadêmico. As trocas mútuas de conhecimento foram sem limite, e a cumplicidade nos fez uma “equipe”, onde cada um era para todo mundo, como todos eram para um. A vocês um pedaço da minha vida foi dividido e ficará a boa lembrança e o gosto da saudade de termos passado pela vida um do outro. Ao meu companheiro Ângelo, uma mensagem de fé e esperança de que a vitória está bem perto... Ao “Bec” uma linha de gratidão pela alegria, seriedade e solidariedade. Obrigado “Gordinho Processualista Oitocentista” ... Valeu a caminhada.

No topo da escada está o juiz. Não há um mister mais alto que o seu nem uma mais imponente dignidade. Ele é colocado, na Corte, sobre a cátedra; e merece esta superioridade. De fato os juristas dizem que o juiz é supraparte: por isso ele está no alto e o acusado embaixo, sob ele; um na jaula, o outro sobre a cátedra. Semelhantemente o defensor está embaixo, em cotejo com o juiz; ao invés, o ministério público, ele está ao lado.

Francesco Carnelutti

À Lucas, Beatriz e Tyla, as verdadeiras razões da
minha vida.

SUMÁRIO

RESUMO	12
ABSTRACT	13
INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO I - UMA VISITA AO PRINCÍPIO ISONÔMICO NO SISTEMA PENAL – A ANOMALIA DA DESIGUALDADE NA APLICAÇÃO DA NORMA PENAL A CASOS SEMELHANTES	27
1 A isonomia como norma positivada – uma visão dogmática e principiológica no sistema – sua constitucionalização e as garantias individuais do tratamento normativo.....	27
2 O princípio da isonomia na óptica penal – O tratamento da norma na previsão incidente ante os fatos concretos análogos.....	36
3 O princípio da isonomia sob a óptica processual penal – A igualdade dogmática perante o juiz e a desigualdade sócio econômica cultural aplicada pelo poder judicante na efetividade normativa.....	39
4 O discurso retórico das decisões judiciais em detrimento do princípio isonômico na jurisdição – o silogismo erístico como fonte de argumentação.....	46
5 Conseqüências jurídicas e sociológicas na divergência de decisões antagônicas a casos análogos.....	56
CAPÍTULO II - A DECISÃO JUDICIAL PENAL – A MOTIVAÇÃO E A IDEOLOGIA NA APLICAÇÃO DA NORMA	62
1 A decisão judicial penal – uma visão panorâmica de seu conceito, componentes, estrutura, classificação e natureza jurídica, além de seus efeitos políticos e sociais.....	63
2 A racionalidade argumentativa das decisões penais para a aplicação normativa.....	83
2.1- A motivação ideológica nas decisões penais.....	87
2.2- A oscilação e variação das decisões jurisprudenciais conforme a ideologia dos integrantes dos Tribunais.....	94
3 A jurisprudência e a força vinculante das decisões pretorianas.....	102
CAPÍTULO III - A PEDRA ANGULAR DA COISA JULGADA E O SEU EFEITO NO SISTEMA PENAL.....	107

1 Os efeitos das decisões penais e a segurança da coisa julgada.....	107
1.1 – Dos efeitos das sentenças penais absolutórias.....	109
1.2 – Dos efeitos das sentenças penais condenatórias.....	111
1.3– Da coisa julgada – a segurança jurídica das decisões. Seu conceito, sua natureza e sua ocorrência no sistema jurídico penal	116
2 A segurança jurídica das decisões judiciais.....	122
3 O efeito relativo da coisa julgada na esfera criminal.....	125
4 A retroatividade da lei penal, seu fundamento constitucional e a coisa julgada material....	130

CAPÍTULO IV - A RETROATIVIDADE DA DECISÃO PENAL BENIGNA – A JUSTIÇA DA IGUALDADE NO PLANO SOCIOLOGICO DA NORMA137

1 A retroatividade de decisão mais benéfica - plausibilidade e possibilidade jurídica.....	137
2 A incidência e a aplicação da lei penal – a dimensão sociológica da norma jurídica como garantia a uma nova teoria da retroatividade da decisão penal mais benéfica.....	140
3 A aplicação da lei – seus efeitos jurídicos sua função social.....	143
3.1 – O direito penal efetivo e o papel das decisões judiciais.....	145
3.2- A busca pela justiça através da lei – a dimensão sociológica do direito.....	147
4 A disparidade no campo da aplicação das leis para suportes fáticos idênticos e a necessidade de uma nova teoria da retroatividade.....	149
4.1 – A interpretação da lei na revelação das normas jurídicas – a aplicação da lei sobre suportes fáticos idênticos ou análogos.....	149
4.2- A necessidade de uma nova teoria da retroatividade para a garantia da aplicação da norma jurídica atendendo ao seu fim sociológico.....	151

CAPÍTULO V - A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA TEORIA DA RETROATIVIDADE DA DECISÃO PENAL BENIGNA – A EFETIVIDADE GARANTIDA PELAS AÇÕES PROCESSUAIS.....162

1 Os instrumentos processuais provocadores das decisões pretorianas.....	162
--	-----

2 O duplo grau de jurisdição como garantia da justa aplicação da lei penal e seu fundamento constitucional	165
3 Os recursos aplicáveis ao processo para a revisão das decisões penais condenatórias.....	168
4 As ações capazes de desconstituir a coisa julgada material - Do <i>habeas corpus</i> e da revisão criminal . Conceito. Natureza. Posição no sistema processual como instrumentos de garantia para a retroatividade de decisão penal mais benéfica.....	175
CONCLUSÕES.....	190
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	200
LISTA DE ANEXOS	207

ROBERTO, Welton. **A Retroatividade da Decisão Penal Benigna – a efetivação do princípio da igualdade sob a dimensão sociológica da norma – uma questão de justiça.** Universidade Federal de Alagoas, Faculdade de Direito de Alagoas, Maceió, outubro, 2006, p.194.

RESUMO

A igualdade tem sido a mola propulsora de revoluções sociais, culturais, econômicas e fruto do desejo do tecido social como forma de se alcançar a justiça. Para tanto, tem se procurado, ao longo dos tempos, positivar o tratamento isonômico nos textos legais como forma de realização desse sentimento. Não obstante, a simples inserção da igualdade no ordenamento jurídico, alçada atualmente como princípio constitucional fundamental, não tem se realizado no campo sociológico, mormente no que tange às decisões judiciais penais. Tem sido recorrente a aplicação da norma de forma diferenciada, dependendo, quase comumente, da situação sociocultural e econômica do acusado. Ou ainda, pelo simples fato de ser acusado dentro da relação processual, na busca de uma máxima efetividade do direito penal, tem se negado direitos fundamentais e se mitigado princípios informadores da ciência criminal. A racionalidade das decisões e o seu conteúdo intuitivo, como ato de vontade do seu intérprete, pendem, quase sempre, em desfavor da parte alocada no pólo passivo da ação penal constituída. Tal situação se acentua quando a parte é desprovida de condições para aferir uma decisão aperfeiçoada pelos graus revisionais postos no sistema. Fazendo um estudo paralelo de situações assemelhadas, e com decisões penais contrastantes em detrimento do princípio isonômico, constata-se a injustiça revelada neste plano. Como forma de amenizar o distanciamento para tais interpretações, urge o surgimento de uma resposta efetiva, dentro do próprio ordenamento jurídico, que procure tratar igualmente, como critério de justiça, as situações que se assemelham, independentemente de fatores socioculturais ou econômicos. Informado por princípios basilares da ciência penal e processual penal, tais como retroatividade da lei penal benigna, *favor rei*, presunção da inocência, relativização da coisa julgada, e permeado pelo princípio isonômico constitucionalizado, busca-se, através deste estudo, a (re)criação de uma nova concepção da teoria da retroatividade. Assim, passa a retroatividade a abarcar não só a lei, mas a atividade advinda de sua interpretação: a aplicação normativa através da decisão judicial. Não se pretende, com isso, criar uma bitola para a interpretação judicial, ou mesmo, um limite, mas estudá-la para extrair o seu resultado, o seu conteúdo e, se benigno para o acusado, que se estenda para todas as demais situações assemelhadas. Neste passo, a presente dissertação tem como escopo analisar a possibilidade de se aplicar, para todos os casos que comportem situações fáticas assemelhadas, as mesmas decisões, notadamente as benignas, dotando-as de fundamento e poder revisional para alcançar aquelas que, decididas de forma diversa, e atingidas pela coisa julgada material, foram tratadas mais rigorosamente. Para tanto, utiliza-se do viés filosófico garantista a aplicar a pretensão estatal, representada pelo *jus puniendi*, e a legitimar a racionalidade e a justiça na concreção da norma penal em face do *status libertatis* dos cidadãos, conferido pela Carta Magna. Utilizou-se, para tanto, estudo bibliográfico doutrinário e jurisprudencial, bem como coleta de dados empíricos de decisões do Tribunal de Justiça de Alagoas, e a análise de pesquisas realizadas por institutos especializados em política criminal.

PALAVRAS-CHAVE: retroatividade, isonomia, justiça, igualdade, decisão.

ABSTRACT

Equality has been the mechanism of social, cultural and economic revolutions and fruit of the desire from the society as a way of reaching justice. For that, it has been searched through time the positivation of the isonomic treatment in law in order to achieve this social wish. However, the inclusion of the principle in law has not played its role, principally in social terms as far as it concerns the criminal judicial decision. It has been common the use of the legal norm in different ways, depending, almost always, on the social, cultural and economic situation of the accused one. Also, as the real fact of being accused in a criminal process on a way to achieve the criminal law in its maximum effectiveness, it has been denied prior rights and lowed principles that inform the penal science. The rationality of the decisions and its intuitive content, as an act of desire of its interpreter, ground, almost always, against the accused one. That situation gets worse when the part does not provide goods to reach the Appeal Courts. Studying paralleling of equal situations with different decisions, despite of the isonomic principle, it can be revealed the injustice on this way. As an answer to approximate these different decisions it is urgent that appears an immediate response inside the own legal term that can treat equally, as a conduct of justice, the equal situations, without social or economic groundings. Informed by the basic principles of the criminal science, such as retroactivity of the welfare law, *favor rei*, not guilty presumption, the relativity of the judged case, and directed by the isonomic principle, this study searches the re(creation) of a new conception of the retroactivity theory. Thus, the retroactivity needs to contempt not only the law, but also the decision that reveals the legal text. It is not intended with this study to create a limit, a basis, but extract its result and content, and if better for the accused, it needs to be used therefore to every case that contemplates the same fact. On this ground, the present essay has the goat to analyze the possibility of using the same decision, principally the welfare one, for the equal facts, quoting that it provides power enough to go through time and reach the judged case. For that it is used the philosophical ground on the guarantism to apply the punishment power given to the State to legitimate the rational and justice form of using the criminal law balancing the freedom of the citizens guaranteed by Constitution. It was used doctrinal studies and judicial decisions, as well as the decisions of the Court Justice of Alagoas, and also the results from the researches of specialized institutes on criminal politics.

KEY WORDS: retroactivity, isonomy, justice, equality, decision.

INTRODUÇÃO

“Em geral, é bastante óbvio que quase todas as prisões do mundo estão povoadas de pobres.” Com esta assertiva Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli resumem com propriedade a dissonância existente entre a ciência penal e o sistema penal no tocante à aplicação normativa.¹ A explicação para tal fenômeno sóciojurídico repousa na exata inversão da pretensão da ciência penal, que labora na seleção de condutas, e não de pessoas, que devem se submeter ao seu crivo em razão de afetação dos bens jurídicos por ela tutelados.

Sob esta mancha, ou marca, o sistema acaba por aplicar a norma de forma diferenciada, ora sendo mais complacente, ora mais rigoroso, mas sempre em razão de pessoas, e não de condutas, o que afasta em uma primeira análise uma igualdade no tratamento normativo. Com tal prática, é possível encontrar, não raras vezes, dentro do sistema penal, aplicações normativas distintas para suportes fáticos idênticos, criando assim um afastamento da certeza do Direito e certa insegurança jurídica.²

Não é o caso de se garantir a mesma pena para o mesmo crime, até porque o princípio da sua individualização reprimiria qualquer tentativa neste sentido, mas que não se utilizem interpretações diferentes para situações de fato assemelhadas. Ao se comportar desta forma, o sistema deturpa o objeto do direito penal, qual seja, garantir a segurança jurídica dos bens tutelados, pois como bem retrata a lição de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a coerção penal opera como reforço à segurança jurídica, todavia não pode ultrapassar essa baliza,

¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 5.ed.São Paulo: RT, 2004,p.58.

² Exprimindo as textuais palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli acerca do tema: “A lei penal fixa um âmbito dentro do qual o sistema penal de que faz parte, pode selecionar e criminalizar pessoas. Sem embargo, o sistema penal ultrapassa o marco penal deste âmbito, na realidade social, o que faz com outros pretextos que pretendam ser “não penais” (contravencionais, averiguação de antecedentes etc.), e também se abstém de abarcá-lo (não criminaliza a todos os que realizam as condutas ameaçadas penalmente). Ou seja, a lei penal deve determinar um âmbito orientador, mas o sistema penal atua em grande parte com uma orientação que é própria e diferente, excedendo a orientação em um sentido e, em outro, desinteressando-se do espaço demarcado, reprimindo o que o direito penal não o autoriza e deixando de reprimir o que o direito penal lhe ordena.” ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 5.ed.São Paulo: RT, 2004,p.79.

pois estaria trazendo maior alarme social do que o próprio delito.³ Tal prática arrebatou o sistema de uma profunda crise no cumprimento às suas funções, engendrando, assim, distorções inexplicáveis para os destinatários da norma penal.

De se mencionar o caso, por exemplo, da interpretação dada pelos tribunais superiores no tocante ao crime de estupro com violência presumida, donde se observou por algum tempo ser hediondo, e posteriormente tal interpretação fora em sentido oposto, voltando agora a ser tratado sob este matiz.⁴ Por algum tempo muitas pessoas que já haviam sido julgadas sob a égide da hediondez tiveram de amargar as consequências mais rígidas acerca desta interpretação, mesmo quando o STF já entendia que não mais se aplicariam os efeitos da lei 8072/90, em face de terem sido as ações penais alcançadas pela coisa julgada. E, mais uma vez, em termos gerais, quem sofreu com as consequências destas decisões foram justamente aquelas que não possuíam condições financeiras para se defender adequadamente.

Desta forma, a premissa vazada no início de nosso estudo acerca do encarceramento dos pobres encontra o apoio na doutrina de Francesco Carnelutti, equiparando os presos aos enfermos, aos necessitados e aos mais desvalidos, que estão sempre a se prostrar em lugar comum da vala social.⁵

Logo, ao observarmos estas incongruências sistêmicas e fazermos uma revisitação ao objetivo do direito penal como protetor de bens que devem estar postos de forma a cumprir um papel político-social, procurando diminuir as desigualdades, chegamos à conclusão que não se pode praticar uma justiça diferenciada ao talante de seus operadores, em detrimento de camadas sociais escolhidas para servir de “exemplo social”.

³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 5.ed.São Paulo: RT, 2004,p.93.

⁴ Ao longo da dissertação se fará a menção acerca dos votos, à incidência da hediondez e à possibilidade de não mais assim ser tratado.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Conan Editora, 1995,p.25-26. Assim no seu texto: “O encarcerado é, essencialmente, um necessitado. A escala dos necessitados foi traçada no sermão de Cristo ao qual já tive ocasião de acenar referido no capítulo vinte e cinco de Mateus: famintos, sedentos, despídos, vagabundos, enfermos, encarcerados; uma escala que conduz o meio animal da essencial necessidade física à necessidade essencialmente espiritual; o encarcerado não tem necessidade nem de alimento, nem de roupas, nem de casa, nem de medicamentos; o único remédio, para ele, é a amizade. As pessoas não sabem, tampouco os juristas, que aquilo que se pede ao advogado é a dádiva da amizade antes de qualquer coisa.”

Assim, o primeiro sentimento que nos levou ao desafio de escrever a presente dissertação foi no sentido de procurar uma fórmula para amenizar o abismo incongruente entre a criação normativa penal, mediante sua positivação, e sua aplicação, pois, como se pode constatar, o sistema penal fere letalmente o princípio isonômico ao dar tratamento diferenciado àqueles que se submetem ao seu controle. Como poderemos observar ao longo de nosso estudo, esta subversão sistêmica se utiliza da norma penal e de outros recursos para seus objetivos ideológicos, em detrimento de uma camada social menos favorecida na assecuração e realização de direitos.

Desta forma questionamos, em um primeiro prisma, o sistema de decisões penais e a coisa julgada em razão de situações assemelhadas, e desafiamos, ao mesmo tempo, o sistema recursal para que este possa abrigar uma maneira de instrumentalizar a igualdade material dos cidadãos, principalmente quando se coloca em risco a perda de um direito humano fundamental como a liberdade e todas as consequências advindas desta.

Pensamos em buscar uma solução que fosse justa dentro do ordenamento jurídico e tivesse sintonia para se efetivar a isonomia, como maneira de beneficiar, se não todos, de forma indistinta, ao menos uma camada maior da sociedade. Reacende-se, destarte, a esperança de rever o tratamento normativo, interpretado de forma benigna, alcançar seus destinatários sem lhes observar classe social, econômica ou cultural, mas sim condutas semelhantes que foram tratadas diversamente em razão das diferenças de seus autores.

Parece-nos justo que assim seja, pois como poderemos constatar ao longo da dissertação, as consequências sociológicas, advindas da coerção penal que utiliza o sistema selecionando seus destinatários e etiquetando-os como delinquentes, têm surtido efeito maléfico no tecido social. Para tanto, imperioso se faz uma ingerência neste ponto a fim de se garantir possam diminuir os antagonismos interpretativos, e, quando benéficos a uma camada social que, vez por outra, é atingida pela coerção penal, tal interpretação deve servir como parâmetro para a extensão de seus benefícios a todos aqueles que não foram tratados da mesma forma.

Para a solução ora apontada, qual seja, garantir que as interpretações normativas pelas

decisões penais sejam a todos asseguradas, retroagindo, como corolário da aplicação isonômica, não se deve contrapor a segurança jurídica das próprias decisões já tragadas pela força da coisa julgada. Veremos no desenvolvimento da dissertação que tal óbice repousa em sentido meramente formal em contraposição aos fundamentos e objetivos da própria ciência penal.

Asseveramos que o ordenamento precisa distribuir formas isonômicas de aplicação normativa para situações idênticas, e a justiça, sendo a base teleológica das interpretações e aplicações, necessita ser vista como um ideal a ser perseguido, sempre.

Para tanto nos depararemos com alguns obstáculos, a fim de dar feição científica à nova concepção teórica da retroatividade. O primeiro deles será o conceito de justiça. Como veremos, sem o fito de esgotar o tema em si, mas para mero efeito de posicionamento doutrinário, vários juristas, entre eles Aristóteles, Platão, John Rawls, Kelsen, etc., já se debruçaram sobre o tema, e frise-se, não alcançaram hegemonia acerca do assunto.

Procuraremos, no entanto, ao desenvolvimento da dissertação realizar as correlações necessárias entre justiça, isonomia, aplicação normativa, interpretação, segurança jurídica, coisa julgada e tantos outros institutos que se colocam à frente, ora como fundamento, ora como óbice, sendo, como no poema de Drummond, “pedras no meio do caminho.”

Partimos de uma idéia inicial tomando como paradigma a lei penal benigna. Se a lei penal com esta substância pode retroagir, por que não a decisão, que, em um prisma metodológico de interpretação, é a forma de aplicação da lei? Karl Larenz diz ser a interpretação da lei um processo de conformação da situação fática definitiva mediante a precisão do conteúdo das normas jurídicas a serem aplicadas.⁶ Logo, não é de todo equivocado partir da construção normativa que adota o referido princípio da retroatividade como forma de buscar a solução para as incongruências anteriormente mencionadas.

Iniciando sistematicamente as leituras do repertório jurisprudencial nacional e alienígena, encontramos uma decisão do Supremo Tribunal Federal do ano de 1980, em sede de

⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia e Ciência do Direito**.3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.439.

habeas corpus – HC 58189/SP –, cujo relator fora o Ministro Leitão de Abreu, tendo sido voto vencido, donde a excelsa corte aplicou, em um caso concreto, uma decisão amparada em jurisprudência anterior à que eles denominaram “mais ortodoxa”, para beneficiar o paciente mesmo em detrimento da norma vigente. Assim, como extraído da ementa da decisão: “Tal entendimento não significa aplicação retroativa de preceitos mais rigorosos da lei 6416 de 24.5.77, mas sim adoção de orientação jurisprudencial antiga, mais ortodoxa, como se disse no RHC 55.294, de 14.9.77, RTJ 83/746”.⁷

Verifica-se, assim, que a preocupação e o tema ora em relevo não são tão novos, contando seus questionamentos e possibilidade de aplicação mais de duas décadas.

Desta forma, com o marco de já ter sido utilizada uma decisão jurisprudencial que se mostrava mais benigna ao acusado, em sede de *habeas corpus*, já há um ponto de partida para dar corpo a uma nova teoria que necessita ter seu elastério para aplacar e mitigar as desigualdades existentes na sistemática processual penal. Até porque uma decisão penal, além de cumprir seu papel na prestação jurisdicional, espraia-se de forma metajurídica para alcançar conseqüências de natureza social, econômica e reflete, de forma significativa, a escolha política do Estado na repressão e no controle pessoal e social que se impõe à comunidade.

Podemos perceber, então, que o efeito jurídico-social das decisões criminais tem sido objeto de questionamentos há muito por juristas, sociólogos, economistas, políticos e pela própria sociedade em geral quando coloca em xeque a eficácia do sistema penal e prisional, e não só por aquele que sofre diretamente a reprimenda penalógica.

De longa data se discute sobre o acerto e os erros judiciários como sinóníma de

⁷ Esta decisão é o marco histórico da aplicação de decisão penal benigna, demonstrando que, à época, mesmo sem a positivação de direitos fundamentais como os de hoje, já se impetravam *habeas corpus* com base neste fundamento. Os ministros, vencido o voto do relator que indeferia a ordem, entenderam que embora fosse mais rigoroso o reconhecimento da prescrição em face de uma condenação primeira que havia sido alterada, era mais benéfico ao acusado reconhecer a existência do desaparecimento da pretensão punitiva. Despiciendo mencionar que à época era vigente legislação mais rigorosa no tocante às aplicações penalógicas, bem como não se falava em presunção de não-culpabilidade e outros institutos que foram erigidos à categoria de direitos e garantias fundamentais do acusado, só internados em nosso sistema em 1992, após a regulamentação dos dispositivos que constavam da Convenção Americana de Direitos Humanos. Pela importância não só histórica, mas teórica, tanto a ementa como o inteiro teor do acórdão fazem parte integrante da dissertação como um de seus anexos.

correção e ou de falência do sistema penal *lato sensu*, quando um ou outro caso mais polêmico vem à tona, sobrando culpas e responsabilidades para todos aqueles que se habilitam à árdua tarefa de utilizar a ciência jurídica como instrumento de efetivo controle social, distribuindo, ainda que em tese, a justiça almejada pelo conjunto da sociedade.

A reflexão foi pautada sobre um dado empírico, qual seja, não raras vezes vemos situações análogas com aplicações de decisões contrastantes, como no caso citado anteriormente, colocando em dúvida e risco o conceito de efetiva aplicação da justiça. Basta o simples deslocamento da figura do réu e ou da vítima para patamares sociais diferenciados, que o conceito de justiça passa por profunda alteração, extraindo-se entendimentos dissonantes em casos em que outrora a decisão era exatamente oposta.

Assim, não se pode, à guisa e sob o pálio de se praticar uma justiça “diferenciada”, e ao sabor da qualidade do jurisdicionado, deixar de reconhecer que tais decisões vinculam todos os demais casos semelhantes em respeito ao princípio da isonomia na aplicação do poder jurisdicional, devendo ser mitigado o entendimento de que a segurança jurídica, de natureza formal, deve prevalecer mesmo sobre direitos fundamentais como a liberdade.

Acerca da igualdade, cabem perfeitamente os ensinamentos de Ronald Dworkin ao elevá-la conceitualmente ao patamar de uma virtude soberana da própria comunidade política, sem a qual os governos não passariam de tiranos. Esta igualdade tem seu nascedouro na distribuição das riquezas, que necessita ser isonômica sob pena de falência do estado social e calamidade do sistema jurídico, uma vez que a distribuição da riqueza tem ligação intrínseca com a produção legislativa, não só de ordem econômica, mas na escolha das tutelas penais, sociais, previdenciárias, civis etc.⁸

No tocante à edição das leis penais o Estado tem agido discricionariamente, bastando citar alguns exemplos, tais como a epitetada “Lei Fleury” (Lei n.º 6416/77), que fora criada tão-somente para possibilitar a liberdade provisória do então delegado Fleury. Embora tenha tido um direcionamento *intuitu personae*, não há como não estendê-la em benefício de todo aquele que se

⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.I.

enquadre sob a mesma situação fática criada para o referido senhor.

Não menos importante a citação do motivo de ter sido inserido o crime de homicídio qualificado como crime hediondo em 1994, através da lei 8930/94, após a morte da atriz Daniela Peres, no ano de 1992, pois em 1990, quando da edição da lei 8072, a elite legislativa de nosso combalido país entendeu que o crime de homicídio, que tutela o maior bem jurídico de todos, a vida, não era passível de ser considerado hediondo, mas, entre outros, a extorsão mediante seqüestro, crime praticado, à época (1989), somente contra pessoas da mais alta classe social.

Desta forma, com base em um dado empírico, não há como negar novamente a lição dada por Ronald Dworkin, que vaticina: “Quando o governo promulga ou mantém um conjunto de tais leis e não outro, não é apenas previsível que a vida de alguns cidadãos piore devido a essa escolha, mas também, em um grau considerável, quais serão esses cidadãos”.⁹ Logo, quantas “Marias” e “Joões”, com bons antecedentes, primários, residência, domicílio e empregos fixos, foram privados de sua liberdade mesmo sem condenação, antes de 1977, até a prisão do delegado Fleury? Quantas outras tantas vidas “menos importantes” tomaram vítimas de homicídios, até mais bárbaros do que o da atriz citada, para se proteger também a sua vida?

Percebe-se, então, que as camadas sociais inferiores só são beneficiadas de forma reflexa, ou seja, via oblíqua, pois não fosse o delegado preso e a atriz morta, tais direitos fundamentais, vida e liberdade, continuariam sendo tutelados discriminatória e elitizadamente, por opção política do legislador que escolhe quem, como, o que e de que forma abranger os bens que sofrerão carga jurígena. Desnecessário mencionar que tais escolhas recaem, de forma discriminatória, quase sempre em detrimento da camada mais pobre da população, que por muitas vezes se contenta com programas assistencialistas e não alcança o quanto destes programas lhe afasta da igualdade na distribuição efetiva da riqueza, das oportunidades e dos direitos fundamentais, principalmente quando focada a liberdade.

Assim, a equação se mostra com todos os seus dados postos, mas com algumas incógnitas que precisam de identificação, sendo a presente proposta solucionar o problema

⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p X.

através do desenvolvimento da presente dissertação, que necessita do devido aporte acadêmico e aprofundamento científico.

Ademais, acreditamos, ainda, que o estudo se justifique e se caracterize como de marco importante, pois se apresenta como um elemento de complementação ao ordenamento jurídico existente, buscando, tal como já lecionou Norberto Bobbio, a forma da auto-integração, uma vez que já dispomos em nosso sistema constitucional da resposta para tais problemas críticos que surgem na aplicação divergente do Direito, bastando lhe dar carga axiológica e substância de supremacia sobre os demais princípios que podem servir de algum obstáculo.¹⁰

Desenvolvemos, pois, o nosso pensamento em cinco capítulos embasados em estudos doutrinários e jurisprudenciais, bem como nos utilizamos de uma coleta de dados junto à única Câmara Criminal e ao Pleno do Tribunal de Justiça de Alagoas, e também aproveitamos a pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa em conjunto com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em relação às decisões penais referentes aos crimes de roubo na cidade de São Paulo.

Logo no primeiro capítulo procuramos estudar o princípio da isonomia como norma positivada, ampliando a análise através da consignação de sua visão dogmática e principiológica no sistema. O conceito de justiça foi usado como parâmetro na busca da isonomia na lei, na sociedade e no processo penal. Houve a necessidade de se buscar seu esboço histórico, bem como analisar o ordenamento alienígena para justificar sua internação em nosso sistema, fazendo valer tais dados até sua constitucionalização, permitindo estabelecer um quadro comparativo com as garantias individuais. Passamos, então, à análise crítica de como o princípio da isonomia se espalha tanto dogmática quanto sociologicamente sob a óptica penal, traçando paradigmas sob dados empíricos de como se dá a aplicação da norma penal ante os fatos concretos análogos.

Não pudemos deixar de analisar o referido princípio sob a óptica processual penal. Os resultados desta análise conseguiram chocar ainda mais, pois como se verá no estudo desenvolvido, o tratamento igual é de natureza puramente dogmática perante o juiz. A efetividade

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999, p.184.

normativa está distante de seus preceitos e prescrições, pois através de dados coletados *in loco* e de informações publicadas em livros e revistas especializadas, constatamos que a desigualdade sócioeconômica e cultural é marcante para a ocorrência da desigualdade processual.

No tocante à coleta de dados junto à única Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, primeiramente foram levantados todos os recursos que foram julgados nos anos de 2005, mediante a coleta e reprografia de todos os acórdãos devidamente conferidos. Foram julgados 450 (quatrocentos e cinqüenta) recursos entre apelações, recursos em sentido estrito, recursos *ex officio*, embargos de declaração.

Para efeito de maior aproximação dos discursos judiciais utilizados, escolhemos todas as apelações referentes às decisões dos crimes dolosos contra a vida julgados pelos tribunais do júri em todo o Estado alagoano, em virtude de esses recursos terem motivação de recorrer vinculada ao artigo 593, inciso III, letras a,b,c,d, do CPP, sendo, pois, tanto para a acusação, quanto para a defesa, idêntica a linha de argumentação. Ainda nesta esteira, limitamos os recursos que se vinculam a dois requisitos, quais sejam, as letras “a” e “d”, isto é, os recursos que sujeitariam as apelações à anulação do julgamento por nulidade ou por terem os jurados decidido contrariamente à prova dos autos.

Coletados esses dados, verificou-se a quantidade de apelações interpostas pelo Ministério Público e a quantidade de apelações interpostas pela defesa. Verificados estes números, passou-se a apontar quantos foram aceitos ou rejeitados de cada parte, bem como o posicionamento do Ministério Público em segundo grau.

No tocante ao posicionamento do Ministério Público em segundo grau, houve um confronto entre o parecer emitido e o resultado do seu acolhimento ou rejeição, ou seja, se o parecer foi acolhido (provido) ou rejeitado (improvido).

Por fim, houve a busca das motivações para a rejeição dos recursos da defesa e o aceite da acusação, confrontando os discursos da Câmara Criminal alagoana.¹¹

¹¹ Todos os acórdãos coletados acerca das apelações do Tribunal do Júri se encontram anexados à presente dissertação, como comprovação dos resultados comparativos extraídos desta simples coleta de dados.

Neste prisma, pudemos constatar a burla à igualdade não só na lei, mas no processo. Buscamos, então, analisar a razão, dentro do sistema, para tais quebras isonômicas. Passamos a estudar o discurso utilizado nas decisões judiciais penais. Foram abordados os estudos da argumentação judicial, os silogismos, a retórica. Ao cabo do primeiro capítulo retratamos quais são as conseqüências jurídicas e sociológicas na divergência de decisões antagônicas a casos análogos, para novamente voltar à carga da imperatividade da aplicação da nova teoria como forma a instrumentalizar um ‘antídoto’ para combater as distorções então reveladas.

No segundo capítulo, após já ter sido feita a inclusão do princípio isonômico no sistema, analisamos a decisão judicial penal em seu âmbito existencial, fazendo um estudo acerca de seu conceito, componentes, estrutura, classificação e natureza jurídica, além de seus efeitos políticos e sociais. Sequencialmente, efetuou-se a análise sobre a racionalidade argumentativa das decisões penais para sua aplicação normativa, demonstrando que a decisão, além de ser um ato intelectual, também, e principalmente, é ato de vontade da autoridade sentenciante.

Sentimos, a partir daí, a necessidade de se trazer um elemento oculto no momento da decisão judicial, qual seja, seu conteúdo ideológico. Visitamos o estudo do direito achado na rua e do direito alternativo para o posicionamento acerca da decisão judicial não só em seu caráter jurídico, mas também seus componentes ideológicos que levam as autoridades judiciais a construir o direito, tentando buscar qual o limite para essa criação.

Trouxemos, ainda neste capítulo, um estudo sobre a variação ideológica das decisões jurisprudenciais, e, sob este enfoque, fizemos uma análise, ainda que tímida, do perfil das decisões dos ministros do STF. Ademais, não há como negar que o estudo sobre a ideologia dos integrantes dos tribunais facilita a compreensão e aceitação da nova teoria da retroatividade em face da força vinculante das decisões pretorianas que também foi motivo de abordagem no desenvolvimento da dissertação.

No terceiro capítulo, o “calcanhar de Aquiles”. A objeção a que poderia se contrapor e vedar a aplicação da teoria, transformando-a em mera abstração: a coisa julgada. Assim,

voltamos a analisar os efeitos das decisões penais em face da segurança da coisa julgada. Quais os efeitos das sentenças penais absolutórias. Sua eficácia e conseqüências imediatas. Quais os efeitos das sentenças penais condenatórias. A presunção da não-culpabilidade. Depois, a análise da coisa julgada, a contemplação do direito certo e exigível através da segurança jurídica das decisões.

Enfim, a abordagem à própria segurança jurídica das decisões judiciais. Neste diapasão estudamos a necessidade de se pôr fim às lides processuais, mas ao mesmo tempo deixar uma válvula de escape perene, contínua e sem margem de qualquer dúvida de que para as decisões penais condenatórias, em detrimento de um direito fundamental como a liberdade, há a necessidade de se dotar a coisa julgada na esfera criminal de efeito relativo. Ao final, o aporte paradigmático para a teoria: a retroatividade da lei penal, seu fundamento constitucional e a coisa julgada material, a dimensão do princípio e sua importância para base da criação de uma nova dimensão de aplicação.

No quarto capítulo, o desenvolvimento da teoria da retroatividade da decisão penal benigna. Procuramos demonstrar que a retroatividade da decisão mais benéfica é, além de plausível no campo ideológico, possível no campo jurídico. Para tanto, necessária foi uma visita aos conceitos de incidência e aplicação da lei penal, alçando a abordagem à dimensão sociológica da norma jurídica como garantia à nova teoria da retroatividade da decisão penal mais benéfica.

Um estudo sobre a aplicação da lei no tocante aos seus efeitos jurídicos e sua função social foi realizado, tomando como parâmetros vários conceitos de norma, procurando fazer a diferença de normas de decisão para normas *stricto sensu*. Foi necessário também distinguir de maneira conceitual texto, lei e norma, para efeito de enquadramento do estudo à aplicação normativa.

O direito penal efetivo e o papel das decisões judiciais foram novamente abordados para que a teoria pudesse ter consistência filosófica e princípios lógicos, encontrando apoio no ordenamento. Assim, primordial o estudo que foi feito no tocante à busca pela justiça através da lei e a dimensão sociológica do direito. A disparidade no campo da aplicação das leis em face de

suportes fácticos idênticos foi objeto de aprofundamento, pois a partir dela é que pretendemos (re)criar no ordenamento a necessidade da nova teoria da retroatividade.

Em meio ao desenvolvimento da dissertação, fizemos uma alusão à hermenêutica e ao papel relevante na interpretação da lei, revelando as normas jurídicas, mormente as de característica penal, cuja exclusividade do *jus puniendi* foi conferida ao Estado, sendo somente a esta autoridade dado o poder de revelar a norma em sua concepção não apenas semântica, mas dotando-a de carga axiológica, sentido, norte e direção.

Por fim, realizamos a abordagem essencial ao papel sociológico que deve desenvolver a norma em seu plano de efetividade e o suporte da teoria da retroatividade no campo sociológico como justificativa da realização do ideal de justiça.

O último capítulo foi dedicado à processualística, ou seja, havia a necessidade de instrumentalizar a teoria com elementos recursais capazes de desconstituir a coisa julgada. Logo, fizemos uma incursão sobre os elementos processuais provocadores das decisões pretorianas, quais sejam, os recursos e as ações de impugnação, passando pela análise sistêmica e conceitual do duplo grau de jurisdição como garantia da justa aplicação da lei penal, bem como enfocando seu fundamento constitucional.

Os recursos aplicáveis ao processo para a revisão das decisões penais condenatórias foram objeto de aprofundamento, tais como apelação criminal, embargos de declaração, embargos infringentes, recurso especial, extraordinário etc. Tal estudo foi necessário, pois é através desse mecanismo recursal que se criam as jurisprudências das cortes do país, alterando o conteúdo normativo das leis e lhe dando sentido e valor.

Assim, após esta análise, ressaltamos que duas ações são capazes de desconstituir a coisa julgada material, ou seja, o *habeas corpus* e a revisão, dedicando substancial passagem ao conceito, à natureza e à posição no sistema processual. Por fim, aduzimos que essas duas ações servem como instrumentos de garantia para a retroatividade de decisão penal mais benéfica, tendo como causa de pedir a jurisprudência benigna, dando, assim, coerência e isonomia ao

sistema na aplicação das normas.

Last but not least, de se reverenciar que embora a idéia e seu fundamento ideológico não sejam inéditos, a teoria ora (re)criada aponta para o desafio de inovar o ordenamento da ciência criminal, hoje erigida sob o pálio constitucionalista, caminhando para o garantismo penal, defendido principalmente por Luigi Ferrajoli, que procura o parâmetro da racionalidade, da justiça e da legitimidade para a intervenção da coerção penal. Sob este aspecto, procuramos dar o viés filosófico para a dissertação, de cunho garantista, mediante critérios que se equilibram pela isonômica aplicação normativa com a pretensão da realização da justiça racional e legitimada por valores principiológicos determinados e coerentes.¹²

Seu sentido primordial é tentar contribuir, com mais justiça, para que os destinatários na norma penal que se submetem ao poder estatal punitivo possam ter não só tratamento igualitário, mas que as decisões se ajustem de forma isonômica para casos análogos, evitando, assim, a distorção na aplicação do Direito, principalmente quando o bem jurídico em jogo é essencial para o ser humano: a liberdade. E é por ela, e pelos tantos desvalidos que dela necessitam, que nos preocupamos em desenvolver o presente tema em nossa dissertação, sob o império da nossa limitação intelectual, a trazer um aporte doutrinário útil, de inclusão social, na linha da transformação do Direito mediante a efetivação dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO I

UMA VISITA AO PRINCÍPIO ISONÔMICO NO SISTEMA PENAL – A ANOMALIA DA DESIGUALDADE NA APLICAÇÃO DA NORMA PENAL

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p.683.

A CASOS SEMELHANTES

1. A isonomia como norma positivada – uma visão dogmática e principiológica no sistema – sua constitucionalização e as garantias individuais do tratamento normativo. 2. O princípio da isonomia na óptica penal – O tratamento da norma na previsão incidente ante os fatos concretos análogos. 3. O princípio da isonomia sob a óptica processual penal – A igualdade dogmática perante o juiz e a desigualdade sócioeconômica e cultural aplicada pelo Poder Judiciário na efetividade normativa. 4. O discurso retórico das decisões judiciais em detrimento do princípio isonômico na jurisdição – o silogismo erístico como fonte de argumentação. 5. Conseqüências jurídicas e sociológicas na divergência de decisões antagônicas a casos análogos.

1. A isonomia como norma positivada – uma visão dogmática e principiológica no sistema – sua constitucionalização e as garantias individuais do tratamento normativo

Buscar um sistema justo que possibilite à sociedade a vida em torno de um modelo antropológico de sustentabilidade do ser humano: eis o desafio da ciência jurídica.¹³ Há séculos o homem busca um modelo ideal que possa agradar a todos, ou melhor, à maior quantidade de pessoas que vivem em sociedade, uma vez que a totalidade na sua concepção semântica é puramente utópica. Nem o modelo concebido por John Rawls com o véu da ignorância para a consecução da sua teoria da justiça se realiza em sociedade, mas tão-somente no campo da abstração.¹⁴

O critério de justiça, desde Platão, passando por Jeremy Bentham, tem sido

¹³ Hans Kelsen entende que a justiça é uma característica possível, mas nem sempre necessária dentro da ordem social. KELSEN, Hans. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.2.

¹⁴ Em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, John Rawls estabelece uma posição original, em que todos os cidadãos seriam cobertos pelo véu da ignorância, ou seja, elegeriam posições, prioridades sociais e mecanismos de justiça sem saber quais posições sociais ocupariam na sociedade. Entende o autor que o conceito de justiça parte de dois princípios básicos na posição original: o primeiro consiste em cada pessoa ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras; o segundo consiste em ordenar as desigualdades sociais e econômicas de modo que sejam consideradas ao mesmo tempo vantajosas para todos dentro dos limites da razoabilidade e vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. Não obstante, não vemos como possível a utilização desta teoria, uma vez que se torna impossível a realização da “posição original” extraída pelo autor, tendo sido mencionada para justificar que o conceito de justiça, e ainda mais, a própria justiça em si, tem sido objeto de constantes estudos. In RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.64.

equiparado ao conceito de felicidade. Assim, a sociedade feliz seria justa e a infeliz teria como fundamento a injustiça presente em seu seio social. Este conceito de felicidade equiparado ao de justiça sofreu pesadas críticas, mormente porque não se pode conceber a existência de uma sociedade totalmente feliz, ou seja, o conceito de um sistema justo estaria seriamente abalado quando trouxesse a qualquer cidadão a infelicidade, ainda que no campo de sua subjetividade individual.¹⁵

Mesmo o critério de Jeremy Bentham que aperfeiçoou a idéia de Platão ao dizer que a justiça em seu significado maior estaria atrelada ao conceito de felicidade do maior número de pessoas possível, criando desta forma a idéia de justiça no tocante à felicidade quantitativa, não encontra razão quando tal percepção de felicidade, em seu sentido universal, está interiorizado em cada sujeito. Assim, não se poderia relegar o conceito de justiça de forma universal ao talante de cada indivíduo de per si, pois as intempéries do humor, dos sentimentos, das percepções são variantes e mutáveis de forma constante, não se chegando, desta maneira, a um conceito jurídico do que seria a justiça.¹⁶

Para Aristóteles o conceito de justiça se bifurca em critérios de igualdade e legitimidade, caracterizando o homem injusto como aquele que viola a lei e aquele que toma mais do que lhe é devido. Logo, traduz sua teoria da justiça em razão da busca pela distribuição indistinta dos direitos, justiça distributiva, e da obediência aos critérios estabelecidos em lei, justiça corretiva.¹⁷

Não obstante, o que se tem buscado nos sistemas juridicamente concebidos é sempre a idéia de possibilitar para todos os cidadãos mecanismos que lhes tragam a igualdade na conquista de direitos e distribuição de deveres. A própria Revolução Francesa, que teve como bordão a igualdade, buscou no espírito revolucionário a equiparação de direitos sociais, econômicos e jurídicos. Imperioso destacar o marco da revolução como o início da era dos direitos; segundo a

¹⁵ KELSEN, Hans. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001,p.3.

¹⁶A idéia de Bentham ter aperfeiçoado o conceito de Platão tem sentido no tocante à concepção de justiça em grau de felicidade que alcance um número maior de pessoas, pois, como cediço, o utilitarismo de Bentham utiliza a justiça como instrumento da felicidade em grau de realização social.

¹⁷ KELSEN, Hans. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001,p.124-125.

concepção de Norberto Bobbio, fora exatamente aí que se dera a positivação dos direitos humanos.¹⁸

Na incessante luta dos escravos, dos negros, dos imigrantes, das mulheres, e de todos os segmentos que sentem no seio social determinada discriminação na concepção de direitos, a pedra de toque é uma só: igualdade. Esta luta, inclusive com a inserção dos direitos em documentos internacionais (positivação e internacionalização), ficará mais bem demonstrada no esforço jurídico histórico que se fará adiante no presente estudo.

Neste diapasão, a idéia de igualdade nos direitos ganha contornos de equiparação ao conceito de justiça, uma vez que a concepção de justiça ser igual à de felicidade individual ou geral se viu superada pelo próprio mecanismo social de controle através da lei, pois, como bem exarou Hans Kelsen, a justiça é uma característica possível, mas não necessária em uma ordem social quando atrelada à equação de ser feliz é ser justo, por razões já anteriormente explanadas.¹⁹

Destarte, o que se tem buscado para se ter o equilíbrio da ordem social na eterna luta pelo ordenamento justo é sempre garantir mecanismos de igualdade dos destinatários da norma. Assim, a questão da busca pela igualdade dos componentes de uma ordem social é um marco incontestável e a luta entre as castas sociais sempre se deu pela conquista de direitos que eram dados a uns e denegados a outros. As molas propulsoras de todas as grandes revoluções sociais sempre eleveram a igualdade nos direitos como objeto de conquista.

Deste modo, as lutas incessantes por um modelo de ordenamento jurídico que pudesse representar a efetiva vontade de uma maioria no alcance da justiça não são atuais. E podemos asseverar, sem receio de equívocos conceituais, que a busca desse modelo de justiça passa, sem soçobros, pela igualdade, sendo tal critério alicerçado como um dos direitos humanos fundamentais. Todavia, de se enfatizar que tal igualdade não se confunde com a discussão travada acerca das diferenças dos homens em sentido físico, cultural, etário etc., ou seja, a

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004, p.14.

¹⁹ KELSEN, Hans. **O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 2.

discussão entre os nominalistas e os idealistas, até porque fugiria ao cerne do estudo em testilha.²⁰

A igualdade aqui tem como escopo a visão normativa no sentido de se garantir direitos e deveres ao homem de forma indistinta. Assim o pensamento de Carmen Lúcia Antunes Rocha, que explicita ser a igualdade normativa o embasamento da realização de todas as desigualdades humanas, fazendo destas suprimimento ético de valores poéticos para o desenvolvimento humano. Logo, buscar uma igualdade na concepção positiva da norma é uma maneira de se instrumentalizar, ainda que de forma dogmática, a justiça em seu anseio social. Daí porque a jurista ora mencionada sustenta que a igualdade constitucional é um modo justo de se viver em sociedade.²¹

Concordamos, pois, que o conceito de justiça tem como seu elemento identificador a igualdade normativa, donde se busca dar o acesso isonômico a todos diante do ordenamento que se posta a possibilitar a vida em sociedade. A garantia das mesmas orpotunidades e tratamento iguala todos os destinatários, respeitando as diferenças, mas não as enfatizando, em contraposição a um sistema que hoje prioriza o *status* econômico e social, em detrimento de quaisquer outras diferenças. Destarte, a tentativa de garantir, através da norma, o direito à igualdade, se identifica com o critério da justiça distributiva.

Senão vejamos nos documentos juridicizados pelos povos ao longo da história. A positivação da igualdade, ainda que sob um prisma inicial de garantia de um direito inato, natural de todo ser humano, parece-nos a textualização na busca da adoção de um critério de justiça.

Em 16 de junho de 1776, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia consagra a igualdade como um direito natural do homem já no seu primeiro artigo. Referido postulado fora adotado posteriormente nas declarações da Pensilvânia (setembro de 1776), Delaware (também

²⁰ Os nominalistas entendem que a igualdade não passa de um simples símbolo, sem qualquer significação no mundo real, uma vez que os homens nascem e permanecem desiguais. Já os idealistas sustentam a igualdade entre os homens de forma absoluta.

²¹ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1991, p.46 e p.118. Conforme as próprias palavras da autora: “O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único.”

em setembro de 1776) e de Massachussets (já em março de 1780).²² Em 4 de julho de 1776 os Estados Unidos da América do Norte, colocando um ponto final na colonização britânica, registram na sua declaração de independência a igualdade na criação de todos os homens, assim declarando de forma expressa:

Nós temos por evidentes, em virtude delas mesmas, as seguintes verdades: todos os homens são criados iguais; eles são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis: entre esses direitos estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Os governos são estabelecidos pelos homens para garantir tais direitos, e seu justo poder emana do consentimento dos governados. Todas as vezes que uma forma de governo tornar-se nociva a esse fim, o povo tem direito de trocá-la ou de aboli-la e de estabelecer um novo governo, fundando-o sobre os princípios e organizando-o na forma que lhe pareça mais própria para lhe garantir a segurança e a felicidade.²³

De se concluir no extrato atualmente tido como um dos documentos jurídicos que resguardam os direitos humanos fundamentais que a igualdade serve de base, de pano de fundo para uma das verdades humanas para a concreção e o alcance da liberdade e da felicidade, novamente utilizadas como característica de ordenamentos justos. Ainda que venham os críticos positivistas que entendem que tais concreções nada mais são do que meras sobreposições jusnaturalistas que não se efetivam, não podemos deixar de dar relevo ao documento ora vazado. Tanto é verdade que a mencionada declaração serviria, mais adiante, de fundamento para a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que se daria em 26 de agosto de 1789, proclamada na França, tendo em seu primeiro artigo a condição da igualdade em direitos como essência fundamental da humanidade.²⁴

²² Assim rezava o primeiro artigo da Declaração: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”. Já se verifica aqui a igualdade como pressuposto da condição humana, na sociedade dentro do conceito de liberdade na franca busca pela felicidade. In Revista do Ministério Público n.8 julho/dezembro 2002. Universidade Federal de Alagoas. Centro de Ciências Jurídicas – CJUR. Maceió.

²³ Revista do Ministério Público de Alagoas, n.8 jul/dez 2002. Maceió: MPEAL/UFAL/CJUR.

²⁴ O artigo sexto da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, com mais especificidade sobre a igualdade na lei, assim proclama: “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação geral. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.

A igualdade, como condição da evolução do homem na busca da felicidade no convívio em sociedade, ganhou contorno universal quando em 1948, em Bogotá, proclamou-se a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, tendo em seu preâmbulo a garantia de que todo ser humano nasce livre e goza em igualdade de condições de direitos, respeitando-se sua dignidade através dessa condição. A referida declaração consagrou em seu artigo segundo a igualdade de todos perante a lei, repetindo o que trouxe a Declaração proclamada na França sob os ideais de fraternidade, liberdade e igualdade.²⁵ Mais tarde, a universalização se completou ante a Declaração Universal dos Direitos do Homem, donde se constata a igualdade perante a lei em seus artigos primeiro e sétimo, demonstrando, de forma geral, que tal preceito era fundante para o desenvolvimento humano no seio social, como condição *sine quae non* para a liberdade e a felicidade.²⁶

Já na Convenção Americana de Direitos Humanos, mais também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos, realizada em 22 de novembro de 1969, ratificado pelo Brasil somente em 25 de setembro de 1992, a igualdade alçou ares de direitos humanos fundamentais quando em um de seus artigos trouxe como destaque a normatização de serem todas as pessoas iguais perante a lei, tendo o acréscimo da vedação de qualquer discriminação ante a proteção legal.²⁷ Daí se verifica que embora tendo nascido de um anseio jusnaturalista como base da sociedade e de uma condição inata do ser humano para a concreção da felicidade, a igualdade se desenvolveu durante as conquistas humanas e passou a ser tratada como princípio normativo concretizador dos anseios de justiça social e garantidor dos direitos fundamentais do homem.

Do esboço histórico trazido à baila nos textos asseguradores dos direitos humanos, não poderíamos, pois, deixar de conceituar a igualdade como direito humano fundamental hoje alçado à condição de princípio fundante da sociedade. Os textos supra-estatalizados não diferem de

²⁵ Assim se reporta o artigo segundo: “Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra”.

²⁶ Declaração Universal dos Direitos do Homem: Artigo primeiro: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Artigo sétimo: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

²⁷ Artigo 24 da Convenção Americana: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.

nossa Carta Maior que assegurou a igualdade como garantida fundamental em seu artigo 5.º, *caput*, disciplinando já no inciso I a igualdade normativa, que terá maior aprofundamento no decorrer do estudo em tela.

Devemos, por obediência ao trabalho científico a que nos propomos desenvolver, caracterizar a igualdade como princípio normativo garantidor de direito humano fundamental. Explicamos. Para se aferir a isonomia como norma, adotamos o conceito de que as normas, sob o presente enfoque, são os sentidos que se constroem a partir da interpretação sistemática de textos normativos, uma vez que necessitamos dotar a igualdade de conteúdo axiológico para se extrair do texto a real concretização normativa, escapando, pois, da discussão estéril dos nominalistas e idealistas acerca do conceito de igualdade.²⁸

Assim, partindo da premissa de ter a isonomia como norma, pois extraída dos textos normativos conteúdo que foge de seu conceito meramente semântico em aspectos multifacetários, mas impondo ao valor isonômico o caráter teleológico desta, temos que a igualdade ganha cores vivas nos textos adrede colacionados como fundamento garantidor de um direito humano fundamental, qual seja, o tratamento de forma indistinta que deve ser dispensado a todos, mesmo levando-se em conta as diferenças existentes entre os seres humanos em seus aspectos culturais, sociais, econômicos, intelectuais, físicos etc.²⁹

Marcos Bernardes de Mello, na sua teoria do fato jurídico, sustenta que o princípio isonômico se normatiza em face da existência de um suporte fático, qual seja, a existência de pessoas em situações iguais, donde a consequência se eficaziza juridicamente através da consequente vedação dirigida ao legislador e ao poder público de dar tratamento diverso aos iguais e tratamento igual aos desiguais.³⁰

²⁸ GUASTINI, Ricardo. **Teoria e Dogmática delle Fonti**. Milano:Giuffrè Editore,1998,p.16-20.

²⁹ Para que não se confundam os conceitos de texto e norma, urge destacar que o texto é um sinal lingüístico que nada revela, nada diz, passando tão-somente a revelar algo quando convertido em norma, que é ato de interpretação. Assim, passa a ter conteúdo normativo o texto quando o intérprete lhe revela seu alcance e seu valor de aplicação. Antes disso, existe tão-somente o texto, o enunciado. In. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2.ed., São Paulo:Malheiros, 2003,p.79-80.

³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:plano da existência**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003,p.21.

Não nos basta a conceituação da igualdade como preceito meramente normativo. Verificamos que as normas que trouxeram a isonomia ao campo da aplicação jurídica têm características principiológicas, ou seja, dentro das espécies normativas, a igualdade alçou condição hierárquica de fundamento e relevância no ordenamento jurídico. E assim o fazemos partindo de extratos colacionados por vários doutrinadores, entre eles, Humberto Ávila, Karl Larenz, Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Humberto Ávila traça um panorama conceitual do que seriam princípios citando as obras que cunhou como importantes nesse mecanismo. Para tanto traz em seu estudo o trabalho de Josef Esser que trata os princípios como normas que estabelecem fundamentos para o encontro de determinados mandamentos. Na mesma passagem encontramos Karl Larenz conceituando princípios como fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, das quais decorrem de forma direta ou indireta as normas de comportamento. Claus Wilhelm Canaris concentra a distinção de regras e princípios no conteúdo axiológico explícito nos princípios, carecendo, portanto, de regras para que se concretizem. Complementa, ainda, o citado autor explicando que os princípios se tornam completos através do processo dialético de complementação e limitação.³¹

De forma mais significativa e contributiva, Ronald Dworkin primeiramente conceitua o princípio como um padrão exigido pela justiça ou pela equidade, sem qualquer característica de se atender a um objetivo político ou social desejável. Aduz, ainda, que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, qual seja, a dimensão do peso ou da importância, já que se confrontantes, há de se questionar quão importante será aquele princípio para se resolver o conflito frente a outro, sem, contudo, eliminar, mas em forma de sobreposição. Já as regras, além de não possuírem referida dimensão, orbitam na situação do tudo ou nada.³²

Robert Alexy foi um pouco mais além e aperfeiçoou o conceito de Ronald Dworkin quando expressamente define o princípio como espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, obedecendo às possibilidades normativas e fáticas. Assim trouxe um critério de ponderação em que o princípio recebe carga

³¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros. 3.ed,2004, p.28/30.

³² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.130.

axiológica na solução do caso concreto, prevalecendo sobre outro e não o eliminando.³³ Assim, de fácil constatação que a isonomia alçou natureza jurídica principiológica, uma vez que contém em seu bojo conteúdo obrigacional aplicável em todos os níveis, vinculando as regras e a subsunção das normas que dela não podem se afastar quando na utilização de casos concretos.

Destarte, não pode o juiz ao aplicar as normas a casos concretos com suportes fáticos idênticos dar tratamento desigual só pelo fato de estarem presentes fatores sociais ou econômicos distintos. Exemplo dado vem a ser o fato de um deputado federal e uma doméstica cometerem a conduta de homicídio tratada no artigo 121 do CPB. Embora em posições sociais distintas, a norma a ambos será aplicada de forma indistinta, em obediência ao princípio isonômico de serem tratados de forma indiferente perante a aplicação legal.

Finalizamos utilizando os conhecimentos aferidos por Luigi Ferrajoli, que posiciona a igualdade, seja ela formal ou substancial, nos direitos fundamentais, pois residem nestes direitos a assecuração e a perseguição da igualdade. Assim a igualdade formal nos direitos de liberdade e a igualdade substancial nos direitos sociais. Diferem, pois, tais direitos fundamentais dos direitos patrimoniais, daí porque se redefinem os direitos fundamentais contendo a realização da igualdade para a valorização das pessoas.³⁴

Desta forma não há de se negar que a igualdade assume um contexto normativo fundante engajado nos direitos fundamentais como concretização do valor do indivíduo enquanto um ser sociável.

2. O princípio da isonomia na óptica penal – O tratamento da norma na previsão incidente ante os fatos concretos análogos

Identificada a igualdade sob o prisma constitucional, necessitamos, para atingir o objetivo de nossa proposição inicial, trazer a sua aplicabilidade ao direito penal, sendo certo que esta ciência tem como técnica a definição, a individualização e a repressão das condutas desviadas

³³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2001, p.90.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: RT, 2002, p.727.

através da coerção e restrição dos direitos dos sujeitos ativos da prática tida como desviada – delitos . À guisa de estratificar o conteúdo deste tópico, de se ressaltar que a igualdade como princípio normativo fundante de um direito aqui não se concentra no sentido da aplicação da mesma pena àqueles que cometem os mesmos delitos, até porque tal técnica violaria o princípio individualizador da pena. A isonomia ora em relevo está na subsunção da norma primária (tipo penal) de forma indistinta a todas as condutas desviantes que recebem a tutela normativa da ciência penalógica.

A observação tratada no parágrafo anterior parece, à primeira vista, de somenos importância ou até despreciosa, se observada sob um plano meramente dogmático. Não obstante, na dimensão sociológica da aplicação da espécie normativa, não são poucos os casos em que temos uma justiça penal voltada substancialmente às camadas mais pobres da população e parece-nos, aí, ser o primeiro nó górdio da estrita observância a um princípio de que vínhamos tratando de forma teórica sob aquele plano.

Assim, a igualdade sob a óptica penal precisa de uma efetivação sob o calibre sociológico, pois como veremos no desenvolvimento dos itens posteriores a este capítulo, através de coleta de dados específicos efetivada junto ao Tribunal de Justiça de Alagoas, em sua única Câmara Criminal, mediante simples comparações quantitativas e qualitativas, podemos asseverar que o princípio que se observa com dimensão de peso e importância na assecuração de direitos fundamentais há muito se encontra longe de sua efetivação no plano sociológico.

Outra coleta de dados análoga, agora com a propriedade de uma pesquisa científica, fora desenvolvida pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa em conjunto com o IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, donde se concluiu pela efetiva desigual aplicação da norma penalógica em detrimento de questões socio-econômicas. Referida pesquisa será também objeto de análise e servirá de quadro comparativo aos dados colacionados na obra em testilha. À guisa de substanciar o que asseverado no desenvolvimento do tema em questão, importante frisar o que salientou Alessandra Teixeira, coordenadora da pesquisa e membro do IBCCRIM, em suas textuais palavras:

É de se registrar que em matéria criminal, contudo, essa opção política, tal como foi revelado pelas conclusões das pesquisas relatadas, tem se revelado como reificadora de desigualdades e estigmas existentes no seio do tecido social, e acentuados no interior do sistema de justiça. A aplicação do direito penal como um instrumento de punição para além da previsão legal e o desrespeito aos direitos garantidos pelo ordenamento identificam essa atuação da justiça criminal a discursos advindos de setores ultraconservadores da sociedade a um pensamento de exclusão e intolerância no tratamento do fenômeno do crime.³⁵

Destarte, o que se assevera é que a justiça penal, em detrimento da normatização principiológica da igualdade, simplesmente ignora o tratamento isonômico de todos os seres, subsumindo de forma autoritária e mendazmente repressora a norma penal, dependendo da classe social, cultural, raça e até mesmo sexo.³⁶

Devemos, neste diapasão, alocar o que os sociólogos, segundo a doutrina aportada por Luigi Ferrajoli, chamam de “cifra obscura” da criminalidade, ou seja, o número de culpados que submetidos ou não a julgamento permanecem ignorados ou impunes, adicionando a esta cifra, também de caráter obscuro, uma vez que não se encontra resposta cientificamente convincente para a situação revelada, o número de inocentes processados e muitas vezes punidos. Registre-se, pois, que tal situação desafia de forma letal o princípio isonômico frente aos olhares do Direito Penal.³⁷

Luigi Ferrajoli conceitua a “cifra obscura” denominada pelos sociólogos de forma binária, isto é, chama de “cifra da ineficiência” a primeira situação e “cifra da injustiça”, a segunda. Dentro da cifra da injustiça, o autor inclui: a) os inocentes que foram reconhecidos por sentença

³⁵ A pesquisa foi publicada pelo IBCCRIM no livro que se denominou Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo – A lei, o direito e a ideologia, que servirá de base crítica e paradigma ao presente estudo.

³⁶ O Núcleo de Estudos da Violência da USP – NEV realizou competente pesquisa com julgados em primeira instância no ano de 1990, utilizando como critério qualificador o crime de roubo. As conclusões apontaram diferentes percentuais significativos entre o tratamento dispensado a réus brancos e negros, em detrimento destes, tais como: maior número de prisões em flagrante, menor grau de acesso à justiça, comprometimento do direito de defesa e maior incidência em desfechos condenatórios. Fonte: ADORNO, Sérgio A. **Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. Novos estudos**. São Paulo: Cebrap, 1995. Em outra pesquisa realizada pela Fundação Sistema de Análise de Dados – SEADE- entre os anos de 2001 e 2002 os resultados apontaram desigualdades no tratamento entre negros e brancos, mais precisamente no tocante à exclusão do cárcere e do processo, com maior incidência de condenação entre as mulheres negras. Fonte: Mulheres negras: as mais punidas no crime de roubo. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 11, n.125, abril de 2003.

³⁷ De se registrar que o tradutor da obra denominou “cifra obscura”, daí porque o conceito aparece aspeado. In FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: RT, 2002, p.168.

absolutória, mas que se se sujeitaram ao processo – ação estatal penal – e não raras vezes à prisão acautelatória – prisão preventiva; b) os inocentes condenados com sentença definitiva que posteriormente foram absolvidos em grau de revisão criminal; c) as vítimas dos erros judiciários não reparados.

Para tanto, o autor se utiliza de dados coletados na Itália em 1986, quando então de 2.030.173 delitos denunciados (noticiados), sendo 1.194.297 furtos, 1.355.831, ou seja, dois terços desses delitos, entre eles 1.146.773 furtos, não foram esclarecidos, perfazendo aí de forma significativa a cifra da ineficiência. Já para a cifra da injustiça, Luigi Ferrajoli utiliza o número de 202.966 pessoas julgadas, sendo 89.138, ou seja, 44% deste número de pessoas absolvidas, perfazendo, também, de forma substancial a cifra da injustiça.³⁸

No Brasil a realidade não é diferente. A existência das cifras da injustiça e da ineficiência se aproxima de números parecidos aos dos italianos apresentados pelo citado jurista. Por uma questão de obediência à ciência e aplicando critérios metodológicos seguros, nos ateremos aos dados coletados em recente pesquisa feita pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa em conjunto com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, bem como aos dados coletados no Estado de Alagoas, no tocante ao processamento e julgamento da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça no ano de 2005. Fizemos também um levantamento junto ao Pleno do tribunal alagoano para se aferir o resultado do julgamento de cem *habeas corpus* impetrados, nos meses de abril a julho de 2006. Esta análise terá função qualitativa para atender ao objetivo do presente trabalho.

Ousaremos, no entanto, mais adiante, aplacar ou minimizar a inquietude preocupante que nos levou ao presente estudo, buscando, dentro de nossas limitações cognitivas, explicações para a existência do distanciamento entre a dimensão dogmática e a sociológica do princípio e apresentar alguma solução para o problema, como forma de aprofundar, em termos conclusivos, as respostas para este desafio.

³⁸ De se registrar aqui também que o vocábulo “denunciados” obedece à tradução feita da obra colacionada. Todavia, de se inferir pela leitura do texto que não se deve entender no sentido técnico da palavra, qual seja, formulação da acusação pretendida em juízo pelo órgão legitimado, que é o Ministério Público, mas sim o número de crimes “informados” e que não chegaram a ser esclarecidos, conforme o próprio texto assim agrega. Todos os números informados foram retirados da obra mencionada. In FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: RT, 2002, p.191.

3. O princípio da isonomia sob a óptica processual penal – A igualdade dogmática perante o juiz e a desigualdade sócioeconômica e cultural aplicada pelo Poder Judiciante na efetividade normativa

Cabe-nos agora a missão de verificar a incidência do princípio normativo isonômico sob o enfoque processual penal, aos olhos da aplicação da lei penal pelo agente possuidor do poder jurisdicional. Para tanto, de se evidenciar que o princípio como primeiro norte direcional volta-se como vetor para o próprio magistrado, ou seja, limita sua atividade no sentido de vedar que possa tratar de forma diversa situação análoga, isto é, poda a sua discricionariedade na eleição de qual a norma a ser subsumida aos casos concretos.

É bem certo que a lei já possuiu e de certa forma, ainda que mínima, possui o caráter de eliminar a intervenção jurisdicional para a regulação social através do movimento positivista do fim do século XIX e início do século XX, que tinha como idéia subjacente a criação de um sistema capaz, completo e abrangente de regular a conduta humana, afastando o arbítrio da mediação judicial.

Nesta esteira de pensamento, o rei da Prússia Frederico II, inspirado nos ideais iluministas dos franceses, instituiu em 1794 o Código Geral Prussiano que tinha como função a definição de todas as relações jurídicas em seu país. Continha em seu bojo 19.000 artigos, dentre eles uma cláusula proibitiva de interpretação judicial.³⁹ Despiciendo dizer que a experiência prussiana não foi exitosa. Assim, reafirma-se, mesmo com a supremacia da lei e da proteção legal, a necessidade da intervenção judicial na pacificação dos conflitos sociais.

Desta forma, premente a idéia da satisfação normativa através, também, do poder decisório conferido aos juízes, importa consignar que o princípio isonômico sob a óptica processual é uma garantia de um sistema democrático, sendo a igualdade perante os juízes uma

³⁹ SOBOTA, Katharina. **Não mencione a norma**. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. UFPE, n.7, 1995, Recife, p.252.

decorrência da igualdade perante a lei.⁴⁰ Assim, este princípio se bifurca como cláusula de vedação ao juiz no sentido de aplicação normativa de forma distinta para situações semelhantes, e ao legislador, proibindo-lhe editar leis que criem situações de desigualdade perante a Justiça.⁴¹

A igualdade jurisdicional ainda cria outras vedações assecuratórias, tais como a garantia do juiz natural – proibição de juízes ou tribunais de exceção – a da *par conditio*, ou seja, a garantia da paridade de armas entre as partes na relação processual - proibição de tratamento das partes de forma desigual. Como bem atesta Antônio Scarance Fernandes, “o princípio da igualdade, por outro lado, coloca as duas partes em posição de similitude perante o Estado e, no processo, perante o juiz. Não se confunde com o contraditório, nem o abrange”.⁴²

Destarte, o dogmatismo principiológico normatizado, desejado e idealizado pelos positivistas inspirados nos ideários do Iluminismo, ou seja, ao positivar o direito este se efetivava, e mesmo com o posterior “aperfeiçoamento” interpretativo dos juízes no tocante à aplicação das normas positivadas, cede passo a uma triste constatação: a inefetividade desta igualdade. Assim, nem o positivismo, nem o racionalismo conseguiu a efetivação de alguns direitos, mormente no tocante à igualdade, ora objeto de análise. Senão vejamos. Há muito, Ovídio, citado por Mauro Capelletti, frisou: “*Cura pauperibus clausa est*” (o tribunal está fechado para os pobres). A assertiva vem acompanhada da combalida situação social de notório conhecimento e domínio popular: a cadeia foi feita para os pobres.⁴³

Recente episódio ocorrido em Maceió/AL só reforça esta idéia dominante na mente de qualquer cidadão mais desassistido de capacidade intelectual. Na data de 18 de junho de 2006, um domingo, dois jovens de classe média foram presos em flagrante delito portando arma de fogo. Passaram menos de vinte e quatro horas presos, mesmo com toda a burocracia da autuação flagrancial, comunicação à família, garantia de direitos assecuratórios, comunicação ao juiz plantonista etc.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo:Saraiva,p.67.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo:Malheiros.22.ed.,2003, p.219.

⁴² FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo:RT, 1999, p.58.

⁴³ CAPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologia, sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1974, p.89.

Em contrapartida, outras pessoas acusadas e presas sob o mesmo conduto normativo, com condições subjetivas favoráveis idênticas, a não ser pela situação econômico-social, chegam a amargar quatro a cinco meses reclusas, aguardando a mesma decisão judicial de lhes conceder o beneplácito da liberdade provisória. Não que se esteja criticando a celeridade da justiça como algo negativo. Muito longe disto. O que se espera é que esta celeridade seja realizada para todos os cidadãos, independentemente da condição econômico-social, ou de estarem ou não assistidos por defensores constituídos ou dativos.⁴⁴

Dados incontestáveis do IDDD e do IBCCRIM em recente pesquisa já retro-mencionada constata a dura e cruel realidade nos processos-crimes de roubo na cidade de São Paulo, contrastando assim a efetividade normativa do princípio da igualdade perante o juiz. Vejamos os números: na fase do inquérito policial, apenas 2,31% dos acusados tiveram um defensor quando da confecção do auto de prisão em flagrante. Somente 1,82% dos acusados teve defensor no desenrolar do inquérito policial. Na fase processual, os números são mais estarrecedores: 92,89% não tiveram acesso a um defensor técnico após a denúncia e 21,82% não contaram com um defensor no momento do interrogatório.

Quanto ao efetivo exercício de defesa, 9,09% dos acusados não apresentaram defesas prévias. Somente 23,80% dos acusados fizeram algum pedido de liberdade provisória, relaxamento de prisão ou *habeas corpus*, mesmo com 78,18% destes sendo primários e sem registros de antecedentes criminais. Deste percentual de pedidos de liberdade, frise-se que foram todos feitos por advogados constituídos. Na fase apelatória, só 1,16% dos acusados tiveram representação de defesa oral no Tribunal. Assim, constatamos que o exercício de defesa é meramente formal, em detrimento do efetivo exercício substancial.

Em contrapartida, o Estado estava presente em 100% dos casos apurados, pela presença técnica de delegados habilitados na fase inquisitorial e de promotores de justiça habilmente competentes na fase processual, ratificando o trabalho estatal em face do cidadão que tivera tão-

⁴⁴ CARVALHO, Regina. **Juíza solta jovens presos portando arma**. Gazeta de Alagoas. Maceió, 20 jun., 2006. Cidades, p.A21.

somente uma defesa formal, como se esta fosse exercitada simplesmente como condição para a efetivação de sua condenação.⁴⁵

Podemos extrair algumas conclusões qualitativas dos números apresentados na pesquisa ora colacionada. A primeira delas é no sentido de que há uma diferença substancial no tocante ao exercício de defesa em relação às camadas hipossuficientes. Daí porque se explique uma liberdade provisória mais ágil e eficaz àqueles que tenham contratado defensores para que os direitos positivados se efetivassem. A segunda é a ausência de efetividade da igualdade normativa (igualdade material) entre as diferentes classes sociais. Enquanto para os hipossuficientes os direitos estão assegurados no texto normativo, para os que possuem melhores condições sociais, estes textos se eficacizam em normas que lhes asseguram os direitos de forma efetiva. Daí a igualdade formal existir, mas a material se encontrar em um estado longínquo ainda de se atingir.

Em Alagoas, para que se estabeleça o parâmetro no quadro comparativo e se consiga aprofundar o tema, nosso trabalho de campo se efetivou no sentido de checar, também, quais os percentuais de recursos apelatórios providos ou improvidos em face da acusação e quais aqueles providos ou improvidos em face da defesa, levando-se em consideração as decisões proferidas pelos tribunais do júri alagoanos. De se registrar que os dados não se encontram sob a chancela de uma pesquisa nos mesmos moldes do IDDD/IBCCRIM. Esta coleta teve como objetivo verificar o grau de igualdade entre as partes na relação processual penal – acusação e defesa – praticado pela única Câmara Criminal do Estado.⁴⁶

O resultado desta coleta revela uma desigualdade substancial, sempre em desfavor da defesa. De se destacar que as apelações trazidas à cognição só se referem às decisões do tribunal do júri e somente àquelas que têm como fundamento recursal as alíneas “a” e “d” do artigo 593,

⁴⁵ TEIXEIRA, Alessandra. **Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo. A lei, o direito e a ideologia.** São Paulo: IBCCRIM, 2005, p.107.

⁴⁶ A escolha se deu em virtude de as teses a serem manejadas pelas partes em relação ao Tribunal do Júri estarem legalmente vinculadas no artigo 593, inciso III, do CPP, ou seja, ambas, acusação e defesa, só podem recorrer com base nos mesmos argumentos legais em face do princípio da soberania dos veredictos, levando-se em consideração a quantidade de vezes que a Câmara Criminal acolheu o pedido das partes no tocante à anulação do julgamento ou por nulidade ou por cassação da decisão dos jurados, por ser manifestamente contrária à prova dos autos, desconsiderando-se a questão do *quantum* da pena fixado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri quando da condenação.

inciso III do CPP, ou seja, que contestam alguma nulidade ocorrente após a decisão de pronúncia ou quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Vejamos. Em 2005 esses números chegam às cifras de 10 (dez) apelações manejadas pela promotoria, alcançando o êxito em 80% de seus apelos, e a defesa manejou 46 (quarenta e seis) apelações tendo êxito em somente 15,22% destas, ou seja, 7 (sete) apelações. De se destacar que das duas apelações que não obtiveram êxito pela promotoria, uma se deu em virtude de ter sido reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do acusado.⁴⁷

O que merece registro nos números ora trazidos à análise é que somente uma apelação da defesa que obteve êxito junto ao Tribunal de Justiça foi baseada em decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, tendo todas as demais – total de seis – em razão de alguma nulidade ocorrida antes ou durante o julgamento pelo Tribunal do Júri, ou seja, há um número pífio, ou ínfimo, em detrimento da defesa. Ao revés, os recursos do Ministério Público recebem o provimento com o reproche da decisão popular como equivocada ou distanciada da prova dos autos, o que evidencia que a Câmara quer dizer que a razão recursal se encontra, quase sempre, com o órgão acusatório.

Verifica-se, *ab ovo*, um desequilíbrio entre os julgamentos, em que pese serem as teses levantadas pelas partes de idêntica base legal. O que se vislumbra é que a razão parece sempre pender para o lado da promotoria como critério de se fazer justiça. Para se rechaçar o julgamento das apelações defensivas, a Câmara utiliza a retórica de que a soberania dos veredictos não pode ser afrontada pela escolha dos jurados de uma versão que se encontra nos autos. Para acatar o argumento do Ministério Público, a Câmara se posiciona de forma oposta. Ou seja, o obstáculo sempre posto à defesa é facilmente retirado quando a mesma tese defendida é esposada pelo órgão da acusação.

Não obstante, o que mais chama a atenção é a vinculação de quase todas estas decisões ao parecer exarado pelo próprio representante do Ministério Público em segundo grau. Em quase 100% (cem por cento) de seus pareceres emitidos, a Câmara Criminal alagoana adotou o entendimento exarado pelo órgão ministerial. Daí se indagar onde está a garantia da *par conditio*

⁴⁷ Vejamos os números. A Procuradoria Geral de Justiça emitiu 49 pareceres e 41 deles vincularam as decisões da câmara criminal, comprovando-se, assim, a assertiva lançada.

propalada pelo legislador e garantida, ao menos de forma retórica, pelos magistrados em seus discursos quase que idênticos para justificarem as escolhas normativas exercitadas em detrimento, quase sempre, da defesa.⁴⁸

Não obstante, para se descobrir, ou redescobrir, quais seriam os padrões, limites e aplicações desta comunicação normativa, há que se examinar o discurso retórico dos juízes. No dizer de Katharina Sobotta, as decisões judiciais ainda contêm bases padronizadas que eram

⁴⁸ Informações colhidas *in loco* na única Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas, nos meses de maio e junho de 2006, da totalidade de julgamentos feitos no ano 2005, representativos dos acórdãos, na íntegra, que compõem o presente trabalho através dos anexos colacionados. São estes os acórdãos, com respectivos relatores, parecer da PGJ e resultado final: **Apelações do MP = 10 Providos: 08** - Acórdão n. 3.0069/2005 – Rel. Des.Orlando Monteiro Cavalcanti Manso. PGJ: Opina pelo provimento. Acórdão 3.0230/2005 – Rel. Des.Sebastião Costa Filho. PGJ: Opina pelo provimento. Acórdão 3.0216/2005 – Rel.Des. Sebastião Costa Filho. PGJ: Opina pelo provimento. Acórdão n. 3.0114/2005 – Rel.Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira. PGJ: Opina pelo provimento. Acórdão n.3.0350/2005 –Rel.Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso. PGJ: Opina pelo provimento. Acórdão 3.0330/2005 – Rel.Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira. PGJ: Opina pelo provimento. Acórdão 3.0370/2005 - Rel.Des.Sebastião Costa Filho. PGJ: Opina pelo provimento. Acórdão 3.0363/2005 – Rel.Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso. PGJ: Opina pelo provimento. **Improvidos: 02-** - Acórdão N° 3.0379/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso.PGJ: Opina pelo provimento (prescrição).- Acórdão N° 3.0392/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento. **Apelações da Defesa = 46 Providos: 07-** Acórdão N° 3.0084/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento. (motivo: julgamento contrário à prova dos autos)- Acórdão N° 3.0224/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso.PGJ: Opina pelo provimento. (motivo: nulidade processual)- Acórdão N° 3.0124/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento. (motivo: nulidade processual)- Acórdão N° 3.0159/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso.PGJ: Opina pelo provimento. (motivo: nulidade processual)- Acórdão N° 3.0319/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo provimento. (motivo: nulidade processual)- Acórdão N° 3.0390/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo provimento. (motivo: nulidade processual)- Acórdão N° 3.0325/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso.PGJ: Opina pelo provimento. (motivo: nulidade processual) **Improvidos: 39-** Acórdão N° 3.0322/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0153/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0152/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0321/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0205/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0204/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0209/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0116/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0298/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0105/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0106/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0107/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0258/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0172/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0196/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0197/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0195/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0272/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0273/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0252/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0063/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0138/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0237/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo

aplicadas nos primórdios da retórica judicial. Assevera, ainda, que contrastando com a interpretação judicial, a análise retórica concebe o texto normativo como uma técnica concreta a ser utilizada em situação específica.⁴⁹

Nesta esteira de pensamento, faremos a ponderação crítica mais adiante, quando nos preocuparemos com o discurso retórico judicial, demonstrando que a interpretação judicial contém evasivas retóricas, ora escolhendo, ora abortando a utilização de normas que deveriam ser

improvemento.- Acórdão N° 3.0274/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0399/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0154/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0155/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.

PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0001/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso. PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0003/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0189/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0029/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0182/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo improvemento.

- Acórdão N° 3.0313/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo improvemento. - Acórdão N° 3.0312/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0123/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0144/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0135/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0207/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0292/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0367/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo provimento.- Acórdão N° 3.0306/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0347/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0368/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.

PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0010/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0162/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0170/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo improvemento. - Acórdão N° 3.0198/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0248/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0318/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo improvemento.

- Acórdão N° 3.0338/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0348/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.

- Acórdão N° 3.0353/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo improvemento.

- Acórdão N° 3.0364/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.

- Acórdão N° 3.0365/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.

- Acórdão N° 3.0372/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0378/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0380/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0381/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0391/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho. PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0387/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0409/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0264/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0185/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0284/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.

PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0027/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0028/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvemento.- Acórdão N° 3.0045/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo improvemento.

aplicadas de forma isonômica, e não ao mero talante de seu intérprete, em uma atividade discricionária arbitrária que tem como suporte campos ideológicos arraigados em um contraste meramente maniqueísta.

4. O discurso retórico das decisões judiciais em detrimento do princípio isonômico na jurisdição– o silogismo erístico como fonte de argumentação

O desafio agora a ser vencido é exatamente a análise qualitativa dos números trazidos à baila nos itens anteriores, buscando-se uma explicação para o afrontamento tão gritante de uma garantia constitucional realizada pelas próprias autoridades que deveriam garantir a exata aplicação normativa. O racionalismo das decisões que deveriam ser garantidoras da norma, em obediência às codificações idealizadas pelos positivistas nos ideários do Iluminismo, como já dito algures, cede passo para argumentos retóricos que fogem a qualquer sentido jurídico, e, por muitas vezes, em campo ideologicamente avesso ao próprio sentido ontológico e teleológico normativo.

A interpretação judicial, no dizer de Karl Larenz, é fazer falar a norma, ou seja, enunciar-lhe o seu sentido com outras palavras, expressando-lhe clareza para que se torne comunicável. Não obstante, não se pode dar sentido avesso ao seu conteúdo axiológico, como temos repetido ao longo deste estudo, e o que pudemos perceber foi a presença incontestada da retórica dando os sentidos e “fazendo falar a norma” em sentidos antitéticos, antinômicos e contrastantes.⁵⁰

Não que o discurso retórico seja de todo ruim. O problema da retórica ora em foco é a sua instrumentalização para desviar a correta utilização da norma, mediante a antiga fórmula silogística de se encobrir as premissas e as conclusões para a justificação de argumentos nem

- Acórdão N° 3.0096/05 – Rel. Des. Sebastião Costa Filho.PGJ: Opina pelo improvimento.- Acórdão N° 3.0040/05 – Rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcante Manso.PGJ: Opina pelo improvimento.- Acórdão N° 3.0030/05 – Rel. Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira.PGJ: Opina pelo improvimento.

⁴⁹ SOBOTA, Katharina. **Não mencione a norma**. Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito – UFPE, n.7, 1995, Recife,p.255.

⁵⁰LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**.Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997,p.441.

sempre jurídicos, mesmo que aparentemente plausíveis. Aristóteles já classificava a retórica judicial de má retórica, muito embora ainda a considerasse como parte da ciência.⁵¹

O silogismo retórico, como veremos na análise argumentativa das decisões trazidas à baila, a que se contrapõe o presente estudo, é o silogismo denominado erístico, muito utilizado pelos sofistas que concluía seus discursos convincentemente, mas com premissas equivocadas utilizadas de forma plausivelmente argumentativa. Um exemplo simplista de tal silogismo é aquele que parte da seguinte premissa: “todo pássaro voa, a mosca voa, logo a mosca é um pássaro”.⁵²

Desta forma, a retórica erística se distancia, e muito, do paradigma e do entimema aristotélico que até serviriam de base argumentativa para a motivação e a fundamentação das decisões judiciais que a encontrar algum apoio na interpretação normativa dentro do campo do Direito, aliado, até, a outras ciências auxiliares. O que não se pode admitir é a utilização discursiva desprovida de qualquer preocupação dogmática para justificar um funcionalismo maniqueísta disfarçado de decisão. Tal fato é preocupante.⁵³

A própria legislação processual penal em seu dispositivo normativo do artigo 381 previne a prática ora condenada. Não obstante, o constituinte em 1998, de forma expressa, traz como imperativo normativo e condição de validade de toda e qualquer decisão judicial, a fundamentação. Para tanto, os magistrados, de forma recorrente, vêm aplicando uma pseudomotivação, utilizando do instrumento retórico como forma de permear este comando normativo, ora constitucionalizado.

⁵¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica**. São Paulo:Saraiva,2002, p.267.

⁵² ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica – Para Uma Teoria da Dogmática Jurídica**. São Paulo:Saraiva, 2002, p. 271.

⁵³ O conceito de entimema foi aprofundado por Aristóteles, que não se conformou em aceitá-lo como um mero silogismo no qual uma das premissas ou a conclusão são tomadas como evidentes. Não obstante, em seu estudo avança um pouco mais além do conceito puramente formal, tentando entender por que é possível deixar parte essencial do raciocínio implícito. Desta forma, de maneira cartesiana junta os *topoi* fundamentadores dos entimemas para estruturar seu raciocínio. Um exemplo mais popular de entimema é a anedota, onde se oculta exatamente a conclusão para que produza seu efeito hilário.

Antônio Scarance Fernandes enfoca a motivação exarada como garantia da própria jurisdição, estando intrínseco o pensamento de garantia não só de ordem técnica processual, mas endoprocessual, como garantia política que afeta não só as partes envolvidas no processo, mas toda a sociedade. Nem por isso, contudo, deve o magistrado fundamentar sua decisão sob o enfoque de premissas casuísticas sociais, como se toda a satisfação de sua decisão fosse um discurso eleitoreiro, vazio de qualquer motivação jurídica.⁵⁴

Antônio Magalhães Gomes Filho, por seu turno, revela que o controle político é necessário em função de se legitimar as decisões do poder judicante, contudo não aceita que em decorrência dessa legitimação o juiz se transforme em uma figura política na busca sempre de aprovação popular, revelando que o liame existente necessário entre a atividade jurisdicional e a opinião pública é a possibilidade de se apreciar as decisões mediante a revelação da motivação em que se fundamentam tais atos decisórios para se verificar a concretização do direito.

Decorre deste pensamento que a motivação precisa demonstrar a validade do comando normativo quando da aplicação ao caso concreto, não se podendo justificar uma decisão que trace desencontros conclusivos com falsa incidência normativa, com justificativas de razões arreadas ao ordenamento jurídico, através de posições meramente maniqueístas, muito própria do discurso eminentemente político.⁵⁵

O maniqueísmo contido nos discursos das decisões nega a incidência normativa como fórmula de se tentar justificar a burla da lei, mediante mecanismos de interpretação que beiram o arbítrio, sob o cadafalso de estarem fazendo o “bem”, ou ainda, protegendo a sociedade sob a falseta de termos leis “muito brandas”. A assertiva lançada encontra guarida nos discursos meramente retóricos (silogismo erístico) dos juízes ao justificarem regime mais gravoso, quando a norma permite outro que não o regime fechado, e quando negam, também, sistematicamente, as já poucas apelações defensivas e dão provimento, sob o mesmo ângulo e paradigmas jurídicos, às apelações ministeriais.

⁵⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo:RT, 1999,p.119.

⁵⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo:RT, 2001,p.85.

As assertivas lançadas encontram prova insofismável no estudo qualitativo da pesquisa do IDDD/IBCCRIM anteriormente relatada em números coeficientes, tendo agora a apresentação dos discursos decisórios utilizados pelos magistrados na fundamentação de suas sentenças condenatórias. Vejamos. Para justificar a condenação e o regime mais gravoso – fechado – mesmo quando a norma penal contida no artigo 33 do Código Penal Brasileiro permitiria os regimes aberto e semi-aberto, os argumentos, meramente maniqueístas, se tripartiram em 1) gravidade do delito – usado em 60,83% das condenações; 2) periculosidade do agente – usado em 56,86%; 3) defesa da sociedade – usado em 41,65%. De se extrair a conclusão dos pesquisadores no tocante ao relatado, a saber:

Referidas expressões motivadoras correspondem, em verdade, a argumentos comumente presentes no imaginário popular a justificar a sanção penal. Por sua indeterminação técnica e conceitual (tanto jurídica como sociológica ou psicológica) constituem uma vulgata, sendo espantoso que mobilizem o exercício retórico de tantos magistrados.⁵⁶

O maniqueísmo constatado na linha argumentativa judicial dos crimes em comento coloca de um lado um “agente que denota periculosidade pela prática de crime grave em face de um desassossego de uma sociedade pacata e ordeira”. Ora, onde se encontra a fundamentação da decisão judicial com base nas normas juridicamente positivadas em nosso ordenamento? Já se posicionou de forma superior, em decisões do do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a gravidade do delito, de per si, não pode ser objeto de agravamento da condição do acusado, em qualquer hipótese.⁵⁷

⁵⁶ TEIXEIRA, Alessandra. **Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo**. São Paulo:IDDD/IBCCRIM, 2005,p.38.

⁵⁷PENAL E PROCESSUAL – HOMICÍDIO – PRISÃO PREVENTIVA – REQUISITOS – FUNDAMENTAÇÃO – GRAVIDADE DO CRIME – CRIME HEDIONDO – CLAMOR PÚBLICO – As decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade art. 93, IX, CRFB). A prisão preventiva é medida excepcional de cautela, cabível apenas quando comprovados objetiva e concretamente, com motivação atual, seus requisitos autorizadores. A gravidade do delito, ainda que em hipótese de crime hediondo, se considerada de modo genérico e presumida de maneira divorciada de fundamentação fática objetiva e atual, não é capaz, per se, de autorizar a custódia cautelar. O clamor público, inerente ao repúdio que a sociedade confere à prática criminosa, não é bastante, por si só, para fazer presente o periculum libertatis e justificar a prisão preventiva. A fuga do co-réu, conquanto autorize inferir queira elidir a aplicação da Lei Penal, não serve de fundamento para a prisão do paciente, preso desde o início da instrução criminal, pois tais circunstâncias não se comunicam. Precedentes. Ordem concedida. (STJ – HC 33770 – BA – 6ª T. – Rel. Min. Paulo Medina – DJU 16.08.2004 – p. 00289). No mesmo sentido: STJ – HC 31692 – PE – 6ª T. – Rel. Min. Paulo Medina – DJU 03.05.2004 – p. 00216)

HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – PRISÃO CAUTELAR – CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO – SENTENÇA DE PRONÚNCIA QUE ADOTA COMO FUNDAMENTO OS MOTIVOS EXARADOS NO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL – ALEGAÇÃO GENÉRICA DO CLAMOR PÚBLICO E

Aqui está se utilizando o próprio elemento consutivo do tipo penal - roubo - que se caracteriza pela violência ou grave ameaça à pessoa para expropriação patrimonial (norma penal em abstrato) como forma de argumentação para a condenação sistemática de fatos que se enquadram sob tal enfoque, agravando, em duplicidade, a condição do agente. Tal prática se consubstancia em verdadeiro retrocesso na ciência penal ao tempo absolutista das penas exemplares como modelo da administração da justiça, em que tínhamos verdadeiros suplícios exibidos em espaços públicos como forma típica de exercício da força e da impiedade do soberano, que possuía poder sobre a vida e a morte de seus súditos.⁵⁸

A regressão ora exalçada fica mais patente na análise do discurso judicial em comento, utilizado pelos magistrados na punição exemplar, senão vejamos nas textuais palavras retiradas das sentenças condenatórias, a saber:

[...] tendo praticado crimes inafiançáveis e gravíssimos, que se transformam em verdadeiro flagelo social que nesta comarca atinge proporções alarmantes, portanto a merecer reprimenda exemplar, deixo de lhes conceder quaisquer benefícios... devendo ambos iniciarem o cumprimento de suas penas em regime fechado”.[...] “Embora menor e primário o agente, o crime de roubo é de natureza grave, o que impõe uma resposta penal severa”.⁵⁹

Ora, o texto (enunciado) não diz isso. E não está o magistrado autorizado a interpretá-lo de forma distinta de seu sentido ontológico e teleológico, modificando de forma acintosa seu

CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – PRECEDENTES DO STF E DO STJ – Sendo a prisão cautelar uma medida extrema e excepcional, que implica em sacrifício à liberdade individual, é imprescindível, em face do princípio constitucional da inocência presumida, a demonstração dos elementos objetivos, indicativos dos motivos concretos autorizadores da medida constritiva. 2. **O clamor público, dissociado de qualquer outro elemento concreto e individualizado, não tem, por si só, o condão de justificar a prisão cautelar. Precedentes do STJ.** 3. Segundo reiterado posicionamento dos Tribunais Superiores, não obstante os pacientes terem sido pronunciados por crime hediondo, faz-se imprescindível, para a manutenção da segregação cautelar, a justificativa cabal de sua imposição, a teor do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ. 4. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial, para revogar a prisão cautelar decretada em desfavor dos pacientes, sem prejuízo de nova decretação de custódia cautelar devidamente motivada. (STJ – HC 31499 – PB – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJU 16.02.2004 – p.

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987,p.45.

⁵⁹ TEIXEIRA, Alessandra. **Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo**. São Paulo:IDDD/IBCCRIM, 2005,p.43.

sentido normativo e função social. Isto se fundamenta, pois o crime de roubo na concepção dogmática não repousa como crime gravíssimo, mas sim de potencial ofensivo médio, tanto é que a pena mínima autoriza, segundo comando expresso do artigo 33 do Código Penal Brasileiro, o cumprimento da pena em regime aberto ou semi-aberto. Daí se indagar: se o legislador não o classificou como crime de extrema gravidade, de intensa ofensividade social, poderá o intérprete dar ao texto uma norma com este alcance? A resposta lógica é negativa, até porque ofenderia princípios penalógicos que são fundantes de um sistema penal moderno.

Logo, enfatiza-se que tais decisões tomadas pelo poder judicante contêm em seu bojo discursos retóricos apoiados em um silogismo erístico porque são falsas suas premissas – crime de roubo não é gravíssimo -, culminando em conclusões equivocadas com resultados drásticos e desastrosos tanto para a ciência penalógica quanto para a sociedade, quais sejam, a condenação como meio impiedoso de um estado absolutista em regime de pena fechado, superlotando presídios, incrementando despesas sociais e em nada diminuindo a criminalidade.

Daí se questionar o papel dos magistrados com seu trabalho no momento interpretativo na aplicação das normas, mormente as penais.

Podemos concluir, em uma primeira análise, que o descompasso entre a interpretação e a incidência normativa, como um mecanismo de controle social talvez incutido no inconsciente coletivo, de que “pena boa é pena grande e grave”, “bandido bom é bandido morto”, está afetando sobremaneira aqueles que deveriam guardar consciência e preparo no manejo da atividade jurisdicional: os juízes. Em suas decisões, aqui estudadas sob o prisma racional, se verifica de forma cândida e cartesiana que guardam relação intrínseca com a crença de que a população quer e deseja decisões deste jaez, com pouca ou quase nenhuma preocupação se o ordenamento jurídico assim o autoriza. Desta forma explica-se o esforço hercúleo para se trazer o silogismo erístico como técnica de fundamentação de suas decisões e agradar a “sociedade ordeira e pacata contra seus malfeitores”.

Na coleta de dados realizada junto ao Tribunal de Justiça de Alagoas não encontramos respostas diferentes. Parece-nos que o discurso judicial erístico é pano de fundo para o exercício

de um poder que deveria estar legitimado na independência republicana representada pela legalidade, não se vislumbrando tal legitimidade na criação de verdadeiras normas inibidoras daquelas que deveriam se aplicar aos casos concretizados sob sua responsabilidade, ao talante de um “regalo” social. O que vemos é que, sob um discurso na busca de uma aprovação popular, os juízes estão submissos e se prestam ao papel de “verdadeiros justiceiros sociais”.

O discurso judicial das sentenças e acórdãos alagoanos é antitético, dependendo de quem está dirigindo a tese esposada. É flagrante que os mesmos argumentos, com igual base teórica e fundamento jurídico, sirvam para apaniguar os recursos manejados pela acusação e rejeitar os da defesa, que, como dito algures, são vinculados pelos pareceres emitidos pela Procuradoria da Justiça, que é sempre tratada de culta, capaz, conspícua e não por raras vezes emoldura os acórdãos alagoanos. Analisemos os discursos judiciais ora vazados para se asseverar o que está sendo consignado, a saber:

Quando a apelação é manejada pela acusação movida no fundamento de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, os desembargadores, sempre acoimados no parecer da Procuradoria Geral de Justiça, assim vazam em seus acórdãos:

as provas existentes no processo não convalidam a decisão do Tribunal do Júri. [...] restou evidente também que o *decisum* dos jurados foi encetado sem qualquer sustentação em prova colhida nos autos, ferindo o mérito da causa, em verdadeiro *error in iudicando*, tornando-se imperioso a realização de novo julgamento[...] O conjunto de afirmativas e negativas gera incerteza de que o Tribunal do Júri tenha decidido corretamente.⁶⁰

Ora, a análise é bem simples. Se há incerteza ou certeza e o júri escolhe uma das versões, se apoiou em alguma versão contida nos autos, não merecendo ser acolhida a pretensão ministerial. Todavia, vejamos como os membros da corte de justiça alagoana decidem quando estes mesmos argumentos são levados pela defesa, a saber:

⁶⁰ Verifica-se este discurso no conteúdo dos acórdãos adredemente lançados, ou seja, no corpo da motivação das oito apelações providas nos recursos manejados pelo órgão ministerial..

[...] se despontou versão diferente da sustentada pela defesa, era da competência do Júri escolher entre ela e a acusatória, sem que isso importe em julgar manifestamente contra a prova dos autos.[...]o conselho de sentença deve optar pela versão que lhe parecer mais convincente e que esteja amparada por provas.⁶¹

Desta forma parece-nos que o conselho de sentença alagoano – júri popular – só pode escolher a tese apresentada a julgamento quando esta for da acusação, pois quando for da defesa, recorrentemente, segundo os desembargadores, escolhem sem apoio nos autos, devendo, quase sempre, os réus serem submetidos a novo julgamento. Assim, não se pode dizer que houve equidade nos julgamentos, embora tenha havido a fundamentação retórica e silogística para apoiar o pensamento ainda conservador e distante da realidade jurídica da câmara.

Logo, não se pode deixar de registrar que as decisões judiciais estão guiadas por pressupostos arraigados em conteúdos ideológicos e premissas ocultas que se explicitam nos casos concretos, sendo as normas utilizadas ao talante e ao alvedrio de seu intérprete para a satisfação destes pensamentos.⁶²

Karl Larenz defende que há possibilidade de se conceder ao juiz, de quando em vez, uma certa margem de liberdade na apreciação da causa, julgando segundo critérios de convicção pessoal, exaltando seu caráter salutar. Com isso também comungamos, por entender que a liberdade na interpretação da norma para se buscar a justa aplicação desta aos casos é a concreção da evolução dos sentidos dos textos. O que devemos, sob este ângulo, repudiar, é que esta margem confira à autoridade o poder de interpretar distintamente casos semelhantes, em detrimento das partes que desenvolvem os argumentos postos à sua escolha.⁶³

Ao que se entende, embora nosso texto constitucional tenha optado por um sistema penal e processual penal mínimo, parece que na sua efetividade é utilizado às avessas, ou seja, há todo um esforço para que o processo penal golpeie todos os culpados, mesmo que isso custe punir algum inocente, em frutífera ilusão totalitária do direito penal. Francesco Maria Pagano, citado

⁶¹ Verifica-se este discurso no conteúdo dos acórdãos em desfavor da defesa, já adremente colacionados.

⁶² Sobre o conteúdo ideológico das decisões penais, ver o segundo capítulo da dissertação.

⁶³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.415- 416.

por Luigi Ferrajoli, adverte que a presteza da execução penalógica é um perigoso substituto do processo ante a vontade absoluta de condenar todos os réus, trazendo efeitos funestos para a sociedade.⁶⁴

De se registrar, contudo, atualmente, em face da crise social alarmada com a escalada da criminalidade, o ressurgimento da ilusão *panjudicialista*, ou seja, concebe-se que o direito penal e o direito processual penal sejam os instrumentos exclusivos e exaustivos para aplacarem toda e qualquer infração à ordem social, desde a mais grave conduta delitiva àquela de menor ruptura à tessitura social.⁶⁵

Assim, lançam-se os legisladores a um processo de inflação legislativa criminal, na estéril tentativa de solucionar os conflitos sociais, criminalizando cada vez mais condutas e aumentando os procedimentos criminais que conflitam com o espírito constitucional adrede colacionado. O professor universitário italiano Diliberto Oliviero, em recente artigo acerca do assunto, sustenta que uma sociedade em crise acaba por procurar resposta única na penalização, enfatizando que enquanto se criminaliza tudo nada é criminalizado em face da impossibilidade de o Estado aplicar a todos a pena.⁶⁶

Desta forma, convertidos pela idéia imanente de que toda e qualquer decisão judicial deve primar por um édito condenatório como freio inibidor à conduta delitiva, e assim funcionando como profilaxia social, postam-se os operadores do direito máximo, através de seus argumentos judiciais, a encontrar fundamentos plausíveis, ainda que conflitantes, para abarcar tais decisões.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. São Paulo:RT, 2002, p.85. Esclarecemos que o conceito de direito penal mínimo e máximo ora utilizado vincula-se à teoria do garantismo penal que classifica em máximo ou mínimo não pela produção legislativa na tutela dos bens jurídicos, mas em relação à máxima efetividade da aplicação da pena, ou seja, que todos os acusados sejam condenados, mesmo à custa de algum inocente, ou mínimo, que só os culpados sejam condenados, mesmo com a absolvição duvidosa de algum culpado.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. São Paulo:RT, 2002. p.451.

⁶⁶ No texto original: Una società in crisi non ha risposte di altra natura se non quelle penali, ma, in quanto tutto è penalizzato nulla è penalizzato. E, dunque, la sanzione penale -magari altissima- di fatto non esercita più la deterrenza che dovrebbe avere e che è giusto che abbia - e magari non viene applicata in modo concreto. OLIVIERO, Diliberto. **Lo Stato non può sanzionare penalmente ogni forma patologica**. Disponível em www.criminologia.it/sociologia/sanzione_patologica.htm. Acesso em 23/09/2006 às 17h17m.

Vertendo o estudo para a argumentação judicial que possibilita tal desequilíbrio entre a norma e a decisão, Katharina Sobota conclui seu trabalho acerca das decisões judiciais mediante a utilização do argumento retórico, dizendo serem as normas utilizadas pelos magistrados alusões que podem ser recheadas de informações sobre a realidade social, muitas vezes piores de sentimentos inexpressáveis e com afirmações casuais de valores e realizações igualmente casuais. Neste aspecto, precisamos compreender o pensamento da autora no sentido de justificar, na decisão judicial, a forma de omitir suas premissas para a eleição do conteúdo axiológico das normas, revelando a antinomia entre a racionalidade e a intuição no momento de se exaltar seus fundamentos.⁶⁷

Não obstante, não é isto que analisamos nas decisões judiciais trazidas à colação deste trabalho. Como já dito algures, o que houve foi a interpretação com conteúdo axiológico diverso de princípios orientadores da ciência penalógica e das próprias normas que regulam seus bens jurídicos tutelados, na busca da máxima efetividade penal como remédio à cura da criminalidade progressiva.

Assim, não se pode aceitar, neste prisma, à guisa de valorar um método com um discurso claramente sofista em detrimento de um sistema normativo que busca a justiça, o completo afastamento da aplicação legal, através da vazão meramente sentimental, com valores duvidosos e ideologicamente comprometidos de forma individual, ante a utilização da margem de apreciação que é legitimada ao intérprete .

Destarte, somos forçados a concluir que o discurso judicial das decisões analisadas possui, em seu bojo, conteúdo eminentemente retórico com o fito de justificar a adoção das normas, em sua busca pela máxima criminalização, postas à disposição e ao livre arbítrio de seu intérprete, dotando-as de valores diferenciados dependendo de quem sejam as partes inferidas na relação processual.

Ainda, não poderíamos deixar de relatar que os silogismos pretensamente utilizados, quando não erísticos, são entimemas apropriados a uma racionalidade iníqua distante de um

⁶⁷ SOBOTA, Katharina. **Não mencione a norma**. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. UFPE, n.7., 1995, Recife, p.272.

discurso fundamentado em premissas juridicamente válidas, mas popularmente aceitas e inconscientemente exigidas, em um apelo social maniqueísta a que o Poder Judiciante se curvou em um retrocesso absolutista na aplicação da ciência penalógica. A estes discursos pedimos vênia para rechaçá-los e inquiná-los de nulidade em virtude da afronta constitucional que carregam em seu cerne motivador.

5. Conseqüências jurídicas e sociológicas na divergência de decisões antagônicas a casos análogos

Já verificamos que embora exista, ainda que de forma expressa, a limitação da atividade jurisdicional na interpretação da norma para a garantia de sua aplicação isonômica a casos concretos, tal limite tem sido extrapolado recorrentemente, maculando a incidência normativa e tendo como pano de fundo a retórica erística justificadora de uma pseudojustiça.

As cifras da injustiça e da ineficiência são mostras mais que do suficientes para se provar a assertiva adrede vazada. Não obstante, caberá agora analisar as conseqüências jurídicas e também sociológicas do antagonismo no momento da aplicação normativa a suportes fácticos idênticos ou semelhantes. Para tanto, faremos cortes epistemológicos no campo normativo e sociológico, possibilitando a visão nestes prismas em um quadro comparativo analítico.

Em um primeiro plano precisamos identificar a característica principiológica normativa escolhida pelo legislador para reger o sistema penal, ou seja, se mínima ou máxima, partindo da positivação de conteúdos valorativos que se adequem a um ou a outro critério.

Embora já traçado de forma singela no item anterior que o legislador nacional, adotando também critérios supra-estatalizados, fez franca e clara opção pelo direito penal mínimo, dentro do texto constitucional, precisamos identificar onde se encontra positivada de forma clara esta escolha, estratificando seus axiomas para se provar a assertiva então lançada. Para tanto, precisamos responder à questão crucial que está no conteúdo do que venha a ser o direito penal mínimo.

Entende-se por direito penal mínimo aquele que tem como razão de ser o campo da certeza e da racionalidade, tutelando ao máximo a liberdade dos cidadãos em contraposição ao arbítrio punitivo estatal, delimitando o poder e o potencial punitivo através da intervenção potestativa e valorativa de exclusão ou atenuação de responsabilidade toda vez que houver incerteza quantos aos pressupostos cognitivos da pena, ou seja, sempre que surgir a razoável dúvida da aplicação penalógica mediante seu conteúdo normativo a casos concretos, deverá a autoridade se abster de aplicar o seu poder punitivo, em franco favorecimento ao cidadão.⁶⁸

Dessarte, o direito penal mínimo se preocupa com o conteúdo da certeza para que nenhum inocente seja punido por conta da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune, tratando a pena como efetiva correição do culpado e não do inocente, que traria a este um grau de injustiça e revolta contra o Estado de Direito posto.

O oposto ao sistema mínimo de direito penal é exatamente o seu grau máximo: a procura pelas verdades substanciais de qualquer forma e de maneira ilimitada, buscando a condenação de forma incondicional para a aplicação da pena a qualquer custo, mesmo que seja através de um erro, o que o eleva ao patamar científico de modelo irracional e incerto, entregando ao talante do julgador, e somente a este, o arbítrio da aplicação normativa mediante a utilização de sua sabedoria e do grau de equidade de que seja possuidor. Assim se caracteriza por ausência de limitação potestativa e intervenção de qualquer grau. Seu objetivo é aplacar todos os culpados indistintamente.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, de certa forma, diferenciam o direito penal em efetivo e não efetivo, além de não descuidarem de classificar o direito penal não efetivo como mero exercício de poder. Compatibilizando as duas vertentes teóricas, podemos dizer que o direito penal máximo está para o mero exercício de poder assim como o direito penal efetivo para o mínimo.⁶⁹

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. **Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p.84.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro- Parte geral**. 5.ed. São Paulo: RT, 2004, p.349.

Sendo certo, e não menos importante salientar, que o direito penal efetivo se consubstancia através de sua fundamentação antropológica e não estatal, tendo como primado básico o ser humano como autodeterminante de suas ações e a valoração das condutas humanas de forma não contraditória. Assim, o direito penal mínimo tem a preocupação e a função voltadas para a tutela das condutas humanas, mas atrelando a punição a um grau de certeza e racionalidade que até permite a não-inculpação daqueles contra os quais não se conseguiram arrecadar de forma delimitada indícios de autoria delitiva, preferindo a garantia do cidadão ao totalitário arbítrio punitivo estatal.

Os exemplos normatizados da escolha legislativa pelo direito penal mínimo, em nosso ordenamento constitucional, têm fácil verificação se fizermos uma singela leitura dos artigos que tratam dos direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição Federal, a saber, artigo 5, incisos, XI, XII, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, letras “a,b,c,d”, XL, XLV, XLVII, letras “a,b,c,d,e”, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LXI, LXII, LXIII, LXVI e LXVIII, que se espriam tanto pelo Código Penal Brasileiro quanto pelo Código Procesual Penal, situando, assim, a concepção penalógica nacional. Ultrapassado, através da demonstração empírica de que nosso direito penal é mínimo, ao menos no plano programático constitucional, passemos à análise das consequências jurídicas quando da aplicação desse direito, de forma antagônica, a casos semelhantes.⁷⁰

⁷⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; 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; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LVIII - o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele

A primeira consequência da utilização do direito penal de forma distinta para situações concretas idênticas, em um patamar bem singelo, é a negação da existência do direito positivo como regulador e garantidor da sociedade humana. Expliquemos. Se se positiva uma norma para a tutela de direitos e estes ora são cancelados e ora não o são, mediante o afastamento de sua subsunção ao caso concreto pelo poder judicante, temos que a sociedade não se encontra de maneira segura acautelada pelo sistema normativo, mas sim confiando sempre no arbítrio do juiz, passando o sistema positivado a uma receita meramente usual seguindo critérios inseguros, irracionais e incertos.

Neste diapasão, Hans Kelsen já indagava o por que deveríamos obedecer às leis, chegando à conclusão que a obediência se deve para a validação do direito, que é pressuposto de uma norma fundante a que se agrega a concordância de serem obedecidas para a sua efetivação. Logo, como asseverado algures, a inobservância normativa faz com que sua validade seja questionada e daí, por conseguinte, todo o direito positivado.⁷¹

Outra consequência drástica para a aplicação penalógica distinta, ainda no campo jurídico, é a geração da incerteza dogmática que acaba transformando a norma em mera regra de orientação sem a coercibilidade devida, sendo um dos elos causais da crise sistêmica que assola o atual sistema penal, descampando, no plano sociológico, para a sua inefetividade e transformando o próprio direito em instrumento semeador da injustiça, exatamente a contraposição de sua função filosófico-social.

Karl Larenz sustenta que os tribunais, ao interpretarem o mesmo dispositivo, ora de uma forma, ora de outra, geram efetiva contradição com o postulado de justiça, colocando em risco a

indicada; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; LXVIII - conceder-se-á habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

⁷¹ KELSEN, Hans. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. 3.ed.São Paulo: Martins Fontes, 2001,p.256.

segurança jurídica almejada pela lei. No campo penal, tal prática engendra a ineficiência para se alcançar o seu objetivo programático de controle social.⁷²

Esta crise na ineficiência do direito penal para controlar a sociedade tem laços estreitos com a aplicação de forma diferenciada da norma penal para situações assemelhadas. A consequência é a abissal ruptura, sob o enfoque sociológico, uma vez que cria uma atitude cultural de condutas e posicionamentos distintos em face do direito, além da efetiva crença de que tal ciência é máxima com os pobres e mínima com os afortunados, o que não deixa de causar perplexidade para o sociólogo e para o jurista, que veem a antinomia normativa da mesma ciência em planos opostos para situações semelhantes. Desta forma, passa o direito penal, em seu plano de efetividade, de mínimo para máximo, e vice-versa, dependendo sempre do grau cultural e econômico do sujeito a ser tutelado, o que, em um primeiro ponto teórico dogmático, parece ser inconcebível, ante a positivação da isonomia como direito fundamental.

Não obstante, sobejas demonstrações neste capítulo nos dão conta, até em termos quantitativos e qualitativos, que o plano dogmático está longe de se efetivar no plano sociológico na forma filosoficamente concebida, trazendo, por fim, como consequência última da aplicação normativa de forma distinta, a insegurança jurídica e a certeza de que temos de ousar na busca por um modelo que não deixe órfãos os componentes da sociedade que rogam por padrões jurídicos capazes de garantir a existência social sob os critérios de justiça através da igualdade.

⁷² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed.trad.Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Guldenkian, 1997, p.442.

CAPÍTULO II

A DECISÃO JUDICIAL PENAL – A MOTIVAÇÃO E A IDEOLOGIA NA APLICAÇÃO DA NORMA

1.A decisão judicial penal – uma visão panorâmica de seu conceito, componentes, estrutura, classificação e natureza jurídica, além de seus efeitos políticos e sociais. 2.A racionalidade argumentativa das decisões penais para a aplicação normativa.2.1 – A motivação ideológica nas decisões penais. 2.2- A oscilação e variação das decisões jurisprudenciais conforme a ideologia dos integrantes dos tribunais.3.A jurisprudência e a força vinculante das decisões pretorianas.

No capítulo anterior pudemos extrair de que forma o princípio isonômico tem sido mitigado através das distintas soluções abrigadas nas decisões judiciais quando da aplicação da norma a casos assemelhados. Verificamos que a distância entre a norma penal ou processual penal a ser inserida no contexto da decisão judicial se forma por uma opção da autoridade em amparar suas escolhas em discursos retóricos que mais buscam uma justificativa do que verdadeiramente uma motivação que possa dar um conteúdo semântico unívoco em torno da aplicação normativa, criando, pois, as desigualdades então propaladas.

Caberá neste capítulo exatamente analisar a decisão judicial como instrumento de

controle judicial na aplicação da norma penal, buscando analisar não só a estrutura da sentença que a revela, mas como a formação ideológica do magistrado pode interferir na sua escolha, dando-lhe sentido diverso sempre que esta orientação sofrer a influência de aspectos culturais, sociais ou econômicos diferentes, revestindo o fato social de conteúdo jurídico que será, como poderemos perceber ao longo do estudo, dependente de influências metajurídicas para revelar a precisão deôntica e teleológica normativa.

Como veremos no capítulo 4 desta dissertação, a norma penal só se revela possível dentro do campo jurídico através da sua efetiva aplicação em face da exclusividade estatal do *jus puniendi*. Embora o campo abstrato do fato jurídico comporte o fenômeno da incidência, não temos como reconhecer a completude normativa sem que a autoridade judicial a revele através da decisão. E será a decisão judicial que se revestirá de importância estrutural, formativa e de conteúdo sóciopolítico nesta passagem.

Ainda, ousaremos tentar justificar as variações do conteúdo jurisprudencial em razão de uma análise da composição dos Tribunais Superiores no tocante à orientação ideológica daqueles que dão o sentido e o conteúdo às decisões judiciais. Esta variante contribuirá para demonstrar exatamente a viabilidade e a pertinência de darmos uma nova proposição à teoria da retroatividade, comportando em seu conteúdo a decisão judicial benigna como forma de amenizar, no cenário da ciência processual penal, as desigualdades existentes no momento da aplicação normativa.

Desta forma dividimos o presente capítulo na análise primeiramente estrutural da decisão judicial, passando pelos efeitos sociais e de política criminal, bem como sua compleição jurídica para, aí sim, verificar a influência ideológica das autoridades que possuem o poder de realizá-la na composição, modificação e vinculação de seus conteúdos axiológicos, desenhando os valores ínsitos de forma implícita ou explícita na norma.

1. A decisão judicial penal – uma visão panorâmica de seu conceito, componentes, estrutura, classificação e natureza jurídica, além de seus efeitos políticos e sociais

1.1- Do conceito e sua estrutura

Por decisão judicial denomina-se comumente na doutrina o ato jurisdicional que encerra a ação penal acolhendo a pretensão de uma das partes, através do julgamento do mérito, resolvendo-a em todas as suas etapas possíveis, isto é, da imputação sobre a existência do fato à autoria, perspassando pela adequação e valoração jurídico-penal da conduta.⁷³ Desta concepção comum, podemos dizer que haverá sempre uma parte insatisfeita, total ou parcialmente, pois a decisão judicial não poderá acolher todas as pretensões, por serem embrionariamente antagônicas ou antinômicas, relegando ao juiz um papel decisivo de escolha, pendendo seu poder a beneficiar um lado e trazer a insatisfação a outro. Peter G. Stein relata exatamente esta peculiaridade da decisão ao analisar os julgamentos europeus, a saber, *“an important feature of the judgments of European courts has traditionally been that they produce a winner and a loser.”*⁷⁴

Na seara penal esta disputa tem seu acirramento mais dramático, pois enseja ao juiz o poder de retirar, limitar ou manter um direito fundamental como a liberdade, ou, como ocorre em alguns ordenamentos, este poder recai sobre a vida do condenado. Talvez por isso, por muito tempo, e até hoje ainda, alguns juízes têm explicado e justificado suas decisões como meros repetidores ou reveladores diretos do desejo e vontade da lei, relegando a esta a “culpa” por suas escolhas, voltando assim ao tempo em que o magistrado era considerado a “boca da lei”.

Todavia, não se pode mais deixar de considerar que o poder jurisdicional não está mais jungido a tão-só, ou exclusivamente, aplicar aquilo que a lei exprime de forma mecanicista. François Rigaux adverte que o magistrado precisa apoiar suas decisões em senso de humanidade e ética, utilizando sua sabedoria como condutor na escolha das normas.⁷⁵

Desta maneira, tem se dedicado a doutrina a estudar a extensão e limites do poder jurisdicional no momento da prolatação das sentenças, podendo, atualmente, até registrarmos um caminho direcionado mais para o ativismo jurisdicional em contraposição à passividade do século

⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 4.ed. Belo Horizonte:Del Rey, 2005,p.472.

⁷⁴ STEIN, Peter G. **Judgments in the European legal tradition. In La sentenza in Europa**. Padova: CEDAM, 1988,p.27. Nossa tradução: “Uma importante característica dos julgamentos das cortes européias tem sido tradicionalmente o fato de produzirem um vencedor e um perdedor”.

⁷⁵ RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2003,p.71.

XX, em que víamos a edição de leis como o AI-5 que simplesmente relegava o poder judicante a uma via de controle de atos sociais sem a dimensão de valores constitucionalizados como a liberdade de expressão, locomoção, pensamento etc., diminuindo o poder de influência dos ministros da Suprema Corte do país nos “atos do governo”. Assim, temos que as decisões judiciais tomam novo rumo neste século em virtude da ampliação do espectro do poder dos magistrados.

Teresa Arruda Alvim Wambier busca na etimologia da palavra sentença o sentido de seu conceito, lecionando que a palavra remonta ao vocábulo latino *sententia*, que se originou de *sententiando*, gerúndio do verbo *sentire*, daí porque deduz a idéia de que o juiz, ao sentenciar, declara o que sente.⁷⁶

Surge daí a primeira polêmica interessante no tocante a este exato sentimento do juiz na hora de decidir o conflito de pretensões antagônicas estabelecido na ação. Tal sentimento poderia ser fruto de um desapego total do sentido da norma? Como aferir o sentimento do magistrado de forma que não seja outorgado a ele um poder ilimitado e sem controle na aplicação normativa? Como seria traduzido na sentença este sentimento da autoridade judicial? A estas respostas, o jurista italiano Michele Taruffo adverte que o sentimento do juiz na escolha da norma aplicada seria regrado e limitado pelo dever de motivar a sua decisão, sendo então a motivação o conduto interno da sentença para a justificativa válida e racional deste sentimento, assim expresso em seu textual e original magistério: “*la motivazione non tenderebbe allora a descrivere la formazione della decisione, ma a giustificarla attraverso argomentazioni giuridicamente e razionalmente valide.*”⁷⁷

Talvez daí se explique o trabalho da doutrina em se debruçar tanto sobre a motivação das decisões judiciais como condição de validade da sentença, sendo esta erigida à categoria de garantia constitucional fundamental no ordenamento jurídico nacional (artigo 93, inciso IX, da CF), relegando o sentimento do juiz a um segundo plano que deva ser direcionado e conduzido pela racionalidade na fundamentação.

⁷⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5.ed.São Paulo:RT, 2004,p.21.

⁷⁷ TARUFFO, Michele. **La fisionomia della sentenza in Itália. In La sentenza in Europa**. Padova: CEDAM, 1988.p.184. Nossa tradução: “a motivação não tende a descrever a forma da decisão, mas a justificá-la através da argumentação racional juridicamente válida”.

Todavia, por certo, não é sob esta fórmula lógica que muitos magistrados decidem, vejamos o exemplo do ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello. Diz-se ser o ministro movido pela criatividade e sensibilidade (sentimentos, pois) flexibilizando o manejo das normas, pois primeiro examina o caso concreto, forma sua convicção e só depois é que vai buscar nos textos legais o fundamento para dar vazão ao seu sentimento, motivando-o.⁷⁸

Por isso, ao contrário dos americanos, que se preocupam sempre em saber a orientação ideológica dos julgadores para tomarem decisões acerca de seu comportamento na ação, até para se posicionarem sobre transação, possibilidade de sucesso ou fracasso, ou seja, trazer, em dados concretos, o deslinde da causa, o estudo nacional doutrinário ortodoxo busca minimizar a influência ideológica dos conteúdos decisórios judiciais.⁷⁹

No Brasil, a Nova Escola Jurídica Brasileira, movimento nascido na UnB em 1982, liderado por Roberto Lyra Filho, conhecido movimento acadêmico do “Direito Achado na Rua”, procura combater um dogmatismo exacerbado em detrimento do conceito de uma justiça diferenciada, expurgando a ideologia dogmática que vê no positivismo a legalidade absoluta. Referido movimento concebe que o Direito só pode abarcar normas justas, tentando trazer para o campo normativo a inclusão social advinda do clamor das ruas. Assim não concebe como norma a interpretação do juiz que não acolhe o tratamento igualitário na decisão a casos semelhantes, pois a reputa injusta.⁸⁰

Nosso estudo, portanto, perspassa, mas não se fundamenta, em um prisma ideológico

⁷⁸ CHAER, Márcio. **O arquipélago das onze ilhas. Análise.Juстиça.**São Paulo,p.80-127.

⁷⁹ HALL, Kermitt L. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions.** New York: Oxford University Press, 1999,p.428.

⁸⁰ Assim como exarado por JOSÉ GERALDO DE SOUZA JUNIOR no ensaio sobre o Direito Achado na Rua: “ O processo de amadurecimento teórico da Nova Escola desenvolveu-se, inicialmente, por meio da *Revista Direito & Avesso*. Fundada em 1982 como Boletim da Nova Escola Jurídica Brasileira, esta publicação definiu-se desde logo: "Este boletim chama-se Direito e Avesso porque o discurso jurídico tem o lado direto - científico e filosófico - e um avesso - ideológico . Nosso objetivo é cultivar o primeiro e combater o segundo (lutando, inclusive, contra qualquer vestígio dele em nós mesmos)." No seu primeiro numero, adotando o posicionamento assinado por Roberto Lyra Filho, procuramos assinalar "não adotamos o rótulo de escola por dogmatismo; as nossas conclusões não formam corpo de doutrina a ser engolida como um catecismo. Reconhecemos, tão-só, que, na pesquisa e reflexão, há menos probabilidade de erro, quando empreendidas em trabalho de companheiros associados, formando um vivo entreposto de trocas intelectuais.” Disponível em www.unb.br acesso em 23/09/2006 às 18h41m.

como concebido pela Nova Escola Jurídica Brasileira, ou pelo Direito Alternativo, e longe de tentar ser pioneiro neste sentido, busca analisar de que forma o conteúdo ideológico se comporta na formação da decisão penal.

Buscando justificar como a ideologia dos julgadores tem o condão de mudar os valores e sentidos normativos, empreendemos esforços para balizar a atividade judicial em um sentido igualitário no tratamento interpretativo, o que é curial para o desenvolvimento da nossa teoria. Assim, tentaremos expor qual o limite, ou seja, até onde o poder criativo da autoridade, na sua liberdade de apreciação, importa em violação da igualdade ou não.

Por certo, para darmos completude a este item, que trata de estudar a composição estrutural e física da decisão, além de situá-la no contexto jurídico, não há como entender o sentimento e a motivação como elementos estanques, mas sim interdependentes, até porque não se poderia incentivar que o magistrado pudesse, ao seu alvedrio, julgar com convicção puramente íntima em desapego a uma justificação de natureza objetiva, dando, assim, amplitude e abertura ao arbítrio e a um inúmero contingente de decisões totalmente afastadas de qualquer lastro legal.

Assim, novamente pertinente a lição de François Rigaux: “Sob sua variante mais perversa, essa doutrina apresenta a motivação do julgamento como um raciocínio fictício que lançaria um véu de legalidade sobre uma decisão cuja única fonte seria a consciência, o senso de justiça ou a equidade do magistrado”.⁸¹

Não há como ignorar que a formação ideológica e o sentimento do magistrado dão vazão à escolha normativa que se coloca ao seu poderio decisório. Assim, há que se compatibilizar o “*sentire*” com a lógica formal motivacional que rege a limitação desta íntima convicção, estruturantes que são, pois, da decisão judicial. Neste aspecto, conclui-se que a decisão precisa ser o espelho de uma escolha individual (nas sentenças) ou coletiva (nos acórdãos) da autoridade jurisdicional no tocante ao objeto, à razão, e à norma a aplicar, com elementos que possam identificar de forma lógica como e por que esta escolha fora feita, evitando, assim, o puro arbítrio e o mecanicismo subsuntivo. Esta simbiose identifica, então, a

⁸¹ RIGAUX, François. **A lei dos juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 2003,p.72.

decisão e lhe dá características próprias na aplicação das normas aos fatos concretos passíveis de interferência judicial.

1.2 - Da classificação e da natureza jurídica das decisões

A doutrina se preocupou também em realizar uma classificação das decisões, fazendo-o sob vários critérios, mais precisamente no tocante à sua finalidade, ao seu objeto e em relação ao órgão prolator.⁸² Quanto à finalidade, a classificação das decisões repousa sua hoste genética na seara processual civil que divide em decisões terminativas ou não terminativas do processo, gerando assim sentenças, de caráter terminativo e decisões interlocutórias, de cunho não terminativo.

Desta forma, transplantando o magistério ora vazado para a processualística penal, teríamos como considerar sentença tanto a decisão que indefere liminarmente a denúncia ou a queixa em qualquer das hipóteses permissivas do artigo 43 do CPP, como aquela que aplica o disposto nos artigos 386 e 387 do mesmo diploma legal.⁸³ Como interlocutórias temos as decisões que não possuem caráter terminativo, tais como o (in)deferimento da instauração dos incidentes

⁸² BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006,p.406.

⁸³ Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - o fato narrado evidentemente não constituir crime; II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.Parágrafo único. Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (artigos 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal);Nota: Código Penal, artigos 20, 22, 23, 26 e 28, § 1º.VI - não existir prova suficiente para a condenação.Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz: I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; II - Ordenará a cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas; III - aplicará medida de segurança, se cabível.

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer; II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos artigos 42 e 43 do Código Penal; III - aplicará as penas, de acordo com essas conclusões, fixando a quantidade das principais e, se for o caso, a duração das acessórias; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 6.416, de 24.05.1977)IV - declarará, se presente, a periculosidade real e imporá as medidas de segurança que no caso couberem; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 6.416, de 24.05.1977)V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (artigo 73, § 1º, do Código Penal).

de insanidade e falsidade, entre outros.

O magistério de Teresa Arruda Alvim Wambier infere classificação das decisões em sentenças de mérito e sentenças processuais, sendo as primeiras de ordem a dar provimento definitivo no tocante ao objeto das pretensões materialmente deduzidas em juízo e as segundas seriam aquelas que têm ligação direta com os pressupostos de admissibilidade do processo, negativos ou positivos, e das condições da ação.⁸⁴ Desta maneira, para a doutrinadora, as decisões que indeferem liminarmente o recebimento da denúncia ou a queixa, além de serem consideradas sentenças, teriam caráter de sentença processual, ganhando um contorno mais preciso na classificação em relevo.

Concernentes ao objeto, as decisões podem ser organizadas com a seguinte classificação doutrinária:

I) decisões interlocutórias – a) simples: dirimem questões de mero desenvolvimento e regularidade do processo sem terminarem o feito, nem qualquer fase procedimental. Ex.: decisões que recebem a denúncia ou a queixa, indeferem a produção de prova requerida em sede de fase diligencial etc; b) mistas: decisões com força terminativa, mas sem encerrar juízo meritório, pondo fim a uma fase ou uma etapa processual.Ex.: decisão de pronúncia ou impronúncia nos crimes afetos ao Tribunal do Júri.

II) sentenças – a) absolutórias (art.386 do CPP): decisões de mérito que põem fim ao processo, julgando de forma a julgar improcedente a pretensão punitiva da parte autora, e se subdividem em: a.1) próprias: não há qualquer imposição sancionatória através da decisão; a.2) impróprias: embora haja a absolvição, há imposição de medida de segurança em desfavor do réu; b) condenatórias (art.387 do CPP): acolhem a pretensão punitiva da parte autora, reconhecendo a autoria e a materialidade delitiva, impondo ao réu uma sanção de natureza punitiva; c) decisões definitivas em sentido estrito ou terminativas de mérito: há o julgamento do mérito da causa, mas não encerra juízo absolutório ou condenatório, impondo todavia a extinção do processo com a ocorrência da coisa julgada material. Ex.: declaração por sentença da extinção da punibilidade.

⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades no Processo e da Sentença**. 5.ed.São Paulo:RT, 2004.p.38-39

Interessante registro se faz necessário no tocante à classificação, no sentido exposto, das decisões que homologam a transação penal nos juizados especiais criminais. Seriam elas em relação ao seu objeto, absolutórias, condenatórias ou definitivas em sentido estrito? Há quem sustente não ser qualquer uma destas, sendo tão-somente possuidora de eficácia de título executivo. Outros ainda sustentam ter característica de natureza condenatória imprópria, em face da não-geração de maus antecedentes ou de reincidência.⁸⁵ Não obstante, por serem geradoras de coisa julgada material e impeditivas de encerrar juízo absolutório ou condenatório, entendemos serem decisões definitivas em sentido estrito.

Quanto ao órgão que produz as decisões, podemos observar a classificação doutrinária na seguinte forma:

- a) Subjetivamente simples: decisões que são prolatadas por um juiz singular, tanto em instância inferior como superior, no âmbito dos tribunais, nas matérias em que se admite o juízo monocrático;
- b) Subjetivamente plúrimas: quando produzidas por um grupo homogêneo de julgadores, assim como nas decisões das câmaras ou das turmas dos tribunais que ensejam os denominados acórdãos;
- c) Subjetivamente complexas: quando produzidas por órgãos colegiados heterogêneos, formados por julgadores de espécies diferentes, como acontece com o tribunal do júri, onde a decisão cabe aos jurados e a sentença, ao juiz togado.⁸⁶

A natureza jurídica da sentença envolve também questionamento de relevância no sistema processual em virtude de se tentar identificá-la através de seu conteúdo intuitivo ou lógico, ou seja, será a sentença ato de vontade ou ato de razão, revolvendo a questão estrutural que nos pusemos a identificar no início deste capítulo. Desta forma se põe a doutrina a tentar isolar seu conteúdo valorativo para justificar a natureza de que se reveste o ato decisório, explicando, então, no sistema, do que se trata a atividade final da autoridade judicial que encerra o processo através do poder jurisdicional. E se verifica que há profunda dissonância na

⁸⁵ Nesses sentidos, respectivamente: RT, 813/617 e RT 789/573.

⁸⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006,p.408.

identificação da natureza da decisão, ora pendendo para ato de vontade, ato de racionalidade, ora fruto do ato argumentativo racional. Vejamos.

A gênese deste estudo repousa sua base em seara da processualística civil que nos dá o magistério de Luiz Fernando Bellinetti ao qualificar a sentença como ato jurisdicional magno em virtude de sua suma importância, nobreza e significação, projetando seu efeito para fora do processo e se revestindo simultaneamente como ato de vontade e inteligência.⁸⁷

Alfredo Rocco minimiza a importância de se destacar a natureza em ato de vontade ou de racionalidade, mas enfatiza que o elemento essencial que caracteriza a sentença é seu juízo lógico.⁸⁸ Para Teresa Arruda Alvim Wambier a sentença é ato racional, não precisamente lógico.⁸⁹ Luiz Guilherme Marinoni contesta esta posição afirmando que a racionalidade não é ínsita em si mesma, ou seja, a decisão não é racional por si, mas se mostra racional ou não. Desta forma, sustenta o autor que a racionalidade está na argumentação que fundamenta a decisão, mostrando-se, pois, correta.⁹⁰

Em seara processual penal, Fernando da Costa Tourinho Filho adota a concepção de possuir a sentença natureza binária, por ser um ato de vontade (intuitivo), bem como de inteligência (racional), sem se aprofundar acerca da argumentação tratada por Luiz Guilherme Marinoni, adequando sua teoria à de Alfredo Rocco.⁹¹

Como vimos, não há uma única voz acerca da natureza da decisão judicial, isto em virtude das distintas abordagens doutrinárias que repousam suas análises no poder sobre a escolha da norma a ser aplicada ao caso concreto. Isto porque são estudadas sob vários ângulos, ora sob o relevo de um ato de vontade, ora sob o império do dever de motivar racionalmente a decisão ou sob o aspecto de argumentação racional, para deixar a objetividade da decisão em termos de justificativa da escolha normativa.

⁸⁷ BELLINETTI, Luiz Fernando. **A sentença civil**. São Paulo: RT, 1994, p.86.

⁸⁸ ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milano: Giuffrè, 1962, p.29.

⁸⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades no Processo e da Sentença**. 5.ed. São Paulo: RT, 2004, p.92-93.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Vol.1. São Paulo: RT, 2006, p.122.

⁹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol.4.27.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.252-253.

De toda sorte, podemos concluir que a natureza da decisão está ligada ao ato obrigacional a que se vincula o juiz na atividade decisória, sendo que a intuição, vontade, racionalidade e argumentação, em nossa linha de pensamento, fazem parte desta autoridade que legitima a decisão, estando, pois, corretas as posições aplicadas se entendidas em conjunto e não como um ato isolado e independente, mas como interpenetrantes.

Já se percebe ao longo do desenvolvimento deste capítulo que a decisão judicial penal contém marco teórico identificador com a tentativa, sempre, de se racionalizar as decisões através de argumentos lógicos e objetivos, diminuindo-se, pois, os atos intuitivos da autoridade judicial como maneira de se buscar a correção na aplicação da norma.

Assim, a tônica sobre este binômio - vontade (intuição) e inteligência (razão) - merecerá a análise constante quando se tentar trabalhar a decisão sob o aspecto de validade e legitimidade. Somaremos, contudo, a ideologia a estes aspectos para tentar aproximar a justificativa das decisões que servirão de lastro probante para a nova teoria desenvolvida.

1.3 Dos requisitos da decisão penal - os componentes formais e materiais

Para que a decisão penal se revista de validade e do poder legítimo a produzir seus efeitos desejados no sistema jurídico e se projetar para além dos contornos processuais, trazendo a eficácia sociológica desejada para a qual foi concebida no ordenamento, necessário que obedeça aos requisitos formais que lhe darão conteúdo, forma e substância, a partir da determinação insculpida na legislação processual penal em seu artigo 381, atendendo à garantia fundamental do artigo 93, inciso IX, da Carta Magna, a saber:

Art. 381. A sentença conterá:

I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;

V - o dispositivo;

VI - a data e a assinatura do juiz.

Assim, extraímos da legislação os seguintes requisitos de natureza formal:

- 1) Relatório ou exposição: exige-se do juiz a elaboração do relatório, que não necessita ser extenso, podendo ser sucinto, para se garantir que se tenha conhecimento de todo o conteúdo discutido na ação penal, demonstrando às partes que suas pretensões chegaram ao seu conhecimento e serão submetidas as suas apreciações. A ausência deste requisito macula de forma fulminante a sentença, de forma que se classifica como elemento condicionante de validade essencial da decisão. Registro se faz imperioso, contudo, da dispensa de tal requisito no procedimento sumariíssimo previsto na lei 9099/95, consoante o artigo 81, par.3, de forma a tornar o procedimento célere e conciso, até porque vigora nestes atos o princípio da oralidade.⁹²

- 2) Motivação ou fundamentação: reside na motivação ou fundamentação a alma da decisão, pois como já visto ao longo deste capítulo, a atividade de motivar, além de ser uma garantia constitucional do cidadão, se transmuda em uma delimitação do poder jurisdicional para se evitar o puro arbítrio decisionista, não podendo, pois, ser somente ato de vontade da autoridade. No capítulo anterior tivemos a oportunidade de mostrar que muitas decisões apresentam motivações silogísticas, criando, com isso, desigualdades abissais no tocante aos resultados e às aplicações normativas para situações fácticas semelhantes. Com isso burlam uma garantia de natureza fundamental, trazendo consequências danosas para o direito de liberdade e para o princípio isonômico.

A doutrina muito tem se preocupado com esse aspecto e tem se dedicado de forma substancial acerca do tema. Antônio Magalhães Gomes Filho destaca que a motivação tem natureza de garantia política e processual, sendo a primeira uma forma de assegurar a efetividade de valores essenciais do Estado de direito, dentre estes a participação popular, a soberania da lei, a certeza do direito, a separação de poderes e a supremacia dos direitos

⁹² Lei 9099/95 -Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença. § 1º. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias. § 2º. De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.

§ 3º. A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz. (grifos nossos)

individuais. Como garantia processual, relata que se traduz a motivação como instrumento de se efetivar a apreciação judicial de todas as questões de fato e de direito suscitadas na relação processual, configurando-se também em um requisito formal, como ora abordado em nosso trabalho.⁹³

Sérgio Nojiri destaca a função historicamente endoprocessual da motivação como forma de se aferir se a causa foi devida e adequadamente apreciada pela autoridade judicial, propiciando às partes, mormente a sucumbente, um juízo valorativo acerca da necessidade e da utilidade de se recorrer daquela decisão. Não obstante, essa função meramente endoprocessual evoluiu ganhando o contorno atual de dúplice garantia.⁹⁴

Antônio Scarance Fernandes registra esta evolução como instrumento de efetivo controle de toda a sociedade e não somente das partes acerca da atividade judicial na aplicação da lei, verificando-se a justiça e a correção desta, conferindo, pois, ao Poder Judiciário uma forma de legitimidade política de seu labor mediante o controle social das decisões.⁹⁵

Vertendo para o magistério do jurista italiano Michelle Taruffo, sorvemos também a idéia da dupla função que a motivação exerce na decisão judicial. Segundo a lição extraída de sua obra, a motivação não se mostra somente como uma rigorosa estrutura formal do discurso, mas constitui, também, a ossatura, o esquema para se aferir a racionalidade do juiz.⁹⁶

- 3) Dispositivo: após o relatório e a motivação, seguirá o desfecho da decisão através da parte dispositiva, isto é, a conclusão que conterà o resultado com a condenação ou a absolvição do acusado. Em caso de condenação, a parte dispositiva deverá conter a quantidade de pena, regime a ser cumprido, possibilidade de substituição etc. Em caso de absolvição, se

⁹³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo:RT,2001,p.82-96.

⁹⁴ NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: RT, 1999,29-30.

⁹⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: RT, 1999,p.119-120.

⁹⁶ TARUFFO, Michele. **La fisionomia della sentenza in Itália**. In La sentenza in Europa. Padova: CEDAM, 1988,p.194-195.Conferindo no texto original a lição: “Questo modello non si traduce soolitamente in una rigorosa struttura formale del discorso, che anzi mantiene i caratteri dell’argomentazione discorsiva, ma costituisce l’ossatura, lo schema portante del ragionamento del giudice.”

imprópria, a medida de segurança a ser aplicada etc. É neste momento que se subsumirá a articulação dos tipos penais a serem abrangidos no suporte fáctico reconhecido como existente pelo juiz, sendo cogente a indicação dos artigos de lei que suportam a decisão.

- 4) Autenticação: deverá a sentença conter a data e a assinatura do juiz como forma de lhe dar autenticidade, uma vez que a ausência da assinatura do magistrado faz com que não se reconheça a existência da decisão. A ausência da data, todavia, não a inquinará de nulidade, mas impedirá se computem prazos iniciais para interposição de recurso, decorrência do lapso temporal prescricional etc.

No tocante aos requisitos materiais da decisão penal identificamos exatamente seu conteúdo que deverá conter os seguintes aspectos:

- 1) Lógica: A sentença precisa ser resultado de uma construção lógica e equilibrada entre as partes que a compõem, ou seja, relatório, motivação e dispositivo, de forma a esparcar qualquer dubiedade, contradição e incongruência. A lógica aqui tratada se refere não ao conteúdo meramente semântico da parte dispositiva, mas à concatenação equilibrada das partes que formam o todo da sentença, não podendo esta ser resultado de um conjunto ilógico entre seus componentes.
- 2) Completude: A decisão precisa ser completa, ou seja, há que analisar todas as questões suscitadas pelas partes, de fato e de direito, não podendo o magistrado deixar de apreciar o que lhe foi levado à cognição, sob pena de omissão.
- 3) Racionalidade: Remonta aqui ao cerne material da decisão. A aferição de sua racionalidade, voltando pois a discussão à necessidade de a decisão conter fundamentação dentro de um contexto objetivo e racional. A argumentação racional será motivo de controle da decisão pelas partes, pela sociedade, e característica essencial da própria jurisdição. Neste diapasão, conferimos a devida importância à gênese dessa racionalidade, estudando as várias formas de se interpretar a norma, dissecando, sob este prisma, a

influência ideológica da autoridade judicial para a construção de seu pensamento, que deve ser concatenado em termos não somente lógicos, mas racionais.

Tal classificação é inovadora na doutrina e ora se eleva como um marco importante para o desenvolvimento da nova teoria da retroatividade, pois como dito no início deste capítulo, muito se tem estudado acerca da necessidade de se motivar e fundamentar as decisões, denotando-se como fazer para motivar. Todavia, pouco tem se produzido no tocante à formação ideológica do juiz na formação de seu convencimento e na utilização do preenchimento dos valores sociais, culturais, éticos e morais quando da aplicação das normas.

Karl Larenz desafia a forma da aplicação das normas como um processo mecanicista e subsuntivo através da decisão judicial, valorando o estudo de Josef Esser a este respeito, que entende que a aplicação da lei não é nunca um mero trabalho de subsunção, mas sempre interpretativo, e sob este signo se desenvolve o Direito.⁹⁷

Robert Alexy caminha neste mesmo pensamento, justificando, inclusive, o porquê de tal posicionamento através de quatro motivos, quais sejam: 1) a imprecisão da linguagem do Direito; 2) a possibilidade do conflito normativo; 3) a possibilidade da necessidade de uma regulamentação jurídica em face de não ser cabível nenhuma norma válida existente e 4) a possibilidade de em casos especiais uma decisão contrariar textualmente um estatuto.⁹⁸

A abordagem, todavia, não se resumirá a um contexto expositivo da racionalidade em seu campo argumentativo, mas irá além, pois a demonstração ideológica no raciocínio judicial se mostra de extrema importância para a variação das decisões penais que irão dar cobro à nova teoria. Um exemplo disso foi a declaração de inconstitucionalidade do regime de cumprimento de pena afeto aos crimes hediondos pela Suprema Corte.

⁹⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed.trad.Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.193.

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy editores, 2001,p.17.

Desde a edição da lei 8072/1990 a Suprema Corte sustentou sua constitucionalidade. Com a nova composição de seu pleno, o pensamento acerca deste valor normativo foi diametralmente em sentido contrário, porque em fevereiro de 2006, a corte passou a entender ser o dispositivo inconstitucional. Ou seja, o que mudou? A norma (texto) ou o valor agregado a ela? A norma (texto) certamente que não, pois é a mesma há dezesseis anos. Por certo o valor dado a esta dentro do sistema constitucional, que foi olhado sob outros ângulos e aspectos.

Assim, impossível não se pensar de forma mais ampla após a extração de conteúdos valorativos benéficos na aplicação da norma a casos concretos, como veremos ao longo do estudo, em face de se atender a um conceito de justiça que se modifica com a evolução da humanidade.

1.4 – Dos efeitos políticos e sociais das decisões penais

As decisões penais geram efeitos imediatos na vida social em virtude de serem dirigidas e operacionalizadas para a proteção do corpo social e limitadoras do direito fundamental da liberdade. Desta forma têm o condão de garantir a permanência do cidadão ou determinar seu afastamento, ainda que temporário, da sociedade. Sob este aspecto giram as atribuições do magistrado, que tem em seu poder o arbítrio de se aplicar a lei de forma mais severa, ou lhe dar tratamento mais brando, dependendo da concepção com que olhar para os fundamentos filosóficos ou sociológicos da pena.

Poder-se-ia questionar, sob este aspecto, que a lei, mais uma vez, daria contribuição preponderante para evitar exatamente esse arbítrio no momento de aplicar sanções de cunho condenatório. É lógico que não podemos negar que os valores fundantes da teoria da pena no sistema nacional fizeram franca opção pelo direito penal antropológico, como já demonstrado, acreditando na possibilidade de se ressocializar o ser humano sempre, dando-lhe contornos humanísticos, valorando o caráter progressivo da execução penalógica.

Todavia, não há se negar que existem enormes contrasensos nesta aplicação normativa, e a gênese da crise sistêmica penal encontra seu espaço exatamente no momento de se dar efetividade a estes valores. Assim, mesmo com todos os mecanismos de proteção constitucional, o RDD (regime disciplinar diferenciado), a lei de crimes hediondos, a rigidez com que se aplicam penas inferiores a oito anos em regime fechado, desatendendo a norma do artigo 33 do CPB, como pudemos aferir no capítulo anterior, a automática e sistêmica aplicação da prisão preventiva em detrimento da liberdade, a extensão do prazo da prisão cautelar de forma excessiva, estão presentes e suplantam, cada vez mais, todos os comandos normativos que existem exatamente para frear essas anomalias.⁹⁹

Claro está que o fruto dessas ingerências conflitantes no sistema é origem de um movimento ideológico, chamado “Law and Order”, concebido no direito americano que aponta para um retribucionismo puro que vem ganhando corpo através de um discurso atávico de combater de forma rígida a criminalidade, equiparando, perigosamente, os conceitos de violência e criminalidade como se verdadeiros sinônimos fossem.¹⁰⁰

⁹⁹ Em recente decisão o TJSP, a Primeira Câmara Criminal, através do HC 893.915-3/5-00 que teve como relator o desembargador Marco Nahum, por unanimidade, declarou ser inconstitucional o RDD, criado pela resolução 026/2001 oriunda da Secretaria da Administração Penitenciária, por afrontar valores fundamentais da Constituição como a humanidade na aplicação da pena e o atendimento à sua finalidade maior, qual seja, ressocializar o apenado, além de questionar sua ilegal existência sistêmica, pois consoante se traduz de parte de seu voto, “trata-se de uma determinação desumana e degradante, cruel e que faz ofender a dignidade humana”. Enfatiza ainda em seu voto que a medida é estigmatizante e inocuidadora, própria do Direito Penal do Inimigo, ofendendo o referido regime em inúmeros preceitos constitucionais.

¹⁰⁰Essas são as conclusões da pesquisa realizada por Alessandra Teixeira e Eliana Blumer Trindade Bordini, do IBCCRIM, no tocante às decisões penais executórias em 2002 no Estado de São Paulo. Disponível em www.scielo.br acesso em 23/09/2006 às 17h37m.

1. Pelo que se constata, o sistema de justiça criminal, notadamente enquanto executor da pena, opera na qualidade de aplicador de um *plus* punitivo, ao relativizar ao máximo os direitos previstos em lei para os condenados, adotando uma postura altamente repressiva, revelada pelos ínfimos percentuais de benefícios concedidos.

2. No mesmo sentido, a utilização ideológica dos laudos criminológicos pelo aparelho judicial, na medida em que se tornam efetivamente aproveitáveis tão-somente enquanto importam em não-recomendação pelos benefícios, também dando dimensão do caráter político que tais decisões assumem.

3. Por certo, o caráter ideológico encontra-se presente na atuação dos juízes, sendo impossível conceber que as decisões não reflitam os valores e interesses por eles compartilhados, sobretudo de classe. A imparcialidade, propugnada como um valor para a atividade jurisdicional nos regimes democráticos, pode ser alcançada de maneira aproximada por critérios de maior pluralidade — no recrutamento de juízes e na natureza das decisões — (Zaffaroni, 1995), mas não de modo a produzir um Judiciário neutro, com total ausência da dimensão política em sua atuação. Ainda quando o formalismo jurídico e o apelo extremado à lei são preponderantes, não deixam eles próprios de representar traços de uma filiação política e ideológica por um sistema que não contempla, com absoluta igualdade,

Desta forma vê-se que as decisões penais, de uma certa forma, atendem a estes apelos ideológicos e ganham contornos e efeitos políticos, no sentido de tentar se aplacar com a ciência penalógica a crise de insegurança que assola o país e o mundo em dias atuais, colocando em xeque a própria ciência penal e sua efetividade no campo das respostas sociais que lhe são aguardadas e esperadas por absoluta falta de uma outra política que possa ter eficiência no combate ao crime.

todos os cidadãos.

4. Como bem observou Joaquim Falcão (2001), ao comentar os dados de uma pesquisa realizada junto a magistrados no país, a politização — sobretudo econômica — das sentenças é um valor a ser exigido em uma democracia, denotando a responsabilidade do Judiciário para com os rumos e conseqüências das políticas econômicas adotadas pelos poderes Executivo e Legislativo. A pesquisa revela que os juízes tendem ao formalismo em matéria comercial, de crédito e de locação, mas adotam a flexibilização da lei e dos contratos, na busca de maior "justiça social", quando se trata de matéria trabalhista e de direitos do consumidor, previdenciário e ambiental. No que diz respeito ao universo criminal, contudo, o que se observa é que esta dimensão política remonta à lógica dos já aludidos mecanismos de eliminação de pessoas socialmente "perigosas" pela via da segregação penal, assumindo o Judiciário teses do senso comum e dos setores mais conservadores da sociedade (como o movimento de política criminal "Lei e Ordem") que conclamam a maior punição como meio legítimo de controle social. Esse discurso furta-se, certamente, da reflexão crítica sobre os processos que operam na criminalização de setores menos privilegiados da sociedade — e, conseqüentemente, na imunização de condutas de classes mais favorecidas, como a criminalidade econômica — ou sobre a violência promovida nos cárceres.

5. É sabido, no entanto, que tais medidas de recrudescimento legal e jurisdicional não vêm conseguindo frear a criminalidade. Ao contrário, ao aumentar o contingente das prisões, diante do não -"escoamento" de grande parte desta população confinada, vêm contribuindo para aumentar os efeitos criminógenos do cárcere, o que certamente pode ser corroborado por estudos científicos e pela reincidência observada.

6. O aumento vertiginoso no número de presos — fenômeno observável em todo o país — confronta-se com um cenário de restrições orçamentárias, políticas e administrativas que, obviamente, tendem a dificultar a ocupação e a presença do Estado no interior desses espaços institucionais. Esse vácuo de poder acaba por propiciar que outras formas de exercício do mesmo se realizem a partir da formação de grupos que se constituem através de relações "informais" de mando, estabelecendo códigos específicos que operam com uma normatização própria, por mecanismos punitivos severos e à margem do Estado. Esse processo está certamente na gênese do recrudescimento das organizações criminosas constituídas no interior dos presídios, sendo intrigante ainda o fato de que a história de sua formação acabe remontando a espaços onde justamente o sistema de justiça rege e propaga como mais inflexíveis.

7. No que toca aos projetos de lei atualmente em trâmite no Congresso, é possível concluir que ao estabelecerem o foco de suas propostas no endurecimento legal, responsabilizam o que consideram "modelo legal permissivo" pela falência do sistema, demonstrando assim um grande desconhecimento da realidade, bem como reforçando crenças generalizadas da população e propagadas pela mídia em tal sentido.

Assim, assistimos atônitos à redução ou à limitação dos direitos fundamentais em nome de uma “segurança” insólita que se busca com tentativas estéreis de contemplar a sociedade com mecanismos e instrumentos de combate à criminalidade, tais como o aumento exagerado das penas, a busca constante pela redução da maioria penal, a pena pela retribuição de se pagar um mal com outro etc., como se se pudesse exterminar da tessitura social o crime com uma política criminal desconexa e independente de qualquer outra forma de se combater a exclusão, a discriminação e a marginalização social e econômica.

Eugênio Raúl Zaffaroni contempla o poder punitivo como uma forma seletiva de se criar estereótipos, ampliando, cada vez mais, as discriminações na sociedade, a saber:

El poder punitivo siempre opera selectivamente: se reparte conforme a la vulnerabilidad y ésta responde a estereotipos. Los estereotipos se construyen en relación con imágenes negativas cargadas con todos los prejuicios que contribuyen al sostenimiento cultural de las discriminaciones. Por carácter transitivo, puede afirmarse que la selección criminalizante es el producto último de todas las discriminaciones.¹⁰¹

Logo, como se extrai do estudo do jurista argentino, a imposição destes mecanismos rígidos de controle social surte exatamente o efeito social reverso, daí se explicar o aumento da criminalidade mesmo em razão de toda essa criação legislativa e aplicação normativa através das decisões penais no sentido de se tentar substituir a justiça pela ordem ou pela segurança jurídica satisfativa.

Giovanni Cerquetti analisa o efeito acessório da condenação criminal que estigmatiza, através da ampla divulgação que se dá com a imposição da pena, discriminando e aumentando, ainda mais, o abismo social em que se encontram os condenados, partindo para um caminho quase sem volta de reinserção social, fazendo tábula rasa dos valores fundantes na Carta Magna. Nas palavras do jurista italiano, “*L’effetto stigmatizzante è prodotto, quindi, anche della notizia della condanna ad una pena accessoria e della relativa esecuzione.*”¹⁰² Passa a pena, então,

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **El discurso feminista y el poder punitivo**. Direito Criminal.vol.3.Belo Horizonte: Del Rey, 2001,p.66.

¹⁰² CERQUETTI, Giovanni. **Gli Effetti Penale della Condanna**. Padova:CEDAM, 1990,p.133.

através da decisão penal condenatória, a possuir, além do efeito vingativo e retribucionista, uma marca indelével, tatuando o condenado de forma perene.

Eugênio Raúl Zaffaroni se aprofunda ainda mais quando explica o fenômeno da globalização ante a crise de segurança e o combate vesgo à criminalidade. Diz o professor argentino que enquanto milhões, bilhões e trilhões são desviados em paraísos fiscais, sem qualquer controle penalógico do tipo “lei e ordem”, a sociedade se revolta e se choca contra aqueles que roubam um tênis de marca, assaltam diariamente os mercadinhos, ônibus etc., invertendo-se o mecanismo de controle social. *“Vemos la criminalidad de mercado a escala macroeconómica sin ninguna contención y sus réditos en refugios fiscales conocidos, consentidos y seguros”*, arremata.¹⁰³

Não poderíamos deixar de consignar ainda a observação do jurista argentino no tocante a uma breve consideração criminológica que demonstra de forma clara a incongruência do sistema penal atual em quatorze pontos, a saber:

Em qualquer cidade latino-americana um adolescente ameaça outro com uma arma de fogo para lhe roubar o tênis. 1) O objeto do roubo é fabricado na Ásia por crianças escravizadas; 2) O motivo do roubo não é a necessidade de sobrevivência, mas a elevação de um *status* em virtude da propaganda mundial; 3) a produção escravizada asiática reemprega o trabalho do pai e da mãe do assaltante, despedido em um país pela mesma empresa ou uma subsidiária para reduzir custos produtivos; 4) o pai do assaltado, como pessoa de classe média, pode comprar esse tênis para seu filho porque obtém mais créditos de seu modesto salário; 5) se alegrará quando esse modesto salário lhe permita maior renda; 6) essas rendas aumentarão porque o capital acumulado de todos os salários se reverterá em empreendimentos de maior rendimento; 7) estes empreendimentos aumentam o rendimento mediante a redução de empregos onde os impostos são menores; 8) quanto maior seja a pequena renda do pai da vítima, menores serão as oportunidades de trabalho futuro da própria vítima do roubo e maiores as chances que os assalariados da classe média tenham netos que sejam filhos de desempregados; 9) os menores impostos reduzirão a inversão social e seus netos terão menos oportunidades de saúde e educação que o próprio assaltante; 10) não será raro que o pai da vítima exija pena de morte, menos garantias e mais medidas policiais diretas rígidas (matando os assaltantes) e que vote em políticos que prometem tais recursos; 11) esses políticos terminarão desviando a pouca

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones d la política criminal**. Direito Criminal.vol.1.Belo Horizonte: Del Rey, 2000,p.16-20.

atenção social do sistema penal para um clientelismo (corrupção) e reduzindo ainda mais as chances dos netos dos assalariados; 12) as polícias serão mais arbitrárias, mais corruptas e permitirão maior contrabando do mercado negro de armas, gerando mais violência; 13) uma maior corrupção do sistema pena determinará que suas próprias agências executivas se convertam em engrenagens da organização criminal ou em administradoras em suas zonas de operações; 14) isto aumentará as chances de vitimização através de seqüestro do próprio assalariado e a conseqüente perda de seu capital.¹⁰⁴

Essa cena não é estranha. Basta lançar a atenção necessária ao contexto do cotidiano do cenário urbano atual no Brasil. A agravar toda essa ruptura cultural, vem a decisão penal, cogente pela imperatividade da lei, rígida pela exigência social caótica, estigmatizante pela pecha marginalizante que se funda em caráter acessório da condenação, retribucionista porque desmesurada e sem a visão humanista necessária, sem a visão de sua real inefetividade no tocante ao seu cumprimento digno e ressocializador, e transforma o condenado em um marginal social e cultural desprovido não só da liberdade, mas de todo e qualquer outro direito fundamental.

Continuando com o pensamento de Eugênio Raúl Zaffaroni, verifica-se que em pleno século XXI, mergulhado em uma crise ideológica sem precedentes, ante uma globalização que assola e devasta conceitos, mistura sistemas e traga ordenamentos jurídicos e sociais, busca-se com uma simples “penada” resolver toda a crise engendrada pelo abismo da desigualdade social e econômica, com uma ideologia oitocentista e uma prática de um ativismo judicial na tentativa de combater o crime. Em um quadro comparativo encontramos na literatura de Miguel de Cervantes a figura do Dom Quixote que combate os moinhos de vento na nobre justificativa de estar realizando obra de intrépida justiça.

Com certeza, a visão do cenário criminal atual caminha para um caos atemorizador quando se perquirem os fundamentos teleológicos da decisão penal e sua função fora do ordenamento jurídico, contextualizando-a com seus efeitos políticos e sociais. Logicamente que esta crise não tem sua gênese na atividade judicial, mas tem se escorado, e muito, nela, pois também contribui de forma substancial para gerar estereótipos, estigmatizar e discriminar.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal**. Direito Criminal.vol.1.Belo Horizonte: Del Rey, 2000,p.19-20.

As desigualdades sociais, econômicas e culturais são multifacetárias, mas a desigualdade na aplicação normativa, através da decisão penal, tem gênese no poder conferido à autoridade judicial, e a distinção de resultados para casos assemelhados desprestigia, não legitima e traz ainda mais a sensação freqüente de que a justiça criminal só foi feita para punir os pobres, desvalidos e excluídos.

2. A racionalidade argumentativa das decisões penais para a aplicação normativa

Analisados os efeitos das decisões penais, em suas esferas política e social, necessário se fazer uma incursão ao requisito material de seu conteúdo no tocante à sua racionalidade, a fim de que se possa encontrar o ponto de equilíbrio para a justificativa de tantas incongruências e respostas diferentes para o mesmo problema apresentado. Como verificaremos, a racionalidade busca evitar a ocorrência da variação de conceitos que, longe de onímodos, por muitas vezes são antitéticos e deságuam em soluções distintas para o mesmo problema.

Assim, não há como negar a influência da formação ideológica da motivação que tenta, ainda que racionalmente, justificar as escolhas normativas e o preenchimento de seus conteúdos axiológicos. O que se deseja com essa análise é proporcionar que estas decisões penais, quando benignas, possam servir de paradigma para alterar a situação jurídica que fora julgada de forma diferente, obedecendo, pois, ao tratamento igual a todos os cidadãos na lei, como pudemos observar no primeiro capítulo. Passemos então à análise da racionalidade na argumentação judicial das decisões.

Assente que as decisões judiciais devem ser fruto de uma operação que orbita no campo da razão, mormente no que tange às suas escolhas e interpretações dos textos legais, demonstrando de forma objetiva de que modo o julgador chegou à conclusão traduzida em sua decisão, não se pode negar que os processos de racionalização estão intrinsecamente ligados aos métodos de interpretação. A justificação então passa a ser ato intelectual, atividade cognoscitiva, ao menos o seu resultado deve assim aparentar.

Patrick S. Atiyah, justificando as decisões judiciais inglesas, relata que estas contêm grande substância racional, donde se aquilata como os juizes chegaram àquelas conclusões, mas como se afere este processo de racionalização é objeto de fascínio, ou seja, o processo intelectual para se alcançar essa racionalidade.¹⁰⁵

Luigi Ferrajoli sustenta que a motivação tem natureza de validade processual, alçada em contorno principiológico garantista, assegurando que se lhe possa controlar a legalidade e o nexo do convencimento do juiz através da análise das provas. Arremata o jurista italiano que a motivação é “o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária”.¹⁰⁶

Robert Alexy se preocupou em desenvolver teoria em que pudesse esse processo de justificação também apresentar cunho racional, ou seja, partindo da argumentação para a justificativa do próprio processo em si, tentando evitar, assim, que as escolhas interpretativas estivessem alijadas de um ato cognoscitivo, intelectual, racional. Justifica esta teoria dentro da dificuldade que o julgador possui em virtude dos inúmeros cânones de interpretação do texto normativo colocado à sua disposição, além da ausência hierárquica entre estes. Cita os elementos gramaticais, lógicos, históricos e sistemáticos da interpretação, interpretação conforme, teleológica, axiológica etc. e arremata serem tais regras insuficientes para a justificação dos julgamentos jurídicos.

Sustenta, pois, como saída para uma teoria da argumentação racional, em vez de um sistema de justificativas, a utilização de um sistema de proposições de onde se retirariam as premissas normativas necessárias para os propósitos da justificação, criando regras propositivas do discurso racional como forma de tentar justificar a argumentação jurídica, senão vejamos tais proposições:

Regras da razão:

¹⁰⁵ ATIYAH, Patrick S. **Judgments in England. La sentenza in Europa**. Padova: CEDAM, 1988, p.145-146. Conforme texto original: “It is, of course, very well known that the English judgment is often a long and full piece of reasoning. It does not consist simply – like the French judgment, for instance – of conclusions of law, but it also contains a very full account of the reasoning by which the judge arrives at his conclusions. The actual process by which a judge reaches his conclusions on the law has, of course, long been source of fascination...”

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p.497-498.

- a) Todo falante deve, quando lhe é solicitado, fundamentar o que afirma, a não ser quando puder dar razões que justifiquem a recusa a uma fundamentação;
- b) Quem pode falar pode participar do discurso;
- c) Todos podem problematizar qualquer asserção;
- d) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso;
- e) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades;
- f) A nenhum falante se pode impedir de exercer, mediante coerção interna ou externa ao discurso, seus direitos fixados em “b” e “c”.¹⁰⁷

Manuel Atienza critica a teoria traçada por Robert Alexy por entender que embora tenha solucionado o “dilema de Münchhausen” - que surge quando se pretende fundamentar uma proposição por meio de outra proposição - , não importa em uma correlação de correção, isto é, o fato de o resultado a que o juiz chegou ser racional não significa que esta decisão esteja correta. E isto porque as regras racionais não se referem apenas às proposições, mas também ao comportamento do falante (neste caso o juiz), significando, pois, que além de semânticas, tais regras são pragmáticas.

Manuel Atienza ainda enfatiza que a teoria do discurso racional não seria outra coisa senão mais um método jurídico interpretativo, até porque transmutando para o discurso jurídico a teoria se torna descritiva. Apoiando-se em Gianformaggio, traça mais um problema na teoria de Robert Alexy, que seria a vinculação entre o discurso racional e o processo, positivando este último de forma incongruente com o sistema de normas. Problematiza também no tocante à teoria de Robert Alexy referente aos casos fáceis e casos difíceis, que diz não haver uma resposta única para estes últimos, mas lembra Manuel Atienza que por muitas vezes há os casos trágicos que só se resolvem ferindo o ordenamento jurídico. Por fim, a crítica se faz no tocante à vinculação conceitual entre Direito e Moral, reconhecendo a decisão judicial injusta como norma jurídica, mas que padece de imperfeição. Para Atienza a moral deveria fazer parte de um discurso ético que impedisse pudesse a decisão ser considerada não valiosa para a solução proposta.¹⁰⁸

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy editores, 2001, p.18-19 -189-190.

¹⁰⁸ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito. Teorias da argumentação**. 3.ed.São Paulo: Landy Editora, 2003, p.201-205.

Como se pode ver, mesmo tentando criar um processo, um método de racionalidade, não podemos fugir de duas premissas que são fundamentais na crítica feita por Manuel Atienza. A tentativa de se criar uma regra racional transformou a teoria em mais um método descritivo de interpretação, e outra, a vinculação da moral ao discurso torna-o sem uma racionalidade pura, pois esta pode ser reflexo de variantes culturais, éticas, sociais, que acabariam por relegar a racionalidade a um subjetivismo empírico sem justificação em dados objetivos concretos.

Não podemos negar, contudo, que a decisão judicial atende à racionalidade como requisito material de sua existência no que tange a uma justificação objetiva que tende a legitimá-la, mas não há também como negar que essa busca racional vem antecedida por uma visão ideológica heterogênea das autoridades judiciais quando da motivação racional na escolha e no preenchimento do conteúdo axiológico das normas. Mesmo que positivássemos o discurso racional como norma a ser seguida pelos julgadores no momento de justificar suas aplicações normativas, não evitaríamos que as decisões contivessem uma carga emocional e ideológica. Assim a lição do professor Stamford: “Com isso a experiência de confiar aos códigos critérios às decisões judiciais não evita decisões esdrúxulas, como assistimos com o sistema jurídico napoleônico e com os ideais da escola da exegese e do formalismo jurídico”.¹⁰⁹

Mauro Cappelletti, apoiando-se na doutrina de Piero Calamandrei, ensina que:

A motivação verdadeira, real e efetiva de uma sentença não tem origem na considerada ‘parte motora’ da pronúncia do juiz, encontra-se, sobretudo, no vinco oculto – mais ou menos oculto – do ânimo do juiz. O sentimento do juiz: a simpatia, a antipatia por uma parte ou por uma testemunha; o interesse, o desinteresse por uma questão ou argumentação jurídica; a abertura a um tipo evolutivo, histórico, sociológico de interpretação das leis, em detrimento da interpretação rigidamente formal; o interesse ou desinteresse diante de uma complexa situação fática, - e assim por diante discorrendo. Sentimentos: afetos, tendências, ódios, rancores, convencimentos, fanatismos; todas as variações desta realidade misteriosa, maravilhosa e terrível que é o espírito humano, reflete com ou sem zelo as ricas linhas frias, ordenadas, compostas, dos repertórios da jurisprudência: paixões desencadeadas, paixões recolhidas, ternuras, temores, - nas estantes mofadas das secretarias dos tribunais.¹¹⁰

¹⁰⁹ STAMFORD, Artur. **Decisão judicial. Dogmatismo e empirismo**. Curitiba: Juruá, 2000, p.114-115.

¹¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo ed Ideologie**. Bologna: Il mulino, 1969, p. 4. Conforme texto original; “la motivazione vera reale effettiva di una sentenza, non è affatto espressa poi nella cosiddetta ‘parte motiva’ della pronuncia del giudice, ma si trova piuttosto nelle pieghe nascoste – piú o meno nascoste – dell’ animo del giudicante.

Portanto, inegável que a intuição e a formação ideológica, além de outros componentes de caráter extraordinário, tais como repercussão popular e pressões midiáticas, influenciam na composição da decisão judicial quando da aplicação normativa.

2.1 – A motivação ideológica nas decisões penais

“...a ânsia de ‘sistematizar’ a todo custo pode às vezes induzir os juristas, sem exclusão dos maiores, a utilizar na representação da realidade, técnicas que confinam perigosamente com a fotomontagem”. Nesses termos José Carlos Barbosa Moreira defende o estudo ideológico da motivação da decisão judicial, compreendendo a observação para além de uma estética plástica da decisão e uma aproximação aos ideais de justiça.¹¹¹

Sob um aspecto teórico, diz-se que o silêncio ideológico das decisões judiciais não tem sido abordado em virtude de desequilíbrio, incerteza, parcialidade e desigualdade que revelaria em detrimento da certeza do texto jurídico, que ao menos garante formalmente a imparcialidade, a igualdade, a neutralidade judicial, a certeza e a segurança de que as decisões são exatamente reflexos da vontade da norma positivada.

Por certo, nenhum magistrado traz no âmbito de suas decisões razões ideológicas que o levaram a adotar aquela concepção, isto é, a acreditar mais em uma testemunha do que em outra, a desacreditar as palavras do réu, a adotar como suas, sistematicamente – como visto no capítulo anterior –, as posições do representante do Ministério Público etc. Ao revés, admite estar operacionalizando sua decisão sob o contorno e o desenho dogmático da norma e do texto

Il sentimento del giudice: la simpatia, l’antipatia por una parte o per une testimone; l’interesse, il disinteresse per una questione o argomentazione giuridica; l’apertura ad un tipo evolutivo, storico, sociológico d’interpretazione rigidamente formale; l’interesse o il fastidio fronte a una complessa vicenda di fatto, - e così via discorrendo. Entimenti: affetti, tendenze, odi, rancori, convincimenti, fanatismi,; tutte le variazioni di questa realtà misteriosa, meravigliosa, terribile ch’è l’animo humano, riflesse con o senza veli tra le righe fredde allineate composte dei repertori della giurisprudenza: passioni scatenate, passione raccolte, tenerezze, tremore – negli scaffali ammuffiti delle cancellerie dei tribunali.”

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Conteúdo e efeito da sentença. Variações sobre o tema**. vol.35. Porto Alegre: Ajuris, 1985, p.204-208.

normativo, eximindo-se de qualquer responsabilidade quando a lei representa exatamente sua vontade.

Não obstante, exercita de todo poder retórico para driblá-la assim que discorda de seus valores. Exemplo disso é o número ínfimo de *habeas corpus* concedido pelos tribunais, mesmo quando a norma constitucional fez franca opção pela liberdade e a prisão como exceção no sistema processual penal cautelar.¹¹²

E tudo isso ocorre através de um processo plástico e perfeito obedecendo a todos os critérios e requisitos formais da decisão, bem como aos materiais, ainda que se utilizando de métodos retóricos duvidosos ou apresentando algum traço de racionalidade argumentativa reprovável. Não se tem questionado a validade destas decisões, mas a justiça delas. Por que a mesma norma é aplicada em tantos quantos sentidos se compõem o direcionamento ideológico dos juízes e dos tribunais, e por que a lapidação desta norma em sentido mais benéfico não pode atender ao valor do direito penal mínimo?

Karl Larenz, sob este aspecto, sustenta que as máximas usadas pelo juiz para resolver um caso concreto precisam ter validade para os casos similares. Desta forma, as decisões penais, motivadas ideológica e ou racionalmente, desde que benignas na revelação do texto normativo, precisam servir de parâmetro para a aplicação a todos os casos semelhantes, mormente àqueles

¹¹² Em recente coleta de dados junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, coletamos 100 (cem) julgamentos sobre ações de *habeas corpus*, entre as datas de 11/04/2006 e 18/07/2006, com os seguintes resultados: **Ordens denegadas: 62 (sessenta e duas)** – foram as seguintes ações denegadas – em **11/04/2006**: 2005.3037-6, 2005.2983-0, 2006.578-5, 2006.415-4, 2006.248-0, 2006.552-7, 2006.137-8, 2006.390-1;

em **25/04/2006**: 2006.703-3, 2006.600-0, 2006.620-6, 2006.505-3, 2006.426-4; - em **02/05/2006**: 2006.696-9, 2005.2947-6, 2006.515-6; em **09/05/2006**: 2006.849-9, 2006.0058-9, 2006.779-6, 2006.800-4, 2006.612-7, 2006.526-6, 2006.722-2; em **16/05/2006**: 2006.472-1, 2006.847-5, 2006.850-9, 2006.386-0, 2006.899-4; em **23/05/2006**: 2006.912-3, 2006.929-5, 2006.836-5; em **30/05/2006**: 2006.905-1, 2006.328-6, 2006.848-2, 2006.919-2, 2006.1008-5, 2006.865-7; em **06/06/2006**: 2006.956-3, 2006.957-0, 2006.846-8, 2006.964-2, 2006.943-9, 2006.1067-6, 2006.958-7; em **20/06/2006**: 2006.974-5, 2006.1028-1; em **04/07/2006**: 2006.1056-6, 2006.1042-5, 2006.1250-8, 2006.1172-6, 2006.1114-2, 2006.1254-6, 2005.3101-7; em **11/07/2006**: 2006.1242-9, 2006.1183-6, 2006.1191-5, 2006.913-0; em **18/07/2006**: 2006.1253-9, 2006.1252-2, 2006.542-4, 2006.1243-6, 2006.637-8. **Ordens concedidas: 16 (dezesseis)** - em **18/04/2006**: 2006.196-9, em **02/05/2006**: 2006.462-8, 2006.525-9, 2005.2814-4; em **09/05/2006**: 2006.126-8, 2006.683-5, 2006.719-8; em **16/05/2006**: 2006.471-4, 2006.663-9; em **23/05/2006**: 2006.759-0, 2006.437-4; em **30/05/2006**: 2006.1017-1; em **20/06/2006**: 2006.0014-9, 2006.1107-0; em **18/07/2006**: 2006.1180-5. **Ordens julgadas prejudicadas: 20 (vinte)**: 2006.377-4, 2006.376-7, 2006.546-2, 2006.553-4, 2006.666-0 em 11/04/2006; 2006.170-1, 2006.596-7 em 18/04/2006; 2006.464-2, 2006.621-3 em 09/05/2006; 2006.291-6, 2006.245-9 em 16/05/2006; 2006.876-7, 2005.3091-2, 2006.186-6 em 23/05/2006; 2006.851-6, 2006.1136-2 em 13/06/2006; 2006.1135-5 em 20/06/2006; 2006.1556-6 em 18/07/2006. **Ordens não conhecidas: 02 (duas)**: 2006.724-6 em 25/04/2006; 2006.760-0 em 23/05/2006.

que foram tratados com outro rigor, atendendo a preceitos ideológicos diversos do garantismo penal.¹¹³

Assim, mais do que necessário o enfrentamento deste silêncio inquietante, que é a formação ideológica para a composição das decisões, e a escolha das normas aplicáveis, construindo um estudo que possa romper com a plasticidade formal e o pseudoprocesso mecanicista subsuntivo, do qual sabe-se não ocorrer sem uma carga intuitiva, psicológica e sentimental da autoridade, e embrenhar para a discussão acerca dos valores da decisão justa em vez da “correta”.

No dizer de Rui Portanova:

Para que exista um processo justo, não basta um juiz imparcial, falta ainda que estas partes encontrem em si condições de paridade não meramente jurídica (meramente teórica), mas que exista entre elas uma efetiva paridade prática, o que quer dizer paridade técnica e também econômica. Não basta a lei falar em igualdade dos cidadãos se estes não estão em condições de se servir, em igualdade de condições, daquele complexo e custoso instrumento que é o processo.¹¹⁴

Logo, urge que se quebre o paradigma de que a decisão correta é aquela que seguiu irretorquivelmente regras formais, seja em termos da formação de seu conteúdo discursivo racional, seja em seu resultado igualmente racional, e que a mesma não é dotada de cargas axiológicas que são impregnadas pelas autoridades, e que estas vivem sob um manto ou sob um véu de neutralidade absoluta. Tais assertivas seriam vesgas, por que não dizer cegas, em contraposição com a realidade e com a própria essência das decisões.

Não há como deixar de reconhecer que as decisões judiciais são fruto de obra também de parcialidade, uma vez que a neutralidade positivada é inexistente nos seres humanos que recebem carga de informação familiar, religiosa, escolar, econômica e cultural distintas e sempre heterogêneas. Os juízes não são pessoas diferentes das outras: possuem sentimentos por um time,

¹¹³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed.trad.Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Guldenkian, 1997, p.327.

¹¹⁴ PORTANOVA,Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003,p.59.

por um esporte, por partidos políticos, por determinado tipo de música, literatura, filmes etc. assim, encontram-se no contexto social da mesma forma que qualquer outro cidadão.

Seguir um padrão normativo do texto legal não quer dizer que lhe retire estes valores, ao revés, irá buscar na lei o conteúdo que possa exprimir exatamente tais cargas axiológicas, por exemplo, veja-se o conteúdo aberto do conceito de “ordem pública” para efeito de decreto de prisão preventiva, instrumento capaz de restringir, de forma cautelar e sob o manto da inocência processual, a liberdade do réu que responde a processo-crime apenado, no mínimo, com reclusão. Extraímos dois julgamentos feitos pelo Superior Tribunal de Justiça, na mesma data, a saber, 13.3.2006, só que um deles fora julgado pela 5.a Turma e o outro pela 6.a Turma, acerca da motivação da prisão preventiva em relação à ordem pública. Vejamos seus extratos decisórios:

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER, TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E SEQÜESTRO QUALIFICADO – PRISÃO PREVENTIVA – POLICIAL MILITAR – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM DENEGADA – 1. A gravidade do crime, aliada aos motivos e às circunstâncias do delito, quando praticado com frieza e de forma premeditada, com emprego de violência exacerbada, demonstrando periculosidade e revelando absoluto desprezo pelas normas que regem a vida em sociedade, autorizam a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Precedentes. 2. Justifica-se a dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, aplicando-se o princípio da razoabilidade, quando a demora não é provocada pelo juízo ou pelo ministério público, mas decorre da complexidade do feito, em razão do elevado número, da gravidade e engenhosidade dos crimes. 3. Por fim, conforme pacífico magistério jurisprudencial, eventuais condições pessoais favoráveis não implicam direito à liberdade provisória, quando a prisão encontra-se fundamentada no art. 312 do Código de Processo Penal. 4. Ordem denegada. (STJ – HC 200501430974 – (47372 PE) – 5ª T. – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJU 13.03.2006 – p. 00347) JCPP.312

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I, II E V, C/C 70, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA – ORDEM CONCEDIDA – 1. A manutenção preventiva no cárcere, por ser medida excepcional que restringe a liberdade individual, em face da presunção de não-culpabilidade, exige a devida fundamentação calcada em elementos concretos que indiquem a necessidade da custódia cautelar. 2. In casu, o indeferimento da liberdade provisória teve por lastro, unicamente, a gravidade do delito, deixando a

fundamentação de contemplar qualquer outra situação capaz de justificar a manutenção da prisão processual do paciente para a garantia de ordem pública. Precedentes. 3. Ordem concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida. (STJ – HC 200500991405 – (44953 SP) – 6ª T. – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – DJU 13.03.2006 – p. 00379) JCP.157 JCP.157.2.I JCP.70 JCPP.312

Como se verifica das decisões do mesmo tribunal – STJ –, mas com turmas diferentes e relatores distintos, a gravidade do delito foi o cerne tanto para conceder uma ordem quanto para denegar a outra, servindo de lastro para justificar ou não a ordem pública. Ora, o que dizer sobre tais disparidades? Tentou justificar de forma retórica o ministro que denegou a ordem, relatando que “a gravidade do crime, aliada aos motivos e às circunstâncias do delito”, serviriam de suporte para lhe retirar a liberdade, não obstante, tais argumentos não seriam idôneos, pois tais situações já são punidas pela própria construção do tipo penal, porém, serviram, também, para manter o réu preso. Já o outro julgamento nem sequer levou em consideração a questão da gravidade do crime como suporte suficiente para a manutenção da custódia cautelar.

Não obstante, vejamos uma outra decisão, datada do mesmo dia, realizada pela mesma 5.a Turma do STJ que denegou o *habeas corpus* anteriormente citado, pois poderia o leitor mais crítico e observador verificar que se trata de decisões acerca de julgamentos envolvendo tipos penais diferentes. Não obstante, vejamos com tipos penais iguais, mas desta feita relatado por um outro ministro, a saber:

CRIMINAL – HC – HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADOS E TENTADOS – INCÊNDIO – FORMAÇÃO DE QUADRILHA – PRISÃO PREVENTIVA – PRONÚNCIA – AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO – PROVA DA MATERIALIDADE E AUTORIA – GRAVIDADE DOS DELITOS – CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA – COMOÇÃO SOCIAL – CLAMOR PÚBLICO – MOTIVAÇÃO INIDÔNEA A RESPALDAR A CUSTÓDIA – SUPOSTA FUGA – INCERTEZA A RESPEITO DA REITERAÇÃO DELITIVA – MERAS CONJECTURAS E PROBABILIDADES – INSENSIBILIDADE FAMILIAR – CUNHO CAUTELAR NÃO VERIFICADO – NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA – ORDEM CONCEDIDA – Hipótese em que, revogada a prisão preventiva do paciente por meio de *habeas corpus* impetrado perante esta corte, o magistrado singular exarou novo Decreto

prisional, confirmado pela pronúncia e pelas impetrações originárias. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados ao paciente, bem como do grau de intensidade e grandeza das lesões supostamente cometidas, a existência de prova da autoria e materialidade dos crimes, a credibilidade do poder judiciário e o clamor público e comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto. Aspectos reproduzidos pelo segundo Decreto prisional, sem vínculo a aspetos concretos, que não servem para embasar a prisão do paciente. A justificativa de que a custódia do acusado é necessária para garantia da ordem pública em razão do clima de tensão e insegurança que permeia o local do infortúnio não se sustenta, pois a prática criminosa, em si, já é suficiente para intranqüilizar a sociedade. Não há qualquer menção, no Decreto prisional, na pronúncia, ou nos acórdãos confirmatórios da medida constritiva, de circunstâncias concretas indicativas de que a liberdade do paciente seria a causadora do clima de tensão e insegurança, pois sequer há notícia de que o paciente tenha retornado ao local. A nova custódia foi imposta ao paciente já depois do encerramento da fase instrutória – Motivo pelo qual não se configura a necessidade da prisão para conveniência da instrução criminal, não tendo sido feita qualquer ressalva pelo decisum de pronúncia ao fato de o paciente não ter sido encontrado para ser preso. Se o réu permaneceu na propriedade familiar desde a concessão da liberdade até ser localizado pela polícia federal, não se mostrando ausente em nenhum ato processual, até porque a instrução já estava encerrada, não se evidencia a sua intenção de se furtar à aplicação da Lei Penal. O Decreto prisional carente de adequada e legal fundamentação não pode legitimar-se com a posterior fuga do paciente, o qual não deve suportar, por esse motivo, o ônus de se recolher à prisão para impugnar a medida constritiva. Ainda que verdadeira a condição do paciente, no momento de sua prisão, de foragido da justiça, não pode o tribunal a quo suprir a deficiência de fundamentação da decisão monocrática, se a verificação concreta de evasão do réu não constituiu motivação do Decreto prisional no momento em que foi prolatado e mantido pela pronúncia. Precedentes do STF e STJ. A insensibilidade da família do paciente quanto a mortes ocorridas por ocasião do conflito entre os trabalhadores rurais e os empregados da fazenda não podem constituir fundamento capaz de respaldar a prisão preventiva. Ao paciente não pode ser imposta prisão cautelar em razão dos sentimentos de seus familiares, pois tal consideração não possui traços de cautelaridade, não configurando, portanto, quaisquer dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Conclusões vagas e abstratas no sentido de que o réu, "solto, não transmite a certeza de que não voltará a delinquir, motivo suficiente para legitimar o sacrifício provisório de sua liberdade individual para garantia da ordem pública", sem vínculo com situação fática concreta, efetivamente existente, consiste em meras probabilidades, conjecturas e suposições a respeito do que o acusado poderá vir a fazer, caso permaneça solto, motivo pelo qual não podem respaldar a medida constritiva. Precedentes do STF e do STJ. Devem ser cassados os acórdãos recorridos, bem como o Decreto prisional, para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não

estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta. Ordem concedida, nos termos do voto do relator. (STJ – HC 200501809542 – (49352 MG) – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 13.03.2006 – p. 00352) JCPP.312

Ora, o que dizer agora das antinomias da mesma turma, sob o mesmo aspecto típico, e que foi julgado na mesma data? A única diferença são os relatores. Poder-se-á dizer que na esfera criminal cada caso é um caso distinto, não obstante o que gerou a prisão ou não dos acusados foi se a gravidade do delito e suas circunstâncias eram capazes ou não de acautelar o meio social através da ordem pública. E as respostas foram díspares neste sentido. Qual o motivo para isso? Com certeza está calcado em ideologias mais repressoras ou mais liberais. Caso haja uma ideologia circumspecta tendente ao movimento “lei e ordem”, a prisão será imperativa e o magistrado irá aplicá-la sempre; ao revés, irá aplicá-la de forma restritiva outro magistrado que tenha ideologia firmada no garantismo.¹¹⁵

Não há como discordar da doutrina que aponta para uma direção mais justa, mais honesta e mais correta se os cidadãos soubessem, em relação aos magistrados, de seus pontos de vista, suas ideologias, pois estariam todos mais bem informados das razões de decidir sob determinados

¹¹⁵ Confirmam outras decisões acerca deste aspecto:

HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTAÇÃO – GARANTIAS DA ORDEM PÚBLICA E DA EFETIVA APLICAÇÃO DA LEI PENAL – INIDONEIDADE – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – IDONEIDADE – 1. A repercussão do crime e o clamor social não legitimam a prisão preventiva. De igual modo, a custódia cautelar não pode ter suporte na fuga do paciente, que se apresentou à autoridade policial dois dias após o fato delituoso. Esse comportamento deve ser interpretado como intenção de arcar com as conseqüências do processo. A fuga, como causa justificadora da necessidade da prisão cautelar, deve ser analisada caso a caso, de modo que se deve afastar a interpretação literal do artigo 317 do Código de Processo Penal. 2. Havendo elementos concretos indicando que as testemunhas sofreram ameaças, é lícita a prisão preventiva com respaldo na conveniência da instrução criminal. Ordem denegada. (STF – HC 87425/PE – Pernambuco – 1ª T. – Rel. Min. Eros Grau – DJU 05.05.2006 – p. 18) JCPP.317

116274870 – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – ART. 312 E 288 DO CP – PRISÃO PREVENTIVA – APLICAÇÃO DA LEI PENAL – RÉU FORAGIDO – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – IDENTIDADE DE SITUAÇÕES PROCESSUAIS – PEDIDO DE EXTENSÃO (ART. 580 DO CPP) – I - A fuga do réu do distrito da culpa constitui motivo suficiente a embasar sua prisão preventiva. (precedentes). II - Resta devidamente fundamentado o r. Decisum que decretou a prisão preventiva, com a expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela garantia da ordem pública, tendo em vista a existência de indícios concretos de periculosidade do paciente, em razão do modus operandi com que os delitos foram, em tese, praticados. (precedentes). III - Não havendo identidade de situações fático-processuais entre os co-réus, não cabe, a teor do art. 580 do CPP, deferir pedido de extensão de benefício obtido por um deles, qual seja, a revogação da prisão cautelar decretada. (precedentes) recurso desprovido. (STJ – RHC 200501557632 – (18371 RJ) – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 13.03.2006 – p. 00337) JCP.312 JCP.288 JCPP.580 Decisões sobre ordem pública.

aspectos, e não embutidos sob o véu da neutralidade, que só existe formalmente.¹¹⁶ Acerca deste ponto de vista, João Batista Herkenhoff afirma não existir sentença neutra, asseverando que o juiz que a afirma assume valores de conservação, pois o juiz sempre tem valores e sua atividade final, que é sua sentença, é marcada por estes valores, cabendo ao magistrado ser sincero e então reconhecer a existência destes valores quando escolhe por esta ou aquela decisão.¹¹⁷

Inegável, pois, o conteúdo ideológico das decisões como elemento implícito na racionalidade jurídica e que, por razões puramente formais e dogmáticas, tem sido encoberto pelo manto da neutralidade, imparcialidade, segurança e certeza na aplicação normativa. Daí, como duvidar da existência implícita das ideologias? A questão que será desenvolvida ao longo deste trabalho é tentar extrair a melhor decisão, ou seja, aquela que possa resultar em maior benefício ao acusado dentro de um sistema eleito e dirigido principiologicamente através do *favor rei* para obedecer à isonomia não só formal, mas materialmente efetivada, principalmente quando o direito fundamental envolvido é a liberdade.

2.2 A oscilação e variação das decisões jurisprudenciais conforme a ideologia dos integrantes dos tribunais

“Porque o juiz é membro da sociedade em que vive e participa de seu acervo cultural e dos problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas, que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo”. A assertiva lançada por Cândido Rangel Dinamarco demonstra exatamente de que forma a influência cultural e social do magistrado contribui na escolha e na carga axiológica interpretativa da norma, fazendo com que as decisões judiciais possam receber um tratamento além do normativismo puro.¹¹⁸

Como estas decisões se sujeitam a um controle e a um grau jurisdicional de revisão, como melhor aprofundaremos no capítulo 5 desta dissertação, as influências sócio culturais, políticas,

¹¹⁶ FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça. A função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989,p.163.

¹¹⁷ HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1986,p.157.

¹¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Escopos Políticos do Processo**.In; Participação e Processo. Org. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. São Paulo: RT, 1988, p.115.

éticas, econômicas do magistrado que compõem um juízo monocrático, podem ser rechaçadas e substituídas por outras que dominem, de certa forma, o ideário coletivo que possui a corte de magistrados, ali já fazendo parte uma parcela significativa de todos os operadores da relação processual, juiz, promotor de justiça e advogado. Desta forma, é possível perceber que a formação da decisão jurisprudencial se forja e se modifica de acordo com a composição ideológica das câmaras, turmas ou mesmo do pleno das cortes coletivas.

Em um primeiro plano nos é dado abordar que a jurisprudência se caracteriza por ser um mecanismo no ordenamento de característica aberta que permite a construção permanente do Direito, não se podendo sequer permitir que ela possua um marco fechado, imutável, rígido e inflexível, tal qual ocorre com a lei. Daí surgirem as primeiras críticas no tocante ao poder normativo das decisões jurisprudenciais, visto não serem confiáveis em virtude de sua flexibilidade, mutabilidade e dinamismo, chegando-se ao exagero da antiga doutrina em afirmar que este caráter flexível gera a incerteza do Direito.¹¹⁹

Não obstante, se pousarmos a atenção na formação jurisprudencial que se dá com a aplicação da lei ao caso concreto, verificaremos que o trabalho subsuntivo encontra no fato social um fenômeno por essência dinâmico, mutante e evolutivo, devendo ter a capacidade de se atualizar sempre e apaziguar as constantes ebulições socioculturais correntes na sociedade.

De outra banda, a inflexibilidade da lei e sua pseudo-segurança pode criar abismos entre a realidade social e a normativa, como aconteceu, por exemplo, por muito tempo, com a codificação civil de 1916, que vigorou até 2002, quando se tratava a mulher como um objeto e não como um ser humano, sendo um atentado à dignidade da pessoa humana a norma acerca de a mulher recém-casada poder ser “devolvida” pelo marido e o casamento desfeito caso esta não fosse mais virgem.

Trazendo o enfoque para a seara penal, contabilizando a última reforma das leis substantivas penais no tocante a sua codificação, em 1984, há mais de vinte anos, pois, quando nem sequer se poderia falar em crimes de informática, ou ambientais, verificamos que tem sido a jurisprudência a grande responsável pela adaptação do contexto jurídico ao seio social em

¹¹⁹ SOUZA, Carlos Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência. Um enfoque filosófico-jurídico.** São Paulo: LTr, 1996, p.145.

constante evolução, obedecidos os princípios garantidores do cidadão, tais como a reserva legal e irretroatividade da lei penal, por óbvio.

Assim, não há como negar que as decisões jurisprudenciais emanadas pelas cortes de justiça correspondem à segurança jurídica quando aplicam as normas e tornam o direito certo e exigível, devendo ser orientadas sempre pela adaptação da realidade social que se encontra em processo dinâmico e evolutivo *perene*. Não há como negar, ainda, que as referidas decisões, quando reiteradas e repetidas em casos assemelhados, acabam por uniformizar entendimentos de como as leis devem ser interpretadas, dando um norte para os demais magistrados de como devem se comportar em tais casos, até porque, em razão dos graus jurisdicionais existentes, exercem um controle acerca dos recursos e através destes conseguem impor o conteúdo de suas decisões, mesmo que se queira negar sua vinculação aos casos concretos.

O próprio digesto processual civil em seu artigo 479 relata a uniformização da jurisprudência, senão vejamos o extrato normativo: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.¹²⁰

Lapidar lição de Eduardo Domingos Bottalo soluciona como o entendimento sumular das decisões jurisprudenciais deve ser concebido, ou seja, propõe que as súmulas representem um modelo jurídico em relação à atuação do próprio tribunal e como modelo dogmático para os

¹²⁰ A jurisprudência tem efetivado a norma do digesto processual aplicando-a neste sentido. Vejamos uma decisão da lavra do desembargador e professor do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Federal de Alagoas, Francisco Wildo, do TRF da 5.a região, a saber:

TRIBUTÁRIO – INDENIZAÇÃO DE HORAS TRABALHADAS – PETROBRÁS – VERBAS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA – NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA – ANULAÇÃO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – PRECEDENTES DO STJ – INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO – ART. 479, CAPUT, DO CPC – O fato ensejador do pagamento da IHT - Indenização de Horas Trabalhadas pela PETROBRÁS não é a remuneração de horas extras trabalhadas, mas o ressarcimento de dano causado pela empresa a seus empregados, quando os manteve no cumprimento de jornada superior ao previsto na Constituição Federal vigente. - Fixado o caráter indenizatório das verbas recebidas a título de IHT, tem-se que sobre elas não incide o imposto de renda. Extinção do crédito tributário advindo da lavratura de auto de infração correspondente e a conseqüente anulação da Certidão de Dívida Ativa que dá escopo à Execução Fiscal. - O julgamento do incidente de Uniformização de Jurisprudência na AC nº 318.295-RN pelo Pleno deste egrégio Tribunal, acolhendo a tese de que as verbas percebidas a título de IHT devem sofrer a incidência de imposto de renda por apresentarem caráter salarial, não se deu por maioria absoluta, devendo cingir-se ao caso em concreto. Inteligência do art. 479, caput, do CPC. - Precedentes do e. STJ. - Apelação desprovida. (TRF 5ª R. – AC 2004.84.00.005824-1 – 1ª T. – RN – Rel. Des. Fed. Francisco Wildo Lacerda Dantas – DJU 10.03.2006 – p. 900) JCPC.479

demais juízes.¹²¹ Por modelo jurídico entende-se a constituição de pontos referíveis para a atuação concreta do Direito e por modelo dogmático, a constituição dos elementos de compreensão do Direito. Assim, o modelo jurídico serviria como um norte contra a discrepância das decisões dentro daquela corte (como relatado nas decisões do STJ pelas suas turmas criminais), uniformizando o próprio entendimento desta em um trabalho centrípeto e não centrífugo, a fim de não desembocar para a anarquia jurisprudencial. No tocante aos demais tribunais inferiores ou juízes, o modelo dogmático serviria como referência doutrinária jurisprudencial.¹²²

Neste mesmo diapasão, pode-se entender que este modelo jurídico ou dogmático sofrerá mutações e flexibilidade ante a composição ideológica dos integrantes das cortes colegiadas. Tal assertiva não é um dado a ser desprezado no contexto da análise do conteúdo axiológico da interpretação normativa. Tomemos como base empírica a questão da constitucionalidade da lei 8072/90 (crimes hediondos) no tocante à progressão de regime para o cumprimento da pena. Por dezesseis anos seguidos a Suprema Corte tinha a seguinte orientação. Vejamos:

CONSTITUCIONAL – PENAL – PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL – CRIME HEDIONDO – REGIME FECHADO – LEI Nº 8.072/90, ART. 2º, § 1º – CONSTITUCIONALIDADE – I. A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. CF, art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC 69.657/SP, Rezek, RTJ 147/598; HC 69.603/SP, Brossard, RTJ 146/611; HC 69.377/MG, Velloso, ‘DJ’ de 16.04.93; HC 76.991/MG, Velloso, ‘DJ’ de 14.08.98; HC 81.421/SP, Néri, ‘DJ’ de 15.03.2002; HC 84.422/RS, Joaquim Barbosa, Relator para acórdão, julgado em 14.12.2004. II. Agravo não provido. (STF – AgRg-Ag 559.646-4 – RS – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 24.02.2006) JCF.5 JCF.5.XLIII

CONSTITUCIONAL – PENAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – CRIME HEDIONDO – REGIME FECHADO – LEI 8.072/90, ART. 2º, § 1º CONSTITUCIONALIDADE – 1. A inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, foi repelida pelo Plenário desta Corte no julgamento do HC 69.657. 2. Enquanto não modificado esse entendimento, subsiste a constitucionalidade do referido dispositivo legal, devendo prevalecer a jurisprudência da Casa, no sentido de que a pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 deverá ser cumprida integralmente em regime fechado. 3. Não se estende aos

¹²¹ BOTTALO, Eduardo Domingos. **Natureza normativa das súmulas do STF, segundo as concepções de direito e de norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale**. Revista de Direito Público.vol.29. 1974, p.17-25.

¹²² SOUZA, Carlos Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência. Um enfoque filosófico-jurídico**.São Paulo:LTr, 1996, p.150.

demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura (Súmula STF N° 698). 4. Ordem denegada. (STF – HC 86647 – SP – 2ª T. – Relª Min. Ellen Gracie – DJU 25.11.2005)

CONSTITUCIONAL – PENAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – SENTENÇA – NÃO-APRECIÇÃO DE TESE DA DEFESA – ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – INOCORRÊNCIA – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO – LEI 9.714/98: SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – LEI 8.072/90, ART. 2º, § 1º – CONSTITUCIONALIDADE – I. - Sentença suficientemente fundamentada. Inocorrência de nulidade. II. - impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por crime previsto na Lei 6.368/76 em restritiva de direitos, tendo em vista o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que, expressamente, determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. III. - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. C.F., art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC 69.657/SP, Rezek, RTJ 147/598; HC 69.603/SP, Brossard, RTJ 146/611; HC 69.377/MG, Velloso, "DJ" de 16.4.93; HC 76.991/MG, Velloso, "DJ" de 14.8.98; HC 81.421/SP, Néri, "DJ" de 15.3.02; HC 84.422/RS, julgado em 14.12.2004. IV. - HC indeferido. (STF – HC 85906/SP – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 02.09.2005 – p. 47)

Ocorre que com a nova composição do Supremo Tribunal Federal, após a entrada dos ministros Carlos Brito, Cezar Peluso, Eros Graus e Gilmar Mendes, os ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que eram votos vencidos acerca desta questão, conseguiram os votos necessários para mudar a concepção valorativa acerca da constitucionalidade da lei mencionada, sendo declarada de forma incidental sua inconstitucionalidade expressa no julgamento do HC n.82.959, transformando assim os julgamentos que ora se formam na seguinte orientação, a saber:

HABEAS CORPUS – CRIMES DESCRITOS NOS ARTIGOS 240 E 241 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NO ARTIGO 214, C/C O ARTIGO 224 DO CÓDIGO PENAL – CONTINUIDADE DELITIVA – INOCORRÊNCIA – ESPAÇO DE TEMPO IGUAL A SEIS MESES ENTRE AS SÉRIES DELITIVAS – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA – CRIME HEDIONDO – PROGRESSÃO DE REGIME – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO – 1. A continuidade delitiva deve ser reconhecida “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de

execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro" (CP, art. 71). Evidenciado que as séries delituosas estão separadas por espaço temporal igual a seis meses, não se há de falar em crime continuado, mas em reiteração criminosa, incidindo a regra do concurso material. 2. O atentado violento ao pudor é considerado hediondo em quaisquer de suas formas (precedente do Pleno). 3. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em Sessão realizada em 23/2/2006, declarou inconstitucional o § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 (HC 82.959). Ordem concedida, de ofício, para possibilitar a progressão do regime de cumprimento da pena do paciente, quanto ao crime de atentado violento ao pudor. (STF – HC 87495/SP – São Paulo – 1ª T. – Rel. Min. Eros Grau – DJU 28.04.2006 – p. 23) JECA.240 JECA.241 JCP.214 JCP.224 JCP.71

CRIME HEDIONDO – PROGRESSÃO DE REGIME – VEDAÇÃO – § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – O Supremo Tribunal Federal, em Sessão plenária realizada no dia 23/2/2006, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 [HC 82.959, relator o Ministro Marco Aurélio]. Ordem concedida. (STF – HC 86194/DF – Distrito Federal – 1ª T. – Rel. Min. Eros Grau – DJU 24.03.2006 – p. 36)

105032800 – CRIME HEDIONDO – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PROGRESSÃO NO REGIME PRISIONAL – POSSIBILIDADE EM FACE DO PRECEDENTE DO PLENÁRIO (HC 82.959) JULGADO EM 23.02.2006, QUE RECONHECEU, INCIDENTALMENTE, A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 – O provimento do recurso, todavia, é parcial, cabendo ao juiz da execução examinar os demais requisitos para a progressão no regime menos rigoroso, procedendo, se entender necessário, o exame criminológico. RHC provido parcialmente. (STF – RHC 86951/RJ – Rio de Janeiro – 2ª T. – Relª Min. Ellen Gracie – DJU 24.03.2006 – p. 55)

CRIME HEDIONDO – REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA – PROGRESSÃO – Ao julgar o HC 82.959, Pl., 23.2.06, Marco Aurélio, Inf. 418, a maioria do Supremo Tribunal declarou, incidentemente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da L. 8.072/90 - que determina o regime integralmente fechado para o cumprimento de pena imposta ao condenado pela prática de crime hediondo - por violação da garantia constitucional da individualização da pena (CF., art. 5º, LXVI). (STF – HC 85581/SP – São Paulo – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 31.03.2006 – p. 17) JCF.5 JCF.5.LXVI

Como se pode aquilatar das novas decisões que seguem a maioria na corte com a atual composição, até ministros que votaram contrariamente à inconstitucionalidade, como, por exemplo, a ministra Ellen Gracie, se vêem compelidos a acatar a decisão da maioria em

demonstração de que o modelo jurídico concebido por Eduardo Domingos Bottalo tem sua efetividade na concepção jurisprudencial dos “*leading cases*”, traçando paradigmas orientadores na decisão de questões que se assemelham, evitando, com isso, a tão combatida desigualdade na lei.

Daí de se perguntar se a guinada na direção oposta foi ou não em razão de uma concepção ideológica de seus novos integrantes; a resposta vem na análise do perfil dos novos ministros. Podemos perceber uma concepção ideológica homogênea entre todos eles, qual seja, todos possuem uma visão abrangente em matéria de direitos e garantias individuais, daí se configurar que estarão sempre a conceber valores diferenciados daqueles que, por exemplo, possuem uma visão severa em matéria penal, ou seja, adeptos de um direito penal intervencionista e repressor nos moldes do movimento “Lei e Ordem”.¹²³

Da mesma forma caminha a tendente reforma da decisão daquela corte que em 17/2/2001 entendeu pela hediondez do crime de estupro ou atentado violento ao pudor com a presunção de violência presumida, ou seja, com o consentimento da vítima que seja menor de quatorze anos, sendo exatamente votos vencidos os ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, com a antiga composição. Os únicos votos vencedores que ainda compõem o Supremo são da ministra Ellen Gracie e do ministro Celso de Mello.

Aliás, o estudo das decisões feitas com base na análise do perfil ideológico dos ministros permitiu que Márcio Chaer chegasse à conclusão que a nova composição do STF ampliou os direitos individuais e fundamentais em 70% das decisões postas ao seu crivo, o que significa que a corte deixou de se comportar de forma passiva e complacente com o Planalto e com o Congresso, para uma atividade que se importasse mais com a vinculação efetiva dos direitos fundamentais tratados pela Magna Carta de 1988 em um ativismo judicial interessante.¹²⁴ Houve a garantia destes direitos, mesmo quando toda uma estrutura midiática se mostrava contrária a

¹²³ Todos os dados retirados da Revista Análise Justiça. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, publicada em junho de 2006 pela editora Análise, São Paulo.

¹²⁴ O ativismo judicial teve origem nos Estados Unidos da América quando em 1960 a Suprema Corte decidiu enfrentar sozinha as questões polêmicas de que o Congresso se omitia, como aborto, racismo etc., criando, aí, a viga mestra dos direitos civis americanos.

estes, tais como regime progressivo nos crimes hediondos, ou o impedimento da pirotecnia das CPIs, que tratavam os indiciados como se verdadeiros condenados fossem através da exposição inquisitorial “policialesca” com a supressão de garantias fundamentais e básicas, tais como o direito ao silêncio, o de não se auto-incriminar, o de não produzir prova contra si mesmo etc.¹²⁵

Logo, analisando o perfil dos ministros que atualmente compõem o STF verifica-se a heterogeneidade ideológica, daí porque as decisões sobre temas polêmicos tenham sempre sido tomadas por maioria simples, em discussões acaloradas e com placares apertados, e no levantamento feito pela Revista Análise Justiça somente 43% das decisões polêmicas foram tomadas por unanimidade, o que significa que em mais da metade delas houve discrepância do voto do relator e discussão acerca dos valores das normas a serem aplicadas.

Claro está que o norte ideológico é a bússola para o posicionamento na valoração normativa dada aos casos concretos, sendo certo que muito da racionalidade justificante das decisões judiciais se direciona pelos ideários e concepções filosóficas e sociológicas das autoridades judiciais. E se tais valores conceituais conseguem modificar a norma em seu sentido material e lógico, é de clara percepção que estes valores precisam se espriar no sistema de maneira isonômica, e não pontual e isoladamente, como vem acontecendo, tão-só pela opção da segurança jurídica em critérios puramente formais.

3. A jurisprudência e a força vinculante das decisões pretorianas

Como asseverado no item anterior, a jurisprudência moldada pelos tribunais é resultado também de um trabalho ideológico coletivo na interpretação e aplicação das normas, dando-lhes sentido, conteúdo axiológico e alcance. Assim, sob os modelos jurídico e dogmático vem a jurisprudência regrado e servindo de parâmetro para a subsunção aos casos assemelhados. O ministro Gilmar Ferreira Mendes, antes mesmo da criação da súmula vinculante através da reforma do Poder Judiciário, foi um dos precursores, dentro do próprio STF, do controle concentrado de constitucionalidade, fazendo valer sua doutrina e colocando seus conhecimentos em prática.

¹²⁵ CHAER, Márcio. **A Suprema Guinada**. Revista Análise Justiça. São Paulo: Análise editora, 2006,p.38-47.

Referido controle tem o condão de, através de um único julgamento, firmar uma tese jurídica e, uniformizado este entendimento, aplicar a mesma tese a todos os demais casos assemelhados, demonstrando o poder vinculante e normativo das decisões pretorianas, racionalizando, assim, os julgamentos e dando tratamento uniforme a questões idênticas.

Imperioso ressaltar que as decisões judiciais recebem tratamento graduado e escalonado em função de uma busca no aperfeiçoamento da interpretação normativa. Assim, as decisões judiciais, seja por via de esgotamento recursal, seja através da preclusão consumativa temporal, alçam a segurança jurídica através da coisa julgada, ganhando a qualidade de *auctoritas* que, na visão de Carlos Mota de Souza, da qual comungamos, não se limita somente às partes, mas se estende *erga omnes*, ou seja, a todos que de forma direta ou indireta se beneficiem dessa decisão.¹²⁶

Registre-se, por oportuno, que na seara penal, todavia, como veremos no próximo capítulo, a coisa julgada não se reveste de uma natureza absoluta quando esta tiver como consectário lógico a supressão da liberdade, podendo ser desconstituída a qualquer tempo.

As decisões judiciais, em relação aos graus de aplicação normativa, podem ser apreciadas em instâncias às quais competirá dar o tratamento normativo aos fatos trazidos à solução. As decisões de primeira instância possuem um caráter instrumental, uma vez que comportam revisão, não podendo, pois, servir de modelo jurídico ou dogmático, como antes tratado. Todavia, podem, uma vez confirmadas em seus graus superiores, ser consideradas fonte inicial para a formação do pensamento jurisprudencial, como aconteceu com a apreciação da constitucionalidade da lei 8072/90 no tocante ao regime progressivo da pena, tendo vários juízos monocráticos fundamentado e dado a diretriz para a consolidação do pensamento que hoje se concretizou junto ao STF.

As decisões de segunda instância, mais precisamente denominadas de acórdãos, devido ao “acordo” a que chegam os órgãos colegiados em relação às decisões, têm o poder de uniformizar

¹²⁶ SOUZA, Carlos Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência. Um enfoque filosófico-jurídico.** São Paulo: LTr, 1996, p.152.

o entendimento em torno daquela questão em seu âmbito estatal e servem para a teoria da retroatividade da decisão penal benigna, quando não rediscutidas pelo órgão acusatório em sede de recurso extraordinário, envolvendo uma norma federal ou constitucional, devendo, pois, prevalecer sobre todos os casos assemelhados, inclusive aqueles que já foram alcançados pela coisa julgada, como veremos nos próximos capítulos.

As decisões da instância extraordinária, através também de acórdãos do STJ e do STF, podem alcançar o grau máximo de *auctoritas* a ponto de constituírem um autêntico direito sumular assumindo relevância máxima e fundamental para a aplicação das normas, não se podendo, por juízos e graus inferiores, dar valor ou sentido diverso daquele sumulado. O entendimento foi aplicado de forma universal no ordenamento jurídico em virtude de haver sido internada no sistema nacional a vinculação dos conteúdos, comandos e mandamentos decididos reiteradas vezes pela corte superior.¹²⁷ Esta forma de uniformização do entendimento também servirá de parâmetro para a aplicação da teoria da retroatividade da decisão benigna.

Todavia, setores do próprio Judiciário lançam críticas ao direito sumular no tocante à sua vinculação. A crítica à súmula vinculante gira em torno de um possível “engessamento” intelectual da autoridade judicial no tocante à apreciação e interpretação dos conteúdos e cargas axiológicas normativas, bem como na redução da “autoridade” em aplicar a norma. Todavia, de se ver que bem chega o momento de racionalizar as decisões, já que não se pode mais, dentro do ordenamento jurídico atual, ter valores diversos para a mesma norma, aplicações distintas da lei para situações fácticas assemelhadas, gerando, aí sim, mais desigualdade, insegurança e a incerteza do direito.

¹²⁷ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Artigo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, DOU 31.12.2004).

O número crescente das ações levadas a julgamento pelo Poder Judiciário reclama agilidade e celeridade na prestação jurisdicional, e estes números se multiplicam em uma progressão geométrica assustadora, até porque, quanto mais se efetivam os direitos, há um estímulo aos cidadãos para buscarem essa tutela. Desta forma, só no ano de 2005 o STF julgou 98.000 (noventa e oito mil) ações, sendo distribuídas, em média, 7.800 (sete mil e oitocentas) para cada ministro. O STF em 2005 publicou 14.000 (quatorze mil) acórdãos, e já no início de 2006 tramitavam em torno de 174.000 (cento e setenta e quatro mil) ações. Ou seja, no órgão destinado primordialmente aos conflitos extraordinários, isto é, de relevo constitucional, o número de ações é absurdo. Estima-se que em todo o país haja um número de 14.000.000 (quatorze milhões) de ações em andamento nos tribunais, sendo matematicamente impossível que cada uma dessas se ampare em direitos distintos, com uma causa de pedir diferente. Impossível, pois, não se adotar a vinculação sumular.¹²⁸

Ainda, a súmula vinculante não se torna um peso ao dinamismo e à mutabilidade das decisões, como muito se propagou, pois estas podem ser revistas pelo próprio STF, mediante a provocação da Ação Direta de Inconstitucionalidade, como determina expressamente o artigo 103-A par. segundo, da CF, ou através do instituto da Reclamação, caindo por terra tal inconformismo. Um outro ponto que muito se objurgou ao sistema vinculado sumular foi em relação à possibilidade de o STF estar “legislando” ao impor a normatização de seu entendimento.

Todavia, no próprio modelo dogmático, através da criação de uma doutrina jurisprudencial, de há muito já se vinham adotando as concepções valorativas e mandamentais das cortes superiores, sendo tônica do trabalho de racionalidade e persuasão, bem como a técnica de argumentação no tocante ao modelo híbrido que adotou o Brasil em relação à aplicação das normas, que será mais bem abordado no capítulo 4 de nossa dissertação.¹²⁹

¹²⁸ Fonte: Revista Análise Justiça.

¹²⁹ Karl Larenz expressamente relata que “a jurisprudência está empenhada, através de um tratamento adequado do material que lhe é dado nas leis e nas sentenças dos tribunais, em alcançar critérios precisos para a solução de questões jurídicas e a decisão de casos jurídicos e, bem entendido, nos quadros do Direito que em cada momento vigora e das suas valorações fundamentais.” LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed.trad.Jose Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.326.

Enfim, não há como negar que existe um poder normativo oblíquo ou reflexo através das decisões jurisprudenciais, pois estas não criam a norma *stricto sensu*, mas a revestem de conteúdo e carga axiológica, clareando seus preceitos e contingenciando seus significados quando da atividade de interpretá-la para a aplicação aos casos concretos. Tal atividade, em qualquer de seus graus jurisdicionais, dá o verdadeiro sentido da norma, devendo, pois, ser objeto de aplicação *erga omnes* para o atendimento isonômico dos cidadãos perante a lei.

Em estrita obediência, pois, ao princípio da retroatividade, como se verá, devem tais decisões, então, ser capazes de garantir o tratamento igual, mesmo àqueles que já tenham sido julgados e o foram de forma diversa, e substancialmente mais severa, deste novo entendimento, em razão da busca constante de se efetivar o direito através da prestação da tutela que consagre uma justiça equânime e harmônica para todos.

CAPÍTULO III

A PEDRA ANGULAR DA COISA JULGADA E O SEU EFEITO NO SISTEMA PENAL

1. Os efeitos das decisões penais e a segurança da coisa julgada. 1.1 – Dos efeitos das sentenças penais absolutórias. 1.2 – Dos efeitos das sentenças penais condenatórias. 1.3– Da coisa julgada – a segurança jurídica das decisões. Seu conceito, sua natureza e sua ocorrência no sistema jurídico penal. 2. A segurança jurídica das decisões judiciais.3.O efeito relativo da coisa julgada na esfera criminal.4.A retroatividade da lei penal, seu fundamento constitucional e a coisa julgada material.

No capítulo anterior cuidamos de dissecar a estrutura da decisão penal, seus componentes e seus requisitos intrínsecos e extrínsecos, além do contraponto da argumentação judicial para a aplicação normativa, já objeto de estudo no capítulo que abriu nossa dissertação que tem como pano de fundo o estudo da decisão penal benéfica em grau de retroatividade para alcançar outras decisões tragadas pela força da *res judicata* com respeito ao princípio isonômico.

Neste capítulo caberá exatamente o olhar sob os efeitos mediatos e imediatos da decisão judicial penal quando há a pujança da coisa julgada, focando nosso estudo também sobre a

conceituação desta, sua natureza jurídica e efeitos. Confrontaremos a retroatividade da lei penal com a coisa julgada e abordaremos o arcabouço teórico que envolve a decisão penal.

1. Os efeitos das decisões penais e a segurança da coisa julgada

O provimento jurisdicional meritório tem por escopo o fim do processo produzindo efeitos típicos, principais e preponderantes que podem variar com substâncias declaratórias, constitutivas ou condenatórias.¹³⁰ Assim, tais conteúdos precisam se revestir de autoridade suficiente para que surtam os efeitos de seus comandos sentenciais, que só podem ser aferidos com a ocorrência da coisa julgada, mormente quando a decisão tem substância penal em face do princípio constitucional da inocência.

Desta forma, relevante se torna o estudo dos efeitos das decisões penais para o desenvolvimento do tema central de nosso trabalho, não se descuidando da coisa julgada como o atributo primordial para se aquilatar a segurança e a efetividade daquelas.

Assim, situamos o estudo dos efeitos mediatos e imediatos, bem como da coisa julgada, sobre as decisões penais definitivas *stricto sensu*, ou seja, as sentenças que encerram a ação penal com julgamento de mérito, sejam condenando, sejam absolvendo o acusado. Os demais tipos de decisões penais fogem ao presente estudo, por não serem alcançadas pela coisa julgada, por exemplo, as decisões interlocutórias simples (decisões que recebem a denúncia ou a queixa – artigo 41 do CPP), uma vez que são irrecorríveis.

Pressuposto para a validade de qualquer decisão penal é sua publicação, sem a qual não passa a ser válida, quedando-se ser conceituada tão-somente como mera opinião do julgador.¹³¹ Assim, uma vez publicada a sentença, que se dá em um primeiro prisma com a entrega ao escrivão para lavratura em livro próprio (artigo 389 do CPP), e posteriormente tornada de domínio público, passa ela a surtir o primeiro efeito, qual seja, o de encerrar a prestação jurisdicional do Estado, tanto é que, após a sua publicação, não pode mais o magistrado alterá-la

¹³⁰ BARBOSA GARCIA, Gustavo Felipe. **Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada**. Revista de Processo, ano 30, dezembro de 2005. São Paulo:RT, 2005, p.49.

¹³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol.4.27.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p.271.

por moto próprio, a não ser que seja para corrigir erros de cunho meramente gráfico, material etc. Exemplo: magistrado sentencia o acusado de forma condenatória aplicando-lhe uma pena de 12.000 anos, quando o correto seria 12 anos, mas tal fato se dera por erro na digitação do *quantum* da pena.

Fernando da Costa Tourinho Filho relata ser impossível ao magistrado corrigir sua sentença após a publicação. Não obstante, discordamos do autor uma vez que a vedação dada ao magistrado é de modificação ou alteração da substância de sua decisão ou da parte dispositiva, mas meros erros gráficos ou de cunho material podem ser a tempo corrigidos com a publicação correta dos dados e escritos.¹³² Guilherme de Souza Nucci registra a possibilidade da correção *ex officio* da sentença quando for para erros materiais, como exemplifica o autor: o juiz errou o nome do réu ou o artigo no qual está incurso, podendo corrigi-los de ofício.¹³³

Assim, com a sua publicação a decisão passa a integrar a ação penal, encerrando a tutela estatal jurisdicional, podendo, dependendo de seu teor, surtir efeitos jurídicos imediatos, ou seja, independentemente de sua imutabilidade ou intangibilidade, ao réu ou à sociedade, como veremos a seguir. Para tanto, necessitamos realizar um corte sistêmico nas decisões, analisando de per si a sentença penal absolutória, e posteriormente, a sentença penal condenatória, em face de os efeitos, mormente os imediatos, serem distintos pela aplicabilidade do princípio da não culpabilidade (presunção de inocência – artigo 5, inciso LVII, da CF) nas ações penais.

1.1 – Dos efeitos das sentenças penais absolutórias

As sentenças absolutórias, como vimos anteriormente, se dividem em próprias e impróprias. Quanto às primeiras, podemos asseverar que encerram juízo de improcedência da acusação posta em julgamento quando ocorrer qualquer das hipóteses elencadas no artigo 386 do CPP, surtindo efeito imediato após a publicação da sentença em virtude de sua natureza meramente declaratória negar o *jus puniendi* estatal, devendo, pois, produzir, ainda que de forma provisória, todos os efeitos ínsitos da declaração emitida pelo Estado-juiz. Assim, estando o

¹³² Assim dispõe o autor na obra citada: “Por isso mesmo se diz que, publicada a sentença ela se torna irretroatável. Não mais poderá o juiz retroceder, desdizer-se, não podendo até mesmo corrigi-la”. P. 273.

¹³³ NUCCI, Guilherme Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4.ed. São Paulo:RT, 2005, p. 648.

acusado preso de forma preventiva durante o desenvolvimento da ação e, se ao final lhe vier uma decisão absolutória, deve imediatamente ser colocado em liberdade, independentemente de esta decisão transitar em julgado.

De logo, verifica-se que não há qualquer liame entre a decisão absolutória e a coisa julgada para que produza efeito imediato. Um outro efeito que independe de qualquer vínculo com a coisa julgada é que a sentença absolutória não possui o condão de interromper ou suspender o curso do prazo prescricional. Todos os demais efeitos da sentença absolutória estarão jungidos à ocorrência do trânsito em julgado da decisão. Vejamos.

O primordial e principal efeito da sentença absolutória própria ao transitar em julgado é a ocorrência da *res judicata* soberana que impede de forma absoluta possa ser revivido aquele fato em razão do sentenciado, mesmo com um cipoal novo e incontestado de provas acerca do fato delitivo ligando-o com o autor deste. A sentença penal, como já dito algures, no entanto, embora possa ser oposta *erga omnes* no tocante aos seus efeitos, só faz coisa julgada entre as partes. Assim, se José é absolvido da imputação de ter assassinado Maria, e esta decisão transita em julgado, nada impede que João seja posteriormente acusado da morte daquela, não podendo mais sê-lo feito em relação a José, mesmo que venha a ser acusado por João de ter participado no evento delitígeno.

Ainda, alguns efeitos reflexos da decisão alcançada pela *res judicata* soberana podem ser encontrados no tocante à propositura da ação civil *ex delicto*, tais como o impedimento expresso no artigo 66 do CPP, bem como os impedimentos tratados na lei civil vigente em seu artigo 935.¹³⁴ Ainda, podem ser levantados o seqüestro (artigo 131, III, CPP) e a hipoteca legal (artigo 141, CPP), bem como a restituição da fiança prestada pelo sentenciado (artigo 337 do CPP). Outros efeitos reflexos na legislação civil, dignos de registro, são: a) o impedimento de ação para a exclusão do herdeiro ou legatário presumivelmente indigno (artigos 1814, I, II, III e 1815, todos do CC); b) o impedimento da revogação da doação por ingratidão (artigo 557, I, II, III, do CC) e;

¹³⁴ CPP - Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

CC - Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

c) por fim, a vedação de se argüir no juízo penal a exceção da verdade no crime de calúnia, conforme disposição expressa do artigo 138, parágrafo terceiro, inciso III.

No tocante à sentença absolutória imprópria, há que se registrar que esta possui um traço de restrição à liberdade do acusado, sendo certo, pois, que deverá surtir efeito somente após o trânsito em julgado da decisão, não sendo mais possível se falar em medida de segurança provisória após a reforma penal ocorrida em 1984.

1.2. Dos efeitos das sentenças penais condenatórias

Com relação aos efeitos das sentenças condenatórias precisamos compatibilizar a norma expressa nos artigos 393 e 594 do CPP com o artigo 5, inciso LVII, da CF, senão vejamos referidos textos citados em suas expressões:

CPP-

Artigo 393: São efeitos da sentença penal condenatória recorrível: I- ser o réu preso ou conservado na prisão, assim, nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II- ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Artigo 594: O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecidos na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

CF

Artigo 5, inciso LVII: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em uma leitura inicial dos artigos estatuídos na legislação infraconstitucional da processualística penal, poder-se-ia dizer que o primeiro efeito imediato da sentença penal condenatória seria a obrigatoriedade do recolhimento do sentenciado à prisão, seja por determinação expressa do artigo 393, inciso I, seja como condição *sine qua non* para apresentar recurso apelatório.

Não obstante, tal regramento precisa sofrer a compatibilização do comando constitucional, com carga principiológica, da presunção da inocência. A primeira lição extraída do comando constitucionalizado é a vedação da antecipação da culpa antes que uma decisão condenatória seja alcançada pela preclusão consumativa da coisa julgada. Ora, não há que se falar então em pena antecipada, mesmo que em caráter provisório. Isto não significa o impedimento total da prisão, mas impede que o caráter acautelatório de restrição de liberdade esteja vinculado ao cumprimento, ainda que precário, da pena. Assim, só existirá prisão se jungida aos requisitos e pressupostos dos artigos 311, 312 e 408, parágrafo primeiro, todos do CPP, isto é, vincula-se a medida restritiva de liberdade à cautelaridade processual, e não ao cumprimento direto do *jus puniendi* estatal.

Fernando da Costa Tourinho Filho, ao revelar posicionamento acerca da matéria ventilada, entende que não haverá o efeito imediato preconizado no artigo 393, inciso I, do CPP, em virtude de não se poder executar provisoriamente a pena, mas constrói seu pensamento na exegese do artigo 105 da lei de execução penal que veda de forma peremptória a execução provisória.¹³⁵

Em que pese o acerto da conclusão do autor, não se pode concordar, todavia, com os seus argumentos. Ora, já se tem admitido jurisprudencialmente e em alguns provimentos de tribunais pátrios, de forma clara, a execução provisória da pena quando há o trânsito em julgado da decisão para o órgão do *Parquet*, ou seja, mesmo que a defesa recorra da decisão, esta por obediência ao princípio da *non reformatio in pejus*, corolário do *favor rei*, não lhe poderá ser majorada ou modificada além daquela aplicada pelo poder judicante. O próprio STF já sumulou o assunto, estando assim o pensamento esposado diacrônicamente com o sistema atual.¹³⁶

Guilherme de Souza Nucci entende que a prisão como regra para interposição de recurso apelatório não fere o princípio da presunção de inocência desde que haja indicação na lei de requisitos objetivos e subjetivos, além de dispor da necessidade do recolhimento cautelar.¹³⁷ Ora,

¹³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol.4.27.ed.São Paulo:Saraiva, 2005, p.291.

¹³⁶ Súmula 716 STF: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4.ed.São Paulo:RT, 2005, p.914,915.

a posição do autor se refere à indicação na lei, o que não faz o artigo 594 do CPP; ao revés, indica uma prisão decorrente do direito de apelar de uma decisão desfavorável. Tão-só.

Assim, preferimos o posicionamento de Luiz Flávio Gomes, que acerca do tema em estudo assevera que a prisão, como ora contextualizada no plano atual, conflita com o dispositivo constitucional vigente, entendendo ainda o autor que a segregação derivada de imposição legal, automática, não pode estar em consonância com o sistema processual penal, devendo, pois, qualquer provimento acautelatório de liberdade ser fundamentado e motivado pelo juiz, recorrendo-se, pois, aos requisitos e pressupostos autorizadores da prisão preventiva, e não mais como uma forma imediata em face de uma sentença condenatória.¹³⁸

Antônio Scarance Fernandes também comunga do posicionamento anterior, indo um pouco mais além quando retrata que a prisão automática decorrente de sentença condenatória, ou mesmo a exigência de o réu se recolher ao cárcere para recorrer, cria uma anomalia inaceitável no ordenamento jurídico nacional, pois fere outra garantia fundamental processual, que é o duplo grau de jurisdição, já que, como bem assevera o autor, “o réu, não querendo ser preso, deixa de apelar em casos prováveis de reforma, preferindo que a sentença transite em julgado, para ajuizar em seguida a revisão criminal”. E vaticina pela inconstitucionalidade do artigo 594 do CPP, pois entende ser cláusula de impedimento do direito de recorrer, afetando, sobremaneira, ainda, o princípio da isonomia entre as partes, vez que à acusação não há qualquer obstáculo para a utilização do recurso apelatório.¹³⁹

Assim, embora os constantes esforços da jurisprudência nacional em imprimir vigência aos artigos destacados do CPP, a saber, 393 e 594, estes encontram verdadeiro óbice de caráter intransponível nos termos da presunção constitucional da inocência, pois não poderá o acusado ser tratado como culpado antes de transitar em julgado a decisão que lhe fora desfavorável. Todavia, são sempre positivos em afirmar que os dispositivos processuais são vigentes desde que aliados às condições previstas no artigo 312 do CPP. Ora, se assim fosse, não seriam necessários os referidos artigos de lei.

¹³⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade: conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 2.ed.São Paulo:RT, 1996, p.104.

¹³⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**.São Paulo:RT, 1999, p.297.

Destarte, é correto, em nosso singelo posicionamento, afirmar que não se pode mais, à luz do texto constitucional vigente, ter a sentença condenatória o efeito imediato e automático de recolher o réu à prisão, seja para lhe garantir o acesso ao grau jurisdicional maior, seja como mero efeito provisório da publicação da sentença condenatória, sem maior fundamentação ou motivação da autoridade sentenciante.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Ateste-se para as recentes decisões do STJ e do STF a este respeito. 116275645 – HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – SENTENÇA QUE DETERMINOU A PRISÃO SOMENTE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO – INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – 1. Diante do majoritário entendimento desta sexta turma em inadmitir a chamada execução provisória da pena, não se pode determinar a execução da sentença condenatória, senão após o efetivo trânsito em julgado do decisum; 2. As informações prestadas pela instância anterior noticiam que foram interpostos os recursos especial e extraordinário; assim, a par de ter permanecido o paciente em liberdade durante toda a instrução criminal, bem como durante a fase recursal ordinária, diante da inexistência de trânsito em julgado da condenação imposta, é de se conferir a ordem pretendida; 3. Ordem concedida para garantir ao paciente salvo-conduto, com o imediato recolhimento dos mandados de prisão expedidos, ou alvará de soltura, se for o caso, até o trânsito em julgado da condenação. (STJ – HC 200500173896 – (41508 SP) – 6ª T. – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – DJU 06.03.2006 – p. 00448)

– HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE – RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL – PRISÃO PREVENTIVA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA – ORDEM CONCEDIDA – 1. Se o paciente se manteve em liberdade durante toda a instrução criminal, tem sido a orientação desta sexta turma que assim deverá permanecer, durante o julgamento da apelação, ainda que reincidente, salvo se presente algum dos requisitos da prisão preventiva; 2. A manutenção preventiva no cárcere, por ser medida excepcional que restringe a liberdade individual, em face da presunção de não-culpabilidade, exige a devida fundamentação calcada em elementos concretos que indiquem a necessidade da custódia cautelar. 3. A fuga do paciente não seria motivo para a prisão celular, se a verificação concreta de evasão do acusado não constituiu motivação do Decreto prisional no instante em que foi exarado. 4. Ordem concedida para que o paciente seja colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, ou salvo, nova imposição de medida restritiva cautelar devidamente fundamentada. (STJ – HC 200401701471 – (39998 SP) – 6ª T. – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – DJU 06.03.2006 – p. 00447) JCPP.312

SENTENÇA CONDENATÓRIA – APELAÇÃO (RECOLHIMENTO À PRISÃO/LIBERDADE) – ANTECEDENTES (MAUS/BONS) – 1. O juiz, observando os antecedentes, há, na sentença, de reputá-los, claramente, maus quando nega ao réu o direito de apelar em liberdade. 2. As circunstâncias relativas aos antecedentes são diferentes daquelas referentes à conduta social. 3. Ao réu – Reconhecido primário e não reputado como de maus antecedentes – Que foi posto em liberdade e assim permaneceu durante toda a instrução criminal, comparecendo a todos os atos desta, assiste o direito de permanecer em liberdade enquanto aguarda o julgamento de sua apelação. 4. Ordem de habeas corpus concedida. (STJ – HC 200400875161 – (36292 PE) – 6ª T. – Rel. Min. Nilson Naves – DJU 06.03.2006 – p. 00446)

– HABEAS CORPUS – PENAL – PROCESSO PENAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO – RECURSO EM LIBERDADE – LITISCONSORTE NÃO RECORRENTE – TRÂNSITO EM JULGADO – Réus condenados por crime contra a ordem tributária. Sentença que assegura-lhes apelar em liberdade, com tratamento indistinto. Litisconsórcio passivo unitário. No concurso de agentes, em litisconsórcio unitário, se a sentença determina que os acusados poderão recorrer em liberdade, a interposição do recurso por um, aproveita aos outros não recorrentes, no que tange ao não recolhimento à prisão. A sorte de direito material é a mesma. Se for dado provimento à apelação, essa decisão aproveitará aos não apelantes. Até então não se poderá falar em trânsito em julgado. Habeas corpus deferido. (STF – HC 80101 – AC – 2ª T. – Rel. Min. Nelson Jobim – DJU 10.10.2003 – p. 00044)

No tocante ao inciso II do artigo 393 do CPP, qual seja a inscrição do nome do réu no rol dos culpados com o édito condenatório, doutrina e jurisprudência formam uma só voz entendendo que tal prática afeta de forma direta o princípio da presunção da inocência, podendo tal ato ser realizado somente após o trânsito em julgado da sentença desfavorável.

Logo, mesmo com as querelas acerca da prisão após a sentença penal condenatória, preferimos destacar seja a decisão desprovida de efeito imediato no tocante à imposição corpórea da pena privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa, ou seja, só adquire força cogente de imposição penal após a via preclusiva, através do esgotamento recursal, ou por consumação do lapso temporal do direito de recorrer conferido às partes, em virtude do princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Imperioso o registro, contudo, que o efeito imediato conferido à sentença penal condenatória é de natureza jurídico-penal, ou seja, tem o condão de interromper o lapso prescricional, afetando sobremaneira o direito potestativo do Estado em relação à pretensão punitiva, e só. Desta forma, evidenciando que os efeitos da sentença penal condenatória, no que tange à exigência de sua aplicação, só são aferíveis com seu trânsito em julgado, passemos a destacar quais seriam estes.

No primeiro prisma, o efeito da decisão penal condenatória transitada em julgado é a cogência da aplicabilidade da pena, seja esta de natureza privativa de liberdade, restritiva de direito ou de multa, nascendo assim a pretensão executória punitiva para o Estado em face do sentenciado, retirando-lhe, por consequência lógica, a primariedade que lhe conferia o diploma constitucional da inocência. Este é o efeito primordial e principal da decisão penal condenatória finita.

Em um segundo plano, temos que decorrentes do efeito da condenação definitiva, nascem deveres, restrições e limitações para o condenado que se espraiam além da seara penal, senão vejamos. No plano civil, podemos dizer que surge a obrigação de compor os danos causados pelo ilícito penal (artigo 91, I, do CPB c/c artigo 63 do CPP). O doador pode revogar a doação consoante expressa determinação do artigo 557 do CC. A exclusão da herança se o ilícito penal

tiver tido como vítima aquele que o autor sucederia por morte natural, atendendo ao provérbio alemão ‘*Hand nimmt kein Erbe*’, ou seja, mão ensangüentada não apanha herança. No plano administrativo, o sentenciado pode perder o cargo, função ou mandato eletivo, desde que reconhecido pelo juiz sentenciante e que o crime tenha sido praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, consoante a expressa determinação do artigo 92 do CPB em seus incisos I, II e III.¹⁴¹

Em relação aos efeitos penais, em caráter secundário, temos a inscrição do nome do réu no rol dos culpados, a perda da possibilidade de se lhe agraciar, em caso de novo cometimento de infração penal, do *sursis* penal e a suspensão condicional do processo nos termos do artigo 77, I, do CPP e do artigo 89 da lei 9099/95, respectivamente. O sentenciado de forma definitiva fica impedido de prestar fiança nos termos do artigo 323, III, do CPP em caso de nova infração em que for admitida a prestação de fiança para a concessão da liberdade provisória. A declaração da incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, caso o ilícito penal tenha sido doloso e praticado contra filho, tutelado, curatelado, é outro efeito da decisão penal condenatória.

Vê-se, pois, que todos os efeitos das decisões penais condenatórias, sejam de caráter principal, secundário, penais ou extrapenais, só se solidificam com o efeito do trânsito em julgado destas. Assim, necessário se faz que se possa identificar de que forma, como e por que tal fenômeno jurídico ocorre para que todos os efeitos ora elencados se efetivem na ciência penalógica, com o que nos ocuparemos agora.

¹⁴¹ Art. 92. São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos. (Redação dada ao inciso pela Lei nº 9.268, de 01.04.1996, DOU 02.04.1996)

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. (Redação dada ao inciso pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

Modificação - Redação imposta pela Lei nº 7.209/84.

Noção - Quer parecer que os efeitos elencados neste dispositivo poderiam ter constado do artigo anterior, já que ali se fala dos "efeitos da condenação" e, aqui, dos "também efeitos da condenação". Observe-se que a diferenciação consiste, apenas, no advérbio também. Todos são efeitos da condenação.

1.3. Da coisa julgada – a segurança jurídica das decisões. Seu conceito, sua natureza e sua ocorrência no sistema jurídico penal

Luigi Ferrajoli ao se reportar sobre a coisa julgada em detrimento da verdade empírica dos fatos que devem ser objeto de reconstrução pelo juiz no desenvolvimento da ação penal que tem a decisão como obra final de seu trabalho assevera que a coisa julgada é impregnada de um caráter antes imperativo do que cognitivo, que permite até contradizer a verdade, transformando o branco em preto e o quadrado em redondo, como o antigo brocardo dístico de Scassia por ele mencionado revela – *facere de albo nigrum et de quadrato rotundum*. Assim, já desponta uma característica da coisa julgada, qual seja, seu caráter imperativo e cogente, mesmo que o seja em detrimento da verdade empírica dos fatos.¹⁴²

A crítica escorçada pelo penalista italiano se faz em função do poder abarcado pela decisão judicial após sua força imperativa da *res judicata*.¹⁴³ E tal se dá em razão de que a decisão judicial pode representar uma injustiça, um erro na aplicação subsuntiva da lei, e em face da imperatividade da coisa julgada, as conseqüências para o acusado e até mesmo para a sociedade são de caráter irremediável. Cite-se como exemplo nacional de erro judiciário o conhecido e célebre caso dos irmãos Naves, no qual se dera a condenação que se alcançou pelo esgotamento recursal, sendo eles obrigados a cumprir pena sobre um fato inexistente, ou seja, não haviam cometido qualquer conduta delitiva, o que só se provou após vários anos de cumprimento da pena, com o aparecimento da pessoa que supostamente foi dada como morta na cidade em que eles residiam.

Não obstante, malgrado os erros judiciais aferíveis pela falibilidade humana, não se pode deixar de concordar que deve haver um limite para se pôr fim a toda e qualquer ação, ou seja, tem de haver um final para que não se conceda às partes uma eterna luta que não encontre cessação, até porque não se pode garantir ao insatisfeito pela decisão uma insurreição ilimitada e sem

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo penal**. São Paulo:RT,2002, p.50.

¹⁴³ Todavia o próprio penalista italiano na mesma obra revela que a perseguição a um direito penal totalmente como verdade objetiva é uma utopia que, antes de ilusória, é perigoso acreditar que se possa alcançar, alinhavando que a verdade deve ser aproximativa dos fatos empíricos.

perspectiva de solução. Por isso é garantida a dupla esfera de impugnação decisória, com o controle constitucional e legal por cortes superiores. Esta a explicação para a existência da *res judicata*.

Premente que as decisões penais podem impingir ao acusado a restrição de um direito fundamental que é a liberdade, corolário e imanente para a garantia de uma sociedade democrática, e como garantidora da dignidade do próprio ser humano é que a coisa julgada, no plano penal, se caracteriza por uma relatividade perene (*pro reo*), podendo a decisão penal condenatória finita, a qualquer tempo, ser objeto de questionamento. Assim, vale lembrar o pensamento esposado por Rogério Lauria Tucci que diz ser a coisa julgada no plano penal *sui generis*, pois assume autoridade relativa quando tutela decisão condenatória, assumindo nos casos de absolvição autoridade absoluta.¹⁴⁴ Tal característica será objeto de aprofundamento mais adiante.

Logo, fundamenta-se a coisa julgada na segurança jurídica que deve ter a decisão judicial como corolário da necessária paz social advinda da prestação jurisdicional confiada ao poder judicante na tripartição dos poderes estatalizados. Fernando da Costa Tourinho Filho, citando Beling, diz que a coisa julgada é garantidora da vida jurídica, pois esta não suportaria uma renovação constante do processo, ou como o citado autor expressa “*debe existir um momento en que se considere la decisión de um litigio como verdadera*”.¹⁴⁵ Este primeiro fundamento é residente em questões de ordem política que necessitam impor uma estabilidade às relações sociais através da imutabilidade do *decisum*.

Analisando-se os caracteres da coisa julgada, seu fundamento jurídico e sua funcionalidade, pode-se então chegar a um conceito unívoco aceito pela doutrina como a imperatividade da aplicação decisória mediante sua imutabilidade alcançada pelo esgotamento recursal ou pela preclusão do lapso temporal impugnativo do ato decisório.

¹⁴⁴ BERISTAIN, Antônio; ZAFFARONI, Eugênio Raul; TUCCI, Rogério Lauria. **Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo**. In: Direito Criminal vol.3 .Belo Horizonte:Del Rey, 2001, p.123.

¹⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal** vol.4.27.ed.São Paulo:Saraiva, 2005, p.300.

Eduardo Talamini nos fornece conceituação da coisa julgada revestindo-a de qualidade da sentença de cognição que exaure o mérito mediante seu trânsito em julgado, tornando imutável o conteúdo do comando sentencial. Reporta-se, ainda, o referido autor, à inconfundível autonomia conceitual entre trânsito em julgado e coisa julgada, relatando que a primeira distinção entre os mencionados institutos teve gênese no direito canônico, concluindo existir entre estes uma relação de causa e efeito, sendo certo que o trânsito em julgado diz respeito ao esgotamento cronológico dos meios internos de se rever a decisão, e a coisa julgada se efetiva na autoridade estabelecida pela decisão em razão de não mais poder ser questionada.¹⁴⁶

Registre-se que tal fundamento jurídico da coisa julgada como qualidade da sentença se funda no pensamento de Enrico Tullio Liebman, rechaçando não ser a coisa julgada um mero efeito, mas sim uma qualidade da decisão. Daí repousa o desdobramento do entendimento relatado anteriormente sobre a imperatividade da *res judicata* como seu primordial atributo.¹⁴⁷ É certo que este entendimento recebeu a chancela uniforme de aceitação pela doutrina nacional, revelando-se como uma nova visão de se contextualizar a coisa julgada.

A coisa julgada, por sua natureza, resvala como sendo um instituto processual com relevância constitucional, mais precisamente em termos de garantia fundamental constitucionalizada. Explicamos. De há muito se pensava ser a coisa julgada um fenômeno arraigado ao direito material em virtude de constituir ou criar uma situação jurídico-material de solução dos conflitos – teoria substancial da coisa julgada. Não obstante, a coisa julgada, como qualidade da sentença, constitui situação jurídica abrigada pela relação processual, pois se funda na vedação de se emitir novo comando jurisdicional sobre aquela situação de fato, bem como imprimir comando cogente para se adotar aquela decisão como premissa inafastável nos pronunciamentos jurisdicionais com conteúdo idêntico.¹⁴⁸

¹⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005, p.30,32.

¹⁴⁷ Conforme Liebman, a coisa julgada se reveste de qualidade, e não como próprio efeito da sentença, em virtude de não se poderem confundir em um mesmo plano lógico os efeitos da sentença em si com a coisa julgada, uma vez que a sentença pode produzir efeitos mesmo antes de transitar em julgado, ou seja, mesmo antes de se operar a imperatividade de seu conteúdo decisório, tal qual se verifica com as sentenças penais absolutórias. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Ações concorrentes. Eficácia e autoridade da sentença**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.1-70.

¹⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo:RT, 2005, p.46.

Embora tenha a relação processual um objeto de cunho material, com este direito não se confunde ou se integra, havendo de se declarar sua independência ôntica e deôntica. Logo, enquadrando-se a sentença como instrumento da processualística, a qualidade desta, qual seja, sua imperatividade através da coisa julgada, não poderia ter outra natureza que não a de origem processual.

Fôssemos adotar uma concepção dogmática para explicar seu caráter processualístico, perfeitamente seríamos socorridos pelo artigo 467 do CPC que traz uma definição, ainda que singela, da coisa julgada como sendo “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, guardando a relação de sua natureza e concepção estrutural. Todavia, não seria só por cautela sistemática que o legislador arrolou o instituto como processual, mas porque sua substância assim se revela.

Suplantada a tese de que a coisa julgada, por estabelecer a imperatividade do direito material, estaria a este ligada, resta-nos revesti-la da roupagem constitucional que hoje assoma seu contorno. Senão vejamos. Como já relatado anteriormente, a coisa julgada está embrionariamente ligada a uma relação de cunho eminentemente processual vinculada ao princípio da segurança jurídica. Com o advento da Constituição Federal de 1988, ganhou desenho de garantia fundamental, uma vez que sua contextualização fora agasalhada naquele rol, mais precisamente no artigo 5, inciso XXXVI, que rege “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Mesmo com tal positivação, há quem entenda que referido instituto não pode ser tido como garantia constitucional de forma ampla, mas somente nos limites em que guarda relação como mecanismo de proteção à irretroatividade legislativa, uma vez que tal instituto resulta de norma anterior abrigada pelo Código de Processo Civil. Assim o pensamento e a lição de Humberto Theodoro Júnior.¹⁴⁹

Não obstante, não podemos assentir na tese esposada pelo retromencionado autor. A inserção da coisa julgada no rol dos direitos e garantias fundamentais constitucionais comporta uma aplicação hermenêutica em seu grau máximo para balizar o entendimento de que a coisa julgada vai muito além da incidência normativa, gerando um comando também ao aplicador da

¹⁴⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. Coop. Juliana C. de Faria. RT, n.795. São Paulo: RT, 2002, p.30-33.

lei, ou seja, não é só para proteger uma inserção legislativa pura e simples, mas também para limitar a atividade jurisdicional neste aspecto, dando o contorno de garantia constitucional devida, sendo-lhe vedada a supressão até mesmo por emenda constitucional, conforme o disposto no artigo 60, parágrafo quarto, inciso IV, da própria Carta Magna. Alçar-lhe importância menor é dissociar sua existência do campo constitucional, para um entendimento puramente processual, o que, por apego a uma análise sistêmica dentro do ordenamento, não se permite.

Todavia, para que não se perca o foco do tema, e não se permitam conclusões paradoxais, ainda que incipientes neste momento, não afirmamos que pelo simples fato de ganhar ares de garantia fundamental constitucionalizada seja tal instituto acobertado pela sua absoluta predominância ou preponderância sobre outros institutos também de cunho fundamental, até porque, no início deste capítulo, já havíamos alçado a coisa julgada em seara penal com o cunho de relatividade *perene pro reo*, quando em conflito com outros direitos fundamentais necessários, tais como liberdade, dignidade da pessoa humana, verdade e justiça das decisões.

Desta forma, elaborada sua conceituação e focada sua natureza no sistema, resta-nos, sob este prisma, posicionar a coisa julgada na seara penal. Como dito algures, assume a coisa julgada papel relevante no direito penal, tal qual em outros ramos, pela impositividade da sentença. Não obstante, essa imperatividade ganha relativo contorno quando se chocar, a qualquer tempo, com as hipóteses:

- I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência 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 circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Todas essas circunstâncias são combatidas pela instrumentalidade conferida à REVISÃO CRIMINAL, objeto de estudo mais aprofundado no quinto capítulo de nosso trabalho, para desconstituí-la.

2. A segurança jurídica das decisões judiciais

Como já salientado no item anterior, a segurança jurídica se apóia em um fundamento político necessário para o controle e harmonia social através da decisão judicial, que precisa ter um fim com peso de cogência, revelando o direito a ser observado. Referida segurança ganha corpo principiológico dentro do sistema, pois seu grau de abstração repousa no valor fundante a garantir o direito através da aplicação das leis via Poder Judiciário, a quem é assegurado o poder da revelação das normas mediante sua devida interpretação como ato de autoridade. Sobre este poder de revelação normativa cuidamos com mais vagar no quarto capítulo.

Assim, a segurança é a pedra de toque da coisa julgada, dando-lhe a força para a vinculação do direito material a ser utilizado depois de sua revelação pela sentença. Não obstante, guarda enorme preocupação e tem sido objeto de estudos doutrinários e filosóficos a relação entre a segurança do *decisum* e seu conteúdo revelador de distribuição de justiça, como já fizemos alguma observação no capítulo vestibular de nossa dissertação, uma vez que a injustiça das decisões tem sido o cerne para se justificar a relativização da imutabilidade e da imperatividade absoluta da coisa julgada.

Gustav Boehmer, citado pelo ministro do STJ, José Augusto Delgado, em artigo que trata das sentenças injustas que violam a moralidade e os princípios constitucionais, assim se expressa acerca do binômio ora vazado entre segurança e justiça:

Por supuesto que no se deve desconocer que la no aplicación de una ley que todavia subsista formalmente puede quebrantar igualmente la seguridad jurídica y defraudar la confianza de los miembros de la comunidad em la santidad de los mandamientos jurídicos del Estado y la obligación que legalmente incumbe al juez. Pero es preferible, por um lado, tolerar la denegación de um derecho que se há pedido y com cuyo reconocimiento se contaba, que la privación del que ya há sido reconocido y en cuya posesión inatacable ya se confiaba. Uma confianza solo merece

protección cuando está justificada. En la subsistencia de disposiciones legales que se hallan em abierta contradicción com postulados fundamentales de la moralidad y la justicia deve confiarse menos que em la obligatoriedad de uma decisión judicial alcanzada por médios errôneos, pero que procesalmente ya no es impugnabile.¹⁵⁰

Logo, percebe-se que o nascedouro para compatibilizar a segurança jurídica das decisões e o respectivo conteúdo justo destas engendra a quebra do absolutismo da imutabilidade e da intangibilidade da coisa julgada. A simetria necessária entre o justo e o seguro não pode ser fruto de uma concepção meramente formal, sob pena de se quebrar o sentido teleológico do direito, mas de resultado efetivo na aplicabilidade das normas.

Desponta, pois, que a natureza da segurança não possui somente um fundo político, mas também jurídico, em face de sua densidade se espriar nas relações privadas gerando o ato jurídico perfeito – relações contratuais –, bem como nas relações públicas, ao conservar o direito adquirido, e sendo o corolário enunciativo no panorama constitucional da coisa julgada.

Assim, a segurança jurídica repousa sua natureza em seara constitucionalizada como valor fundamental para a realização da sociedade democrática em termos principiológicos. Estes devem sofrer a ponderação axiológica necessária quando em conflito com outros princípios também fundantes deste Estado democrático, mas que serão operacionalizados quando da busca da efetividade do direito e seu sentido de aproximação de distribuição de justiça. Daí porque não poderemos nos afastar de valores como verdade, justiça, certeza e seus respectivos opostos, para se acoimar a imperatividade da coisa julgada cercada pela garantia da segurança de que todo ato decisório deve ser revestido.

Em um primeiro plano devemos, de forma sucinta e objetiva, ressaltar que embora os conceitos de segurança e certeza sejam de conteúdos semânticos assemelhados, quando em concreção jusfilosófica, devem ser distinguidos por suas características. Senão vejamos. Segundo o magistério de Carlos Aurélio Mota de Souza, a segurança promana das leis e a certeza advém do conhecimento pelo cidadão destas leis, traduzindo a segurança em termos objetivos através

¹⁵⁰ DELGADO, José Augusto. **Efeitos da Coisa Julgada e os princípios constitucionais**. In: Coisa Julgada Inconstitucional. Coordenador: Carlos Valder do Nascimento. 5.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p.50.

das normas e das instituições do sistema jurídico, e a certeza deste direito mediante a formação intelectual dos destinatários das normas. Assim exemplifica:

A certeza do direito é uma faculdade, pois pode não se concretizar o direito, o condutor pode não sair pela estrada, sair de dia ou à noite, com sol ou neblina, porém a estrada sempre estará em seu lugar, como as leis estão nos códigos.¹⁵¹

Paulo de Barros Carvalho distingue a certeza do direito da segurança jurídica afirmando ser a certeza atributo essencial dos enunciados normativos com sentido deôntico, sendo a segurança decorrente dos fatores sistêmicos que utilizam a certeza de modo racional e objetivo com direção à implantação de um valor específico que se resume em propagar no meio social um sentimento tranquilizador de que os efeitos jurídicos efetivamente são capazes de regular as condutas humanas.¹⁵²

Assim, a segurança jurídica, como já firmado por inúmeros autores, dentre eles Renato Cirell Czerna, Theophilo Cavalcanti Filho, Flávio Lopes de Oñate, Perez Luño, consiste na certeza de que a lei é válida, tem eficácia e é asseguradora da justiça a ser alcançada.¹⁵³ Todavia, partindo da premissa da segurança jurídica da lei, devemos transpor seu conteúdo para a decisão judicial, tema ora sob enfoque.

Correto pensar que toda decisão judicial tem seu grau de certeza, até porque não se pode falar em decisão judicial incerta, e toda decisão agrega, após a respectiva preclusão consumativa acerca de seu conteúdo mandamental, efeitos de densidade de assecuração mediante a segurança de sua aplicabilidade. Não obstante, não se pode gizar que toda sentença certa e segura é justa. E é exatamente esta a equação que se busca para dar conteúdo de segurança às relações jurídicas, qual seja, o toque infalível da imutabilidade mediante a justeza das decisões em concreção da

¹⁵¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996, p.27.

¹⁵² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.149.

¹⁵³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996, p.33.

certeza do Direito, porquanto tal segurança opera no plano de sua relativização em face dessa constante busca pelo ideal de justiça.

Assim, a segurança jurídica, como corolário da coisa julgada, se prostra como princípio desprovido do caráter absolutista, cedendo passo, cada vez mais, para certa relativização, pois neste diapasão acompanha em igual compasso as linhas motrizes da coisa julgada, que no plano geral já se descompatibiliza de seu conteúdo de irrevogabilidade, mormente no direito penal, tendo a retroatividade da lei benigna como um dos seus princípios informadores, cujo objeto será aprofundado nos itens seguintes deste capítulo.

3. O efeito relativo da coisa julgada na esfera criminal

Sob um prisma geral, a coisa julgada tem sido objeto de questionamento acerca de sua absoluta imutabilidade, em face da possibilidade de um conteúdo decisório que se afaste do ideal de justiça. A doutrina processualista tem, cada vez mais, se aprofundado sobre o tema em razão de decisões finitas que desafiam a constitucionalidade e sob este enfoque têm sido os estudos direcionados.

Como ensina Giuseppe Chiovenda, citado por Daniel Francisco Mitidiero, *“la cosa juzgada es uno de los institutos que presentan más deformaciones y degeneraciones históricas y que más han sufrido y sufren todavía por efecto de confusión y de equívocos”*¹⁵⁴. A preocupação do jurista italiano se revela pertinente devido à carga axiológica preponderante que vêm sofrendo outros princípios em face da segurança jurídica e, por conseqüência, da coisa julgada, operando-se a relativização de forma constante do ordenamento na preservação e busca de uma identidade deste com a justiça por ele permeada.

Ovídio A. Baptista da Silva enfatiza que foi através do Ministro do STJ José Augusto Delgado que se levantou de forma potente e com peso de autoridade a primeira voz para se questionar o efeito absoluto da coisa julgada, ou seja, sua carga de imperatividade indissolúvel, como dizem em seu artigo as palavras textuais do ministro: “a coisa julgada não deve ser via para

¹⁵⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva**. Revista de Direito processual civil, ano VIII. Curitiba: Gênese, jul/set 2003, p.451.

o cometimento de injustiças”. Em outra frutífera passagem, traz o magistério do jurista português Paulo Otero que justifica a relativização da coisa julgada, em virtude, também, de se buscar um conteúdo de justiça para as decisões, alinhavando que “a segurança como valor inerente à coisa julgada e, por conseguinte, o princípio de sua intangibilidade são dotados de relatividade, mesmo porque absoluto é apenas o DIREITO JUSTO”.¹⁵⁵ Embora o próprio autor se posicione contra a quebra do princípio da segurança jurídica em razão do conteúdo conceitual abstrato de justiça, não há como negar que a base fundante para a relativização encontra seu patamar exatamente neste ponto.

Logo, como se percebe facilmente em uma leitura linear, a relativização da coisa julgada encontra seu fundamento na busca de se equacionar o trinômio certeza, verdade e justiça, através das decisões que revelam as normas aplicadas. Outro não é o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira, que ressalta se justificar a referida relativização acerca de casos de injustiça, mas agrega a intolerabilidade do grau de injustiça para a aceitação da quebra de sua segurança, bem como das decisões finitas que desafiam a constitucionalidade em seus conteúdos decisórios.¹⁵⁶ Neste diapasão, não seria qualquer injustiça que serviria de ponto de partida para a quebra da segurança e a imperatividade do *decisum*, mas tão-só aquela que se resume por intolerável no sistema, revelando um grau absurdo de sua continuidade e permanência. Assim, parece-nos mais sensato.

De se gizar que a relativização da coisa julgada material em função da gravidade da injustiça ou da incompatibilidade constitucional também aproveita ao campo penal, para que não se tratemos vícios intoleráveis no processo de forma estanque quando as situações são assemelhadas, como no pensar de José Carlos Barbosa Moreira: “a doutrina ‘relativizadora’ deve necessariamente passar pelo teste de aplicabilidade ao processo criminal, sob pena de estabelecer diferença de tratamento injustificável à luz da substancial identidade das situações”.¹⁵⁷

¹⁵⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Coisa julgada relativa?**. Revista de Direito processual civil, ano VIII. Curitiba: Gênesis, out/dez, 2003, p.790-792.

¹⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. Revista Forense, vol.377. Rio de Janeiro: Forense, jan/fev.2005, p.43-60.

¹⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. Revista Forense, vol.377. Rio de Janeiro: Forense, jan/fev.2005, p.60.

Não obstante, dentro da seara penal a relativização da coisa julgada também se justifica em virtude de a tutela penal, quando maculado o bem jurídico protegido, sacrificar direito fundamental essencial, qual seja o *status libertatis* do indivíduo, compatibilizando, assim, o princípio da segurança jurídica com este que possui carga axiológica preponderante. Desta forma se explica a exegese do artigo 622 *caput* do CPP, que reza: “A revisão poderá ser requerida a qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após”. Assim, vê-se que a ação revisional tem o condão de desconstituir a pretensão executória que se forma com a coisa julgada material, a qualquer tempo, mesmo que esta já tenha sido extinta.

Tal fundamento se justifica não só em função do ideal de justiça contido nos decisórios penais que limitam o direito fundamental à liberdade, mas também da carga negativa que uma decisão penal revela em seu consequencial sociológico. Assim, justifica-se, inclusive, a revisional para recuperar a honra objetiva das pessoas já falecidas.¹⁵⁸

No tocante à injustiça e à inconstitucionalidade das decisões finitas, é de se observar que estas podem recair tanto em decisões de cunho absolutório quanto condenatórios, como já se expressou anteriormente. De se perquirir se a relativização da coisa julgada pode ser possível quando a decisão for favorável ao réu.

José Carlos Barbosa Moreira entende que a relativização prepondera de forma uniforme em virtude de não se poder unilateralizar o fenômeno. Para tanto, exemplifica em torno do caso de juiz declarar a extinção da punibilidade em face de reconhecimento da prescrição em crime de racismo. Tal decisão afrontaria de forma absoluta o artigo 5, inciso XLII, da CF que trata o crime de racismo de forma a prever sua imprescritibilidade.¹⁵⁹

¹⁵⁸ REVISÃO – MORTE DO CONDENADO NO CURSO DA AÇÃO REVISIONAL POR ELE PRÓPRIO POSTULADA – LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DE CURADOR NOMEADO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, OU PELO RELATOR – OCORRÊNCIA – REVISÃO CRIMINAL – A morte do condenado, estando em curso a revisão criminal por ele próprio postulada, não obsta ao prosseguimento da ação, nem exige que a substituição processual recaia em seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, aos quais, embora, a lei confere titularidade para inaugurar a demanda revisional (art. 623, CPP). Dá-se caso de legitimação extraordinária na pessoa de curador nomeado pelo presidente do tribunal (art. 631, CPP) ou pelo relator (art. 36, inc. IX, Regimento Interno do TACRIM – SP), conforme o caso. (TACRIMSP – Rev 360976/5 – 13º G.C. – Rel. Juiz Ricardo Dip – DOESP 21.06.2001)

¹⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material.** Revista Forense, vol.377.Rio de Janeiro: Forense, jan/fev.2005, p.61.

Todavia, em sede processual penal, por faltar instrumentalidade para se rever decisão *pro reo*, padece a teoria da relativização da coisa julgada de ferramenta (ação) hábil para guardar a bilateralidade do fenômeno, a não ser que se admita a *querela nullitatis* como forma de se questionar a injustiça ou a inconstitucionalidade das decisões absolutórias finitas.¹⁶⁰

Foi o que o Supremo Tribunal Federal acabou admitindo, ainda que de forma oblíqua, em caso recente quando determinou a continuidade de ação penal extinta por sentença que reconheceu a inexistência da pretensão punitiva em face da morte do réu que havia juntado atestado de óbito falso. Não obstante, de se observar que assim fez o STF asseverando que referida sentença, por ter se baseado em documento falso, não faria coisa julgada material. Em que pese a suprema decisão assim ter declarado, pensamos que toda e qualquer sentença penal em termos definitivos que reconheça a existência de fato típico, ilícito, culpável e punível é de cunho meritório, logo, faz sim coisa julgada material. O que resulta de referido dado é, então, a constatação da existência da relativização da coisa julgada material em decisões absolutórias e condenatórias, quando há clara evidência de grave injustiça (exemplo dado: certidão de óbito falsa) ou a franca inconstitucionalidade (exemplo: prescrição de crime de racismo declarada na sentença).¹⁶¹

Reportando-se à relativização da coisa julgada como fundamento onímodo de uma concepção na busca de um ideal de justiça, verifica-se, assim, que sua justificação está intrinsicamente ligada à sobreposição de outros princípios que suplantem a mera formalização da segurança jurídica como corolário da certeza e da verdade decisionista. Assim, no dizer de Luiz Guilherme Marinoni, o fenômeno estaria baseado em três princípios fundantes, quais sejam, a proporcionalidade, a legalidade e a instrumentalidade. Por instrumentalidade entende o

¹⁶⁰ QUERELA NULLITATIS – denomina-se *querela nullitatis* ou *actio nullitatis* a ação de ordem declaratória que pode ser ajuizada a qualquer tempo, que tem como objetivo eliminar a incerteza de uma sentença, seja pela ausência de conteúdo essencial para sua existência ou validade, seja pela sua frontal inconstitucionalidade, como vem sendo admitido pela doutrina moderna.

¹⁶¹ PENAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AMPARADA EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA – DECRETO QUE DETERMINA O DESARQUIVAMENTO DA AÇÃO PENAL – INOCORRÊNCIA DE REVISÃO PRO SOCIETATE E DE OFENSA À COISA JULGADA – FUNDAMENTAÇÃO – ART. 93, IX, DA CF – I. – A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. II. – Nos colegiados, os votos que acompanham o posicionamento do relator, sem tecer novas considerações, entendem-se terem adotado a mesma fundamentação. III. – Acórdão devidamente fundamentado. IV. – H.C. indeferido. (STF – HC 84525 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 03.12.2004 – p. 00050) JCF.93 JCF.93.IX

processualista pátrio ser a decisão alinhavada pelos ideais de justiça e realidade, utilizando-se do processo como instrumento realizador destes ideais. No tocante à legalidade, afirma que a limitação estatal na aplicação das normas não pode ser abrigada pela coisa julgada contra o direito positivado. Por último princípio, a proporcionalidade, há o entendimento de que a coisa julgada não pode ter valor hierárquico a outros, devendo, assim, ceder passo sempre que um outro valor se chocar com a imperatividade de sua formalidade.¹⁶²

Por muito tempo a coisa julgada foi vista como um instrumento de pacificação social, pois mesmo que a sentença contivesse um erro essencial contrário ao sentido legal e esta fosse alcançada pela segurança jurídica da *res judicata*, deveria ser considerada imutável e imperativa. Isto fez com que o eminente processualista italiano Sérgio Costa afirmasse que não se podia conceber a existência, ainda que de forma abstrata, de uma sentença injusta, ou seja, a justiça das decisões era alcançada pela via preclusiva da coisa julgada, fosse pelo seu esgotamento recursal, fosse pela decorrência temporal inerente à sua impugnação.¹⁶³

Todavia, necessário se faz a evolução da coisa julgada no tocante a sua imutabilidade em virtude do grau de injustiça que poderia representar sua formalidade intrínseca. Desta forma, abandonou-se a idéia de inexistência de sentença injusta em razão da preclusão consumativa, ou seja, a justeza da sentença não seria aferida pela certeza da aplicabilidade decisória em virtude da mera necessidade de sua imperatividade. Alexandre Freitas Câmara, citando COUTURE, ressalta o caráter independente do conceito de justiça e de coisa julgada, destacando a exata dicotomia entre tais institutos, senão vejamos em seu textual magistério:

Certo é que na sistemática do direito a necessidade de certeza é imperiosa; toda a matéria do controle da sentença não é outra coisa, como procuramos demonstrar, senão uma luta entre as exigências da verdade e as exigências da certeza. Uma maneira de não existir do direito seria a de não se saber nunca em que consiste. Entretanto, a verdade é que, ainda assim, a necessidade de certeza deve ceder, em determinadas condições, ante a necessidade de que triunfe a verdade. A coisa julgada não é de razão natural. Antes, a razão natural pareceria aconselhar o contrário: que

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)**. Revista de direito processual civil, ano VIII. Curitiba: Gênesis, jan-mar, 2004, p.143.

¹⁶³ COSTA, Sergio. **Manuale di diritto processuale civile**. 5.ed., Turim: UTET, 1980, p.379.

o escrúpulo de verdade fosse mais forte que o escrúpulo de certeza; e que sempre, em face de uma nova prova, o de um fato novo fundamental e antes desconhecido, se pudesse percorrer de novo o caminho já andado, a fim de restabelecer o império da justiça.¹⁶⁴

Destarte, superada a questão entre uma suposta identidade entre coisa e julgada e justiça, como se aquela fosse conseqüência desta, concluímos que a justificção de sua relativização se dá exatamente por uma total independência destes conceitos, dotados de carga axiológica própria e distinta, sendo abalizados segundo um critério principiológico de proporcionalidade.

Vertendo o tema novamente para a seara penal, de salientar que o direito à liberdade, fundamental à realização de uma sociedade democrática, adentra a questão como elemento preponderante para a desconstituição da coisa julgada, sendo este direito a peculiaridade justificadora de se questionar o imperativo do édito condenatório a qualquer tempo. Conclui-se, pois, que aliados aos critérios de uma decisão inaceitavelmente injusta, ou flagrantemente inconstitucional, o sistema penal tutela a liberdade de forma ampla e irrestrita colocando-a em um patamar preferencial, tendo esta proteção contorno constitucional garantístico.

4. A retroatividade da lei penal, seu fundamento constitucional e a coisa julgada material

Da análise anterior acerca da coisa julgada e seu posicionamento constitucional no sistema, extrai-se de forma linear que é vedado ao legislador atingi-la, podendo se verificar que tal ocorrência é efeito de uma opção à segurança jurídica dos atos decisórios e sua imperatividade como forma de aplacar os conflitos sociais decorrentes das condutas humanas.

Não obstante, ao lançar os olhos sob o comando do artigo segundo parágrafo único do CPB, donde emerge o dispositivo de que “a lei posterior que de qualquer modo favorecer o agente aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”, verificamos que a imperatividade e a segurança jurídica não encontram ressonância absoluta no sistema.

¹⁶⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da coisa julgada material**. In: Coisa Julgada Inconstitucional. Coord. Carlos Valder do Nascimento. 5.ed.Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p.132.

Poderíamos pensar em uma incongruência sistêmica no ordenamento, afastando, de forma a interpretar a lei em escala hierárquica, o comando normativo do digesto penal. Todavia, este pensamento, ainda que breve e ingênuo, se afasta por completo ao integrar à norma penal o princípio constitucional acerca da retroatividade da lei penal benéfica, como bem se lê do artigo 5, inciso XL, na CF, que exatamente expressa o comando de retroatividade em benefício do acusado, como se lê, sem quaisquer soçobros: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Logo, forçados somos a reconhecer que o princípio ganha fundamento constitucional, que tem como pressuposto, em um primeiro plano, o direito individual fundamental da liberdade, que irá se sobrepor à garantia da coisa julgada como valor fundante da segurança jurídica.

Assim, é correto afirmar que da interpretação dos comandos normativos *aliunde* destacados a lei não prejudicará a coisa julgada, desde que não seja para beneficiar o sujeito ativo das condutas delitogênicas. Tal fato se explica em um cotejo que foge à razão jurídica, mas repousa seu seio sedimentador em questões sociológicas, isto é, se o corpo social, de qualquer modo, através da lei, abrandou o rigor do tratamento penalógico àquele bem jurídico, seja atenuando sua força reprovadora, seja diminuindo o lapso temporal para a reprimenda estatal, seja criando mecanismos novos de justificação da conduta humana, seja retirando elementos constitutivos do tipo penal, seja extirpando sua tutela do mundo jurídico, não pode a lei anterior, quer em termos de incidência, quer pela sua aplicação através da decisão judicial, ainda que transitada em julgado, continuar gerando efeitos no próprio sistema jurídico em detrimento da sociedade, que já absorveu a conduta e seus efeitos de outra maneira.¹⁶⁵

José Frederico Marques, assente na assertiva adrede colacionada, expressa que o comando constitucional inserto no artigo 5, inciso XXXVI, que trata da coisa julgada, cede passo à *lex mitior* por força de o imperativo também constitucional estar sedimentado em garantia de direito individual de valor maior, qual seja, o *status libertatis*, em sua acepção lata. E retrata o penalista que “*la loi plus douce*” não encontra óbice nem mesmo ante a imperatividade da *res judicata*.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Sobre os efeitos legais acerca da incidência e da aplicação da lei penal, deter-nos-emos com mais substância no próximo capítulo, donde se fará a distinção entre estes fenômenos traçando um quadro de efetividade da lei em seus aspectos sociológicos.

¹⁶⁶ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Volume I. Campinas: Millennium, 2002, p.216.

Na mesma esteira de pensamento aqui já esposada, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli assestam que a lei, em seu caráter benigno, é extensiva também a normas não incriminadoras, ou seja, não incide tão-somente quando se vincula à questão de aplicação sancionatória, mas pode surgir em razão de uma nova causa de justificação, exclusão de cupabilidade, ilicitude etc. Explicando o fundamento da retroatividade, os mencionados autores sustentam, também, que este reside na própria natureza do Direito Penal que regula situações excepcionais, dado seu princípio fragmentário, conferindo ao Estado o poder sancionador para a reeducação social, e sendo esta alterada, deve-se redimensionar o papel estatal na interferência do círculo de bens jurídicos sociais, abrandando seu poderio repressor.¹⁶⁷

Júlio Fabbrini Mirabete, por seu turno, observa que a competência para deconstituir os efeitos da coisa julgada material no tocante à aplicação da *lex mitior* é do juiz da execução penal.¹⁶⁸ A constatação do autor se caracteriza como mera aplicação da exegese do artigo 66, inciso I, da LEP, como já havia também sumulado o STF.¹⁶⁹

Cezar Roberto Bittencourt não destoa da doutrina que nos parece caminhar em harmonia quando a questão é a deconstituição da coisa julgada material através da intervenção de lei nova benigna, asseverando que o fenômeno da retroatividade se firma em um princípio na solução do conflito do Direito intertemporal.¹⁷⁰ Todavia, *permissa venia* para rechaçar a última afirmativa do autor no tocante a integrar o princípio como mero apaziguador de conflitos das leis intertemporais.

Parece-nos que não é bem esse o fundamento constitucional da retroatividade da lei penal benigna. Explicamos. Seria possível assim conceituar se nosso ordenamento tivesse adotado a sistemática do direito alemão em que, como bem retratado por Franz von Liszt, tal comando tem seu efeito retroativo até antes da aplicação da lei através da decisão judicial, senão vejamos seu conteúdo normativo contido no artigo segundo, segunda alínea do digesto penal germânico: “Se

¹⁶⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: RT, 2004, p.219-220.

¹⁶⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.110.

¹⁶⁹ Súmula 611 STF: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”.

¹⁷⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume I. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.106.

desde a época em que a infração foi cometida até a época do respectivo julgamento a lei penal for alterada, aplicar-se-á disposição mais branda”.¹⁷¹

Embora tenha conteúdo de fundo político de opção mais benéfica, a lei germânica não confere ao sistema poder de desconstituir a coisa julgada material como o adotado por nosso ordenamento. Logo, não é só uma questão de adoção pelo intérprete autêntico da lei, o magistrado, da lei melhor antes de sua decisão, como se fosse tão-só um conflito normativo temporal, mas, como bem constatado em linhas atrás, é o fundamento do próprio direito penal corrigindo as interferências no seio social para se alcançar a justa solução entre o direito individual à liberdade e a sanção punitiva estatal.

Acerca do fundamento do princípio ora em estudo, Luiz Regis Prado assevera que o mesmo se justifica não só em razões humanitárias, ou de liberdade, ou de justiça, ou de equidade ou de igualdade no tratamento, mas se assenta no dicotômico embrionário de que a lei nova é justa, e a mais severa, a anterior, se torna desnecessária, em razão de uma desvalorização ético-social do fato, aplicando-se o antigo brocardo *favorabilia sunt amplianda odiosa sunt restringenda*.¹⁷²

Enrico Ferri, em sua célebre obra que trata da principiologia do direito criminal, também já se posicionava nesta mesma linha de pensamento, isto é, do binômio justiça e defesa social, caracterizando a lei benigna como ato de controle social e não de mera conveniência moral ou religiosa. Todavia, o jurista italiano admitia que tal aplicação benigna devesse ocorrer até antes de a decisão transitar em julgado, e que não fosse aplicada a criminosos com periculosidade comprovada.¹⁷³

Pode-se apontar, no entanto, o nascedouro do princípio da retroatividade que, com o passar evolutivo da sociedade na consagração dos direitos fundamentais, foi evoluindo até a admissão que temos hoje em nosso ordenamento jurídico, desafiando, inclusive, a autoridade da coisa julgada material em face de resguardo de valor maior, qual seja, a liberdade.

¹⁷¹ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Campinas: Russel Editores, 2003, p.177.

¹⁷² PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume I. 4.ed. São Paulo: RT, 2004, p.188-189.

¹⁷³ FERRI, Enrico. **Princípios do Direito Criminal**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003, p.152-153.

CRIMINAL – RESP – PORTE ILEGAL DE ARMA – TRÁFICO DE ENTORPECENTE – PROLAÇÃO DE ACÓRDÃO ABSOLUTÓRIO EM RELAÇÃO AO SEGUNDO DELITO – CRIME REMANESCENTE – INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – APLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI Nº 9.099/95 – NORMA PENAL OU MISTA – IRRETROATIVIDADE DAS NORMAS PROCESSUAIS – COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO COMUM PARA A EVENTUAL APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA LEI 9.099/95 – RECURSO PROVIDO – Hipótese na qual o réu foi condenado pela suposta prática dos delitos de porte ilegal de arma e tráfico de entorpecentes, tendo sido absolvido pelo segundo crime em grau de apelação. II. Absolvido, o réu, de um dos crimes e sendo o delito remanescente – Porte ilegal de arma –, infração de menor potencial ofensivo, cuja pena privativa de liberdade máxima é de dois anos, deve-se averiguar a aplicabilidade dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95. III. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que, com o advento da Lei 10.259/01, ampliou-se o rol dos crimes capitulados como de menor potencial ofensivo – Com a conseqüente determinação de aplicação do rito especial aos delitos punidos com pena privativa de liberdade máxima, em abstrato, de até dois anos –, resultando na derrogação tácita parcial do art. 61 da Lei nº 9.099/95. Precedentes. IV. Tratando-se de infração de menor potencial ofensivo, iniciado o processo criminal na jurisdição ordinária, nela deve permanecer, em atenção ao disposto nos arts. 92 da Lei nº 9.099/95 e 25 da Lei nº 10.259/01 e ao princípio segundo o qual o tempo rege o ato. Precedentes do STJ e do STF. V. Exceção ao princípio no tocante aos institutos despenalizadores introduzidos no ordenamento jurídico nacional pelos arts. 74, parágrafo único, 76, 88 e 89 da Lei criadora dos juizados especiais cíveis e criminais estaduais, pois dotados, estes últimos, de natureza jurídica de direito material, ou mista. VI. Deve ser cassado o acórdão proferido pelo tribunal a quo no julgamento dos embargos de declaração opostos pelo réu e parcialmente anulado o aresto referente ao julgamento do apelo defensivo, tão-somente na parte em que manteve a condenação do paciente pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, a fim de que lhe sejam aplicados, em primeira instância, se for o caso, os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, inclusive a transação penal. VII. Recurso provido, nos termos do voto do relator. (STJ – RESP 200501820846 – (794883 MG) – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 13.03.2006 – p. 00371) JLJE.61 JLJE.92

Em outro caso recente em que se discutia o pagamento do débito tributário como forma de extinção da punibilidade mesmo em razão de sentença condenatória confirmada em sede de

apelação pela instância superior, o Superior Tribunal de Justiça determinou o trancamento da ação penal em face da comprovada incidência de lei posterior benéfica que retroagiu e cassou os efeitos da sentença condenatória. Vejamos também a ementa do *decisum*:

CRIMINAL – HC – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – ART. 1º, INCISO II E ART. 11, AMBOS DA LEI Nº 8.137/90 – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – LEI 10.684/03 – PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO – COMPROVAÇÃO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA – ORDEM CONCEDIDA – Hipótese na qual os pacientes foram denunciados pela suposta prática do crime previsto no art. 1º, inciso II e art. 11, ambos da Lei nº 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal. Comprovado o pagamento integral do débito tributário, incide, à hipótese dos autos, o § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/2003. Tratando-se de norma penal mais benéfica, deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Precedentes do STF e desta corte. Deve ser cassado o acórdão impugnado, determinando-se o trancamento da ação penal instaurada contra os pacientes, tendo em vista a extinção de suas punibilidades. Ordem concedida, nos termos do voto do relator. (STJ – HC 200501566958 – (48137 RS) – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 19.12.2005 – p. 00462) JCP.71 JCF.5 JCF.5.XL

Dessume-se, pois, que as lições trazidas nos levam, cada vez mais, a concordar com o pensamento pontiano de que os direitos fundamentais têm caráter evolutivo e são cíclicos, ao passo que a sociedade contemporânea exige cada vez mais a prevalência de seus direitos em face do Estado. E assim foi com o princípio em comento. Admitiu-se em primeiro plano uma retroação intertemporal da aplicação legal penalógica entre o tempo do crime e a data da sentença, posteriormente evoluindo para admitir pudesse a *lex mitior* desconstituir a coisa julgada, afetando, sobremaneira, a teoria absolutista da segurança jurídica que se sobrepunha aos critérios de justiça e liberdade. E essa evolução não pode cessar, alcançando seu patamar nos termos da jurisprudência benigna, como ora se propõe.

Desta forma podemos assentar, sem medo de errar, que o fundamento constitucional da retroatividade da lei benigna remonta à busca da justiça, permeando o direito de liberdade individual como corolário do sistema penal nacional. Não obstante, como vivenciado em capítulos anteriores, tal fenômeno não tem sido suficiente para a proteção deste direito individual

fundamental, requerendo esforços para que a evolução caminhe no sentido de se alcançar um novo conceito paradigmático de retroatividade, como efetivamente trazemos no próximo capítulo de nossa dissertação, tentando buscar soluções ao vácuo sociológico experimentado pela inefetividade do direito penal contemporâneo.

CAPÍTULO IV

A RETROATIVIDADE DA DECISÃO PENAL BENIGNA – A JUSTIÇA DA IGUALDADE NO PLANO SOCIOLÓGICO DA NORMA

1. A retroatividade de decisão mais benéfica- plausibilidade e possibilidade jurídica. 2. A incidência e a aplicação da lei penal – a dimensão sociológica da norma jurídica como garantia a uma nova teoria da retroatividade da decisão penal mais benéfica. 3. A aplicação da lei – seus efeitos jurídicos, sua função social. 3.1 – O direito penal efetivo e o papel das decisões judiciais. 3.2- A busca pela justiça através da lei – a dimensão sociológica do direito. 4 – A disparidade no campo da aplicação das leis para suportes fácticos idênticos e a necessidade de uma nova teoria da retroatividade. 4.1 – A

interpretação da lei na revelação das normas jurídicas – a aplicação da lei sobre suportes fáticos idênticos ou análogos. 4.2- A necessidade de uma nova teoria da retroatividade para a garantia da aplicação da norma jurídica atendendo ao seu fim sociológico.

1. A retroatividade da decisão mais benéfica – plausibilidade e possibilidade jurídica

Nos capítulos anteriores buscamos definir os conceitos e os planos normativos e sociológicos da igualdade, da coisa julgada e situamos as decisões penais como consectários na aplicação do Direito, além de trazer o fundamento da justiça como norte a buscar a evolução social e jurídica dos institutos, mais precisamente da garantia constitucional da retroatividade da lei penal benigna.

Trataremos neste capítulo de demonstrar que a decisão judicial, em seu conteúdo, como forma de aplicação do direito material, pode ser objeto de retroação para alcançar outra decisão que tenha sido diametralmente oposta a esta, agora de cunho mais benéfico, por entender que a norma penal teve alcance diferenciado daquela. Tal fenômeno se dá em virtude de podermos entender que a decisão precisa atender a seu caráter de distribuição de justiça, tendo como fundamento maior a justiça isonômica na aplicação da norma penal.

Cediço que toda decisão precisa possuir conteúdo motivador que justifique a escolha da interpretação normativa a apontar naquela direção. Antônio Magalhães Gomes Filho, citando Comanducci, sustenta ser a decisão objeto de uma atividade mental (motivação-atividade) do juiz desaguando em um produto (motivação -produto), o que significaria um conjunto de enunciados lingüísticos contidos na sentença, formando, assim, a decisão do juiz. Desta forma podemos ter que tal escolha motivadora, como ficará mais bem explorado em outro capítulo, pode ser objeto de revisão, não se podendo ter como certa e finita a escolha do magistrado naquela situação fática.¹⁷⁴

Citemos o exemplo de um réu que não tenha condições financeiras de contratar uma boa banca de advogados, e outro, em situação penal idêntica, tendo os recursos para contratar

¹⁷⁴ Gomes Filho, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo:RT, 2001,p.111/112.

uma defesa de melhor qualidade. O primeiro réu, em situação de suporte fático, idêntico ou semelhante, tem um julgamento que lhe tolhe a liberdade, e o outro consegue uma interpretação diferenciada, alcançando uma condenação em situação que não comporte a perda de sua liberdade de forma efetiva, por ter conseguido junto aos tribunais superiores uma decisão diferenciada, pois a escolha motivadora do primeiro magistrado se viu equivocada.

Não obstante, pelo efeito da coisa julgada, aquele réu terá de se submeter ao cumprimento da decisão, e o outro, em situação idêntica, que teve uma interpretação motivadora diferenciada, estará sujeito a um outro tipo de sujeição. Não nos parece que houve tratamento justo na aplicação isonômica do direito em detrimento ao formalismo da coisa julgada, podendo, ao nosso ver, fazer com que a decisão penal mais benéfica possa retroagir e alcançar a situação idêntica, para lhe dar o cuidado semelhante na interpretação e na escolha da motivação quando da aplicação da decisão.

Não obstante, para que se justifique a nova dimensão teórica do fenômeno da retroatividade da decisão penal benéfica, temos de demonstrar que o mecanismo de aplicação do direito, através da norma, encontra verdadeiro respaldo normativo, quando a própria lei garante que a lei penal benéfica retroage, segundo expressa regra constitucional insculpida no artigo 5, inciso XL, derivando referido comando do princípio da legalidade.¹⁷⁵

Temos que se justifica tal comando no próprio fundamento do Direito Penal, uma vez que na ordem jurídico-estatal é contemplado como a *ultima ratio*, através da aplicação de sanções mais severas; ao ser abrandado por lei mais benigna, tem de dar o tratamento de forma isonômica a todos seus destinatários. Mas daí a indagação, quem vai dizer que aquela lei é ou não mais benéfica? Ora, se a norma em sua incidência opera de forma abstrata, na aplicação não se dá da mesma forma, como veremos a seguir. Desta maneira, imperioso dizer que a fundamentação normativa para a criação de uma nova teoria da retroatividade passa pelo conceito da norma e sua aplicabilidade no seio jurídico social.

¹⁷⁵ A própria Convenção Americana de Direitos Humanos expressa em seu artigo 9 seguinte: 'Ninguém pode ser condenado por sua ações ou omissões que, no momento em que foram cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave do que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.'

Como exemplo podemos citar o enquadramento normativo dado pelo Estado quando da criação da lei 9455/97 definindo o crime de tortura, o procedimento e a forma de se operar o mencionado tipo penal. Tal ingerência normativa trouxe como criação o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, segundo comando do par. 7, que assim dispõe “§ 7º. O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”. Ocorre que o crime de tortura era figura típica assemelhada aos crimes considerados hediondos, e todos estes, por também expressa imposição da lei 8072/90, deveriam obedecer ao cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Anos a fio os tribunais discutiram se a norma penal mais benéfica poderia alcançar todos os crimes considerados hediondos e a ele assemelhados devido ao tratamento mais benigno.¹⁷⁶

Sem tergiversar, para não fugirmos ao tema central de nosso contexto teórico, temos que a norma estava posta, mas para que fosse aplicada e retroagisse como determina o comando constitucional, foi preciso que os tribunais dessem seu conteúdo interpretativo e alcance normativo quanto à questão do cumprimento do regime da pena para os crimes hediondos, até que o STF sumulasse o assunto.¹⁷⁶

Logo, de se afirmar que os conceitos normativos irão apontar, como se verá a seguir, na direção desta nova forma teórica de enxergar a decisão judicial como maneira de dar ao conteúdo normativo carga valorativa e alcance interpretativo, podendo, pois, ser objeto de retroação, uma vez benigna, aos casos aplicáveis.

2. A incidência e a aplicação da lei penal - a dimensão sociológica da norma jurídica como garantia a uma nova teoria da retroatividade da decisão penal mais benéfica

“Razões e acórdãos dão-me o que livros de doutrina não me podem dar: a riqueza da vida. Se o acórdão está certo, temos a vida e a adaptação da inteligência à vida.”¹⁷⁷ O pensamento pontiano destacado delineia exatamente o escopo do presente trabalho – inserir no

¹⁷⁶ Como já mencionado no capítulo 2, o STF considerou em fevereiro deste ano a inconstitucionalidade deste dispositivo.

¹⁷⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Incidência e a aplicação da lei**. Conferência pronunciada em solenidade da Ordem dos Advogados – Seção de Pernambuco – 23/9/1955.

contexto jurídico a importância da aplicação da lei, mais precisamente a lei penal –, uma vez que esta gera no meio da sociedade a expectativa de responder, com eficiência, aos problemas oriundos da vida em comum que têm como origem o ato ilícito penal.

Como meio de controle social, a norma penal deve servir para o aprimoramento da vida em comunidade, um instrumento de justiça que deve se aproximar ao máximo do ideal – dever ser –, não obstante, a problemática ora envolta tem ligação direta com a aplicação da lei, resvalando em sua incidência, transformando o fato social em fato jurídico, mas com a ressalva de que esta incidência, embora abstrata e laborada no plano da psique, segundo a teoria pontiana, precisa ser revista no plano jurídico penal, em face de o *jus puniendi* pertencer, com exclusividade, ao Estado.

Embora não seja sensível ou perceptível, e se realize fisicamente no mundo do pensamento, a incidência, segundo o próprio Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, pode ser apagada para sempre por uma decisão injusta que haja transitado em julgado, sem a possibilidade de uma ação rescisória ou de uma revisão criminal.¹⁷⁸ Exarando desta maneira seu pensamento, leva-nos a crer que a incidência da norma sobre o suporte fático concretizado depende de uma aplicação, ao menos justa, da norma jurídica, pois se assim não ocorrer, a incidência que havia se dado no mundo da psique terá sido apagada de forma completa, ou seja, não se concretizou e se efetivou, não acarretando qualquer efeito.

Se posicionarmos tal análise para o campo penal, veremos que a incidência, meramente abstrata, não traz qualquer efeito dentro do mundo jurídico, uma vez que a pena, como preceito da norma jurídica penal, não pode incidir sem a tutela jurisdicional. Tal assertiva encontra maior apoio e razão quando nos deparamos com a leitura da lei processual penal, donde se extrai que o acusado não se defende da capitulação – norma –, mas sim dos fatos narrados, indo mais além quando autoriza o juiz a dar definição jurídica diversa da que houver sido contemplada na denúncia ou na queixa, ainda que tenha de aplicar pena mais grave (artigo 383, CPP).

¹⁷⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Incidência e a aplicação da lei**. Conferência pronunciada em solenidade da Ordem dos Advogados – Seção de Pernambuco – 23/9/1955.

Logo, temos que o suporte fáctico está presente, mas a incidência da norma, esta de natureza precária na ciência penal, só terá sua ocorrência confirmada através de uma decisão, pois o mundo do pensamento nesta seara só será o pensamento do Estado-juiz, e não o de qualquer um. Desta forma a abstração desta incidência, no campo criminal, depende da atuação empírica do poder jurisdicional. Não é pelo simples fato de ter acontecido aquilo que a lei abstratamente prevê, mas sim realiza a subsunção desta àquele, pois só assim se dará a incidência completa da norma, seja ela primária ou secundária.

Poder-se-ia dizer que está se confundindo a incidência com a aplicação da lei, mas aqui não podemos deixar de consignar o pensamento kelseniano acerca da transformação do fato social em fato jurídico, quando espousa de forma clara que tal passagem não se dá senão através da ordem jurídica determinante, isto é, somente quando houver uma autorização daquele a quem compete fazer é que haverá a transposição do fato social ao fato juridicamente relevante.

Hans Kelsen adota a linha de que o fato em si não pode ser tido como jurídico sem que haja sido considerado por um órgão julgador como tal, afastando pois a incondicionalidade da incidência normativa sem que haja sido decidido por um tribunal, logo, trabalha com a concretização da norma através de sua efetiva aplicação.¹⁷⁹ Assim, a incidência da norma não seria condicionante na criação do fato jurídico, mas sim a aplicação desta para que pudesse adentrar o fato social no mundo jurídico. Ou como relata com suas próprias palavras:

Não é o fato em si de alguém ter cometido um homicídio que constitui o pressuposto estatuído pela ordem jurídica, mas o fato de um órgão competente segundo a ordem jurídica ter verificado, num processo determinado pela mesma ordem jurídica, que um indivíduo praticou um homicídio.¹⁸⁰

A norma jurídica só poderá dar coloração aos fatos como jurídicos, segundo o pensamento adremente vazado, após a efetiva apreciação do órgão competente. Não

¹⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p.266.

¹⁸⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p.267-268.

achamos correta a formulação do pensamento kelseniano como formulação de uma teoria geral, até porque existem normas jurídicas que incidem e são aplicáveis por outros que não o órgão judicante, todavia adaptam-se perfeitamente dentro da ciência penal, já que não há como realizar a aplicação desta sem a participação efetiva do Estado-juiz.

Por outro lado, a questão de a norma incidir, independentemente de ser aplicada ou não, não nos parece, dentro dos limites da ciência criminal, a mais correta, em face da necessidade empírica da incidência da pena, que, neste caso, só poderá dar-se através da atividade jurisdicional. Importante lembrar a lição de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, que expressam que o direito penal possui caráter programático e que não é possível alcançar seu objetivo com sua mera positivação formal.¹⁸¹

Eros Roberto Grau adotou os conceitos de norma jurídica e norma de decisão para separar exatamente os momentos de incidência e de aplicação. Assim, define que as normas jurídicas foram produzidas para a aplicação a um caso concreto (incidência); do resultado desta aplicação surgiriam as normas de decisão (aplicação). Fê-lo exatamente para demonstrar que o intérprete e aplicador do direito também é produtor de normas. Não obstante, não é o criador destas, mas simplesmente aquele que as revela, que as subsume ao caso concreto, tirando-as da abstração genérica para que foram criadas, e inserindo-as em um contexto individual concreto, dando-lhes assim a vida eficaz delineada por Francisco Cavalcante Pontes de Miranda no início deste estudo.¹⁸²

Voltaremos, destarte, nossos olhos para a aplicação da norma através de seu intérprete (normas de decisão), por nos parecer mais próxima de uma realidade física e estruturante do direito penal como instrumento ontológico e teleológico na distribuição de justiça. Faremos, pois, uma análise limitada ao tema em estudo, situando tal atividade no campo da eficácia e da dimensão sociológica da norma jurídica por entender que está aí o nó górdio de toda a busca pela efetiva aplicação da ciência jurídica para a solução dos problemas que ela tem de dar, mais precisamente quando chega, através do mesmo sistema de

¹⁸¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral.** 5.ed. São Paulo: RT, 2004,p.90.

¹⁸² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 2.ed.São Paulo: Malheiros.2003,p. 24.

interpretação e sob a égide das mesmas normas aplicáveis sob suportes fáticos idênticos ou análogos a revelações discrepantes do Direito, a enevoar, ainda mais o caráter científico de nossa ciência .

3. Da aplicação da lei e de seus efeitos

Para que compreendamos de forma mais abrangente o presente estudo, necessário o posicionamento, no campo exclusivamente penal, da aplicação da norma. Mais precisamente, da norma incriminadora. A esta, por ser composta sempre de uma conduta estratificada em tipos penais e de uma sanção normativa a cada descrição típica, norma primária e norma secundária, não se permite que a sua aplicabilidade se dê de forma aleatória ao poder estatal.

No dizer de Enrico Ferri, a aplicação da lei penal se dá de forma individual e casuística pelo juiz, que terá o poder de interpretar a norma de forma ampla, mas sempre respeitando os limites da lei. Neste diapasão já se afirma , como feito anteriormente, que o fenômeno da aplicação normativa se dará sempre em cada caso concreto através da interpretação da norma em um campo processual que será a decisão.¹⁸³

Referida atividade jurisdicional de revelar a norma será de suma importância na análise do tema em discussão, uma vez que é através desta revelação que surgirá uma nova interpretação, um novo conteúdo não só semântico, mas agregado a conteúdos valorativos que cunharão a norma com conceito e alcance próprios.No dizer de Tércio Ferraz Sampaio Júnior, o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto , como faz, por exemplo, o historiador ao estabelecer-lhe o sentido e o movimento no contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema. Assim o juiz se põe frente ao texto normativo penal com a função ímpar de revelar sua aplicação no campo fático, trazendo para cada caso um efeito diferenciado ao revelar que determinada norma se faz necessária para a solução do conflito.¹⁸⁴

Em outra obra o mesmo autor ainda identifica que o sistema normativo é aberto,

¹⁸³ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. 2.ed.Campinas:Bookseller, 1998,p.188.

¹⁸⁴ SAMPAIO JR., Tércio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito, São Paulo: Ática, 2003,p.45.**

estando em ligação com outros sistemas, como por exemplo os conflitos sociais, políticos, religiosos, compondo-se de forma global e não somativa, de forma que a variação de uma parte afeta todo o sistema. Assim a atividade do juiz não pode ser somente parcial, e sim completa.¹⁸⁵

E esta atividade dá ao juiz o poder não de uma criação normativa própria do legislador, mas o coloca na função de revestir a lei de um conteúdo valorativo, podendo se afastar dos precedentes, distinguindo-os das situações de que está encarregado, mas podendo também reformá-los, notadamente dando-lhes alcance novo. Neste imenso território de lugares de comunicação, a hermenêutica jurídica escolheu, quanto ao essencial, um lugar privilegiado: a interpretação da lei dada pelo juiz.¹⁸⁶

Assim, a criação normativa através da atividade interpretativa do juiz coloca a jurisprudência em lugar privilegiado no estudo do direito, que, para ser completo, no dizer de Julius Stone, resulta dessas três partes: 1) jurisprudência analítica, que é aquela denominada de teoria geral do direito, ou seja, o estudo do direito do ponto de vista formal; 2) jurisprudência crítica ou ética, que compreende o estudo dos vários ideais de justiça e, portanto, do direito ideal nas suas relações com o direito real, e coincide com a parte da filosofia do direito que comumente se conhece por teoria da justiça; 3) jurisprudência sociológica, que estuda, segundo a expressão preferida de Roscoe Pound, mencionado por Julius Stone, não mais o direito nos livros (*law in books*), porém o direito em ação (*law in action*), e corresponde à sociologia jurídica enquanto estudo do direito vivente na sociedade.¹⁸⁷

3.1 - Do direito penal efetivo e das decisões judiciais

Como já mencionado anteriormente, a aplicação da lei penal, de forma completa, ou seja, de sua norma primária e secundária, só poderá ser realizada pelo Estado-juiz, sendo-lhe vedada a aplicação por terceiros, tal como pode se dar em outros ramos da ciência jurídica. Assim, tal aplicação se vê moldada em forma de decisões que ganham o cunho e a alçada judicial em face do critério adotado pelo legislador na edição da lei criminal, donde se extrai

¹⁸⁵ SAMPAIO JR. **Teoria da norma jurídica**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.140-142.

¹⁸⁶ RIGAUX, François. **A lei dos juizes**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.87.

¹⁸⁷ **STONE, Julius**. O campo e a função do direito como lógica, justiça e controle social – **Julius Stone – Sidney, 1946, p.78.**

que seu conteúdo é que assegura um âmbito de auto-realização humana, isto é, a garantia de disponibilidade daquilo que se considera que pode ser necessário para realizar-se em coexistência.¹⁸⁸

O direito penal efetivo tem de servir ao homem a partir de um reconhecimento do ser do homem, ou seja, tem de buscar sua fundamentação antropológica, embora se reconheça também ser direito penal aquele que meramente exerça o poder, enquanto durar a sua eficácia, mas neste caso não atenderá ao seu fim antropológico. O foco da presente discussão centra-se em torno de um direito penal efetivo, ou seja, daquele que utiliza de sua instrumentalidade normativa como busca da liberação do homem enquanto ser social.

Assim, a aplicação do direito penal, em sua atividade de interpretação e utilização normativa, sempre aqui no plano da eficácia, ou seja, na dimensão sociológica, não poderá ser restrita ao mero positivismo, mas sim terá de ser dosada com uma atitude emocional; para tanto, requererá de seu intérprete a busca por valores éticos, sociais, filosóficos e antropológicos.

Como bem sustenta Marcos Bernardes de Mello, a norma jurídica que não revele valores sociais ou que contrarie os valores fundamentais tais como a paz social, o bem comum, a justiça, a ordem, a segurança ou a natureza das coisas, ou ainda que não obtenha a adesão da comunidade, não pode ser considerada uma norma jurídica.¹⁸⁹

A utilização do direito penal repressor já se demonstrou ineficaz frente aos problemas a ele apresentados e a mera aplicação da lei, com força eficazizante, não conseguiu no plano sociológico atingir suas metas de harmonização e coexistência social. Ao revés, os altos índices de criminalidade, mesmo com a edição das leis repressoras e sua aplicação, muitas vezes sem a utilização dos critérios do direito penal efetivo, vêm demonstrando a razão da assertiva ora posta. Assim as decisões que aplicam as leis penais precisam se amoldar ao padrão deste novo desenho social.

¹⁸⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: RT, 2004, p.348.

¹⁸⁹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico – plano da existência**. 12.ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 18.

O efeito jurídico-social das decisões criminais tem sido objeto de questionamentos há muito por operadores do Direito, sociólogos, economistas, políticos e pela própria sociedade em geral, quando colocam em xeque a eficácia do sistema penal e prisional. De longa data se discute sobre o acerto e os erros judiciais como sinonímia de correção e ou de falência do sistema penal *lato sensu*, quando um ou outro caso mais polêmico vem à tona, sobrando culpas e responsabilidades para todos aqueles que se habilitam à árdua tarefa de utilizar a ciência jurídica como instrumento de efetivo controle social, distribuindo, ainda que em tese, a justiça almejada pelo conjunto da sociedade, como já relatado no intróito de nossa dissertação.

Não raras vezes vemos situações análogas com aplicações de decisões contrastantes, colocando em dúvida e risco o conceito de efetiva aplicação da lei e olvidando o verdadeiro senso de justiça. Basta o simples deslocamento da figura do réu e ou da vítima para patamares sociais diferenciados, que o conceito de justiça passa por profunda alteração, extraíndo-se desta entendimentos dissonantes nos casos em que outrora a decisão era exatamente oposta. Logo, o fato anteriormente debatido acerca da incidência da lei penal passa aqui por séria dificuldade no momento em que esta deveria incidir de forma isonômica e assim não acontece, fazendo então com que a aplicação distinta da lei sobre suportes fáticos idênticos crie as distorções sobre o conceito ideal de justiça, e negando a vigência ao direito penal efetivo.

Assim, não se pode, à guisa e sob o pálio de se praticar uma justiça “diferenciada”, e ao sabor da qualidade do jurisdicionado, deixar de reconhecer que tais decisões vinculam todos os demais casos semelhantes em respeito ao princípio da segurança jurídica e da isonomia na aplicação do poder jurisdicional, e ainda, ao respeito da incidibilidade da lei, através de sua aplicação equânime e sob os critérios que permeiam a sua entrada no mundo jurídico.

Eros Roberto Grau defende, citando Gadamer, que a interpretação e a aplicação da norma não são processos autônomos; ao contrário, trata-se de um procedimento uniforme, unitário, que se superpõe, logo, não há motivo por que, ao se chegar a uma única

interpretação, haver aplicação distinta da norma.¹⁹⁰

3.2 Da busca pela justiça através da aplicação da lei – a dimensão sociológica do direito

Já dizia Rudolf Ihering que o direito não é uma pura teoria, mas uma força viva, e explicando a simbologia da espada e da balança, traçava, em sua obra, as linhas da força e do equilíbrio – razão – que permeiam a ciência jurídica.¹⁹¹ Desta maneira, sustentamos que esta força tem o fim de alcançar a justiça, e que para tal utiliza-se de seus instrumentos: cogência normativa e equilíbrio na distribuição de seus comandos. Como já dito no primeiro capítulo de nossa dissertação, Platão procurava conjugar o conceito de justiça ao de felicidade, não obstante, tal conceito fora rechaçado, uma vez que esta felicidade não se pode obter no plano individual. Por sua vez, Jeremy Bentham adaptou tal conceito afirmando ser justa a ordem jurídica que pudesse distribuir a felicidade ao maior número de pessoas possível, sendo também combatida sua teoria, já que tal conceito se prendia a critérios subjetivo-individuais. Hans Kelsen, no entanto, se reportou ao conceito de ordem jurídica justa como aquela que garantisse a liberdade individual dos seus ordenados, buscando, assim, aprimorar o conceito de justiça com o liame dado ao critério denominador de felicidade.¹⁹²

A adoção de critérios na busca de um conceito e um senso comum de justiça, principalmente para a elaboração das leis, situa-se no plano axiológico. Não obstante, se tais conceitos e critérios forem abandonados pelo exegeta, haverá uma disfunção entre a norma jurídica e sua aplicação, destoando, assim, do fim objetivado pela ciência jurídica em proporcionar a felicidade de seus comandados. Logo, os critérios, princípios, fins e principalmente o senso comum de justiça devem estar prenhes do aplicador no momento de sua decisão, a fim de que este possa revelar a função do direito, mais precisamente, do direito penal efetivo, interpretando a norma de acordo com os fatos postos e realizando, já no plano sociológico, mais uma vez, a justiça almejada pelo legislador quando da elaboração e criação da norma.

¹⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2.ed.São Paulo: Malheiros.2003,p. 26-30.

¹⁹¹ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 91.

¹⁹² KELSEN, Hans. **O que é justiça ?**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2001, p. 3-7.

Ainda, não podemos nos desfazer do argumento de que a justiça, como senso comum de aplicação e verdadeiro fim do direito, tem de ser trabalhada no critério de equidade, uma vez que esta não pode se supor justa se der tratamento diferenciado a situações análogas. A teoria contratualista, aqui, ao menos neste ponto, tem de ser um dos critérios orientadores para a exata concepção no plano sociológico da norma jurídica.

Lógico que para alcançar tal fim, não se prende o direito a uma concepção puramente dogmática, não se realizando através da análise de normas explicitadas nos textos legais, mas utilizar-se-á, e muito, dos mecanismos de integração que possam revelar outras normas que estariam, segundo a problemática citada por Ehrlich, já em 1888, da qual se extraía o pensamento de que a lei, de per si, não poderia abranger a plenitude do direito, implícitas no ordenamento e que somente através da doutrina e da jurisprudência poderiam se integrar ao sistema jurídico, aí já na qualidade de normas jurídicas reveladas.¹⁹³

Logo, é perceptível que há real necessidade de se demonstrar que o ordenamento jurídico existente tem como proposta temática a integração hermética, buscando, tal como já lecionou Norberto Bobbio¹⁹⁴, a forma da auto-integração, uma vez que já dispomos em nosso sistema constitucional da resposta para os problemas críticos que surgem na aplicação divergente do Direito.

4. A disparidade no campo da aplicação das leis para suportes fáticos idênticos e a necessidade de uma nova teoria da retroatividade

Como já pudemos anotar nas passagens pelos capítulos anteriores, a norma penal tem sofrido verdadeiras rupturas axiológicas no tocante à aplicação quanto a suportes fáticos semelhantes, trazendo para o ordenamento não só a insegurança normativa, bem como a

¹⁹³ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico – plano da existência**. 12.ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 25

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: UnB. 1999, p.184.

indeterminação conceitual de seus valores. O resultado é a incerteza, a injustiça e a desigualdade. Vamos abordar, pois, a razão desta disparidade: a interpretação da autoridade que, como já frisamos, é objeto de atos intuitivos e intelectuais, além de contemplar calibre ideológico preponderante.

4.1 – A interpretação da lei na revelação das normas jurídicas – aplicação da lei sobre suportes fácticos idênticos ou análogos

Através das decisões judiciais, utilizando-se de critérios postos à disposição do órgão julgador, sempre dentro do ordenamento jurídico, há a revelação das normas de forma a dar-lhes sentido e vivacidade jurídica, tirando-lhes da abstração geral e conferindo-lhes aplicação individual sobre suportes fácticos que se reconheceram existir. Desta forma, o juiz, utilizando-se destes critérios, consegue realizar a interpretação do sentido da norma empregando-lhe a eficácia a que se destinou, ou se pensou no momento de sua elaboração (plano axiológico), extraindo dela seu verdadeiro fim.

Lênio Luiz Streck, citando Anibal Bruno, assevera que a interpretação da norma consiste na penetração de seu verdadeiro e exclusivo sentido, entendendo que a linguagem contém papel secundário, pois esta é um verdadeiro veículo na busca da verdadeira essência do Direito ou do texto jurídico-normativo.¹⁹⁵ Com certeza o intérprete da norma tem de buscar o seu real sentido para que possa dar a esta a dimensão exata no momento de sua aplicação e poder servir ao seu fim, sem o qual, no dizer anteriormente destacado do professor Marcos Bernardes de Mello, deixaria a norma de sê-la em sua acepção terminológica.

Logo, como explicar que, após a utilização de critérios orientadores do ordenamento jurídico (a concreção individual das normas aplicáveis a idênticos suportes fácticos que se reconheceram existir), pudesse o intérprete chegar a conclusões distintas e díspares ? Eros Roberto Grau defende que não há uma única solução correta no modelo interpretativo do Direito, não obstante, com as vênias concedidas, neste ponto encontra-se

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003, p. 93.

equivocada sua visão acerca da solução encontrada *versus* forma de interpretação.¹⁹⁶

É correto afirmar, apegando-se à linha interpretativa do sentido teleológico de seu texto, que não há uma única forma correta de interpretação, não obstante, ao se interpretar da mesma forma, e o que se quer asseverar com o presente trabalho, é que não poderá haver duas soluções sob o mesmo ângulo de lógica jurídica, sob pena de afirmarmos que a ciência não consegue dar uma resposta unívoca aos problemas relacionados ao seu objeto, o que seria, então, olvidar o caráter científico do Direito.¹⁹⁷

Lógico que há várias formas de interpretação, mas todas elas, utilizando-se dos critérios do ordenamento jurídico vinculados a princípios e regras (DWORKIN), chegarão a uma resposta, que deve ser única, pelo menos aquela que se revelar a única correta, sob pena de estarmos aplicando o direito ao alvedrio de ideologias e sentidos que refogem ao sentido das normas jurídicas.

O que não se pode conceber, ao ponto de se retirar da norma jurídica o seu verdadeiro sentido, é que se interprete tal norma ao sabor das paixões e das vicissitudes daqueles que podem revelá-la, pois aí estaríamos retirando da lei o caráter protecionista e todo o sentido de sua elaboração e criação. Bem certo que as decisões também são fruto de obra intuitiva, mas não só.

A lei surge como necessidade para aprimorar as relações dos homens em torno de tudo que o cerca – natureza, coisas, família, sociedade – e não pode ter sentido que indique em direção incerta ou, no dizer do próprio Eros Roberto Grau, incorreta, não verdadeira.¹⁹⁸ Logo, sob a ótica da ética jurídica a ser aprimorada no sentido da busca da perfeição, mesmo que em

¹⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2.ed.São Paulo: Malheiros.2003,p.36.

¹⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2.ed.São Paulo: Malheiros.2003.p.36. Assim é seu texto: “ Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a *Pastoral* regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas. Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico.”

¹⁹⁸ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret. 2004, p. 17.

caráter idealista, mas sempre no espírito sociológico da aplicação da norma, é necessário que esta se dê isonomicamente, para que o Direito esteja presente na evolução do ser humano.

4.2 – A necessidade de uma nova teoria da retroatividade para garantia da aplicação da norma jurídica atendendo ao seu fim sociológico

Não obstante, urge seja tal resposta, isto é, a uniformização do entendimento, a busca de uma solução unívoca e correta para os problemas apresentados ao Direito, erigida à categoria científica, redimensionando a teoria da retroatividade para sua expansão e aplicação dentro do ordenamento nacional, como forma de se buscar a verdadeira aplicação do que se considera justo.

Não poderíamos deixar de elencar como justificativa preponderante do tema a nova visão que será dada para a aplicação do Direito Penal, hoje erigido a uma visão constitucional, caminhando para o garantismo penal, através de parâmetros racionais, justos e legítimos para a intervenção punitiva estatal defendida por Luigi Ferrajoli¹⁹⁹. Não despidiendo consignar que ainda há, na sociedade, o ranço de que a lei, em especial a criminal, só tem eficácia quando seu destinatário figura na seara mais pobre das camadas sociais. Desta forma temos como objetivo maior aplacar, através da própria ciência, a estigmatização ora asseverada, dando vazão a um novo conceito e dinâmica do Direito Criminal.

Por último vemos com profundo interesse o aprofundamento da questão para redimensionar o papel dinâmico da jurisprudência, afetando, sobremaneira, a vida da sociedade com suas decisões e que tem como instrumento de aplicação do Direito não só a lei em seu sentido estrito, mas todo o conjunto normativo que se apresenta para a harmonização do convívio social. Assim, a eficácia das decisões penais benéficas poderia alcançar de maneira isonômica todos aqueles que se enquadrarem na mesma situação fática confiada ao jugo do poder judicante.

¹⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 683.

Ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio (onde houver o mesmo motivo, há também a mesma disposição de direito). Com a fórmula ora retirada desta assertiva, temos a base para a sustentação do tema em estudo, buscando em conceitos já preexistentes a formulação de uma nova teoria da retroatividade. Tal dispositivo já fora alcançado por Norberto Bobbio, que em seu estudo acerca do ordenamento jurídico relata a existência do conceito de analogia para asseverar a aplicação do direito de forma uniforme, a saber:

Para que se possa tirar a conclusão, quer dizer, para fazer a atribuição ao caso não regulamentado das mesmas conseqüências jurídicas ao caso regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma semelhança relevante, é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras conseqüências.

200

Dessa forma, partindo da premissa que o ordenamento comporta a integração analógica, a construção da nova teoria encontra apoio na retroatividade da lei penal, garantida pelo Pergaminho Pátrio em vigor em seu artigo 5º, inciso XL, ora erigida como o paradigma para a retroatividade da decisão mais benéfica.

Juan Antonio Lascurain Sanchez defende que as razões da retroatividade da lei penal benigna não repousam seu fundamento em questões de segurança jurídica, mas sim em face da proporcionalidade dos bens jurídicos postos em contraste entre o rigor antigo e a benvolência do direito novo. Assim como se confere em seu magistério: “*El postulado de retroactividad penal favorable no responde, pues, a razones de seguridad jurídica, sino a razones de proporcionalidad*”. Ademais, retrata o jurista espanhol que se o próprio legislador reconheceu que a solução anterior era inadequada, não se justifica que a lei benigna não lhe alcance, também.²⁰¹

No que tange ao princípio isonômico à aplicação da lei penal, José Afonso da Silva vaticina em sua obra que a igualdade não há de ser entendida como aplicação da mesma pena para o mesmo delito, mas deve significar que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções

²⁰⁰BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: UnB, 1999, p.184.

²⁰¹SANCHEZ, Juan Antonio Lascurain. **Sobre la retroactividad penal favorable**. Madrid:Cuadernos Civitas,2000, p.36-37.

hãõ de se aplicar a todos quantos pratiquem o fato típico nela definido como crime. É notório, contudo, que os menos afortunados ficam muito mais sujeitos aos rigores da justiça penal que os mais aquinhoados de bens materiais. As condições reais de desigualdade condicionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar do princípio da isonomia assegurado a todos pela Constituição Federal (art. 5º).²⁰²

Vê-se, *ab initio*, o reconhecimento pelo citado autor da existência da norma constitucional do tratamento isonômico, ao mesmo passo que este reconhece a sua efetiva mitigação quando inserida ao contexto da aplicação da justiça penal. Logo, para realçar tal comando constitucional, há a imperiosidade de se asseverar a busca do tratamento igualitário para motivos semelhantes, como já asseverado no início da presente exposição.

Dessa forma, a discussão sobre mudança da interpretação judicial da lei, e sua possível retroação, coloca de um lado os partidários da prevalência do valor igualdade; de outro, os defensores incondicionais da segurança jurídica, e este será o ponto nevrálgico para a criação de uma nova teoria que permita a transposição do plano normativo penal constitucional para a eficácia isonômica do sistema criminal.

No direito comparado, mais precisamente no sistema norte-americano, encontramos maior flexibilidade quando conseguimos extrair de Roland Séroussi a seguinte lição:

A estrutura federal perseguindo prioritariamente o objetivo de resguardar os interesses econômicos e sociais de uma sociedade em mutação permanente, induz à idéia – largamente aceita – de que o precedente (*precedent*) deve ser analisado com flexibilidade, de modo não dogmático. Em consequência, a regra do *stare decisis* (ou seja, o respeito aos precedentes), próprio da *common law*, é suscetível de revisão.²⁰³

Percorrendo a doutrina nacional raros são os trabalhos acerca da revisão da coisa

²⁰² AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.221.

²⁰³ SÉROUSSI, Roland. **Introduction aux droits anglais et américain**. Paris: Dunod, 1999, p. 96.

julgada pelo advento de nova interpretação da lei penal no que tange ao ato decisório do magistrado. Na seara cível, contudo, há abundante jurisprudência e vários estudos a respeito da rescisória, com o mesmo objetivo.

Breve consulta às anotações de Teotônio Negrão permite-nos inventariar as diversas posições que cercam o capítulo que trata da Ação Rescisória. Há até súmula do STF, sobre a matéria, merecendo destaque especial no trato da mesma. Falamos da Súmula 343/STF que assim dispõe: “Não cabe AR por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.²⁰⁴

Desde logo, admite-se a rescisória se a controvérsia na jurisprudência se instalou após o acórdão rescindendo. Teotônio Negrão traz à colação acórdãos que admitem a aplicação da Súmula 343 em caso de texto legal de interpretação controvertida, “não, porém, de texto constitucional” (RTJ 108/1.369, 114/361, 125/267, 101/207).

A própria súmula, aliás, é alvo de acesa polêmica, já tendo sido combatida pela Prof^a. Teresa Arruda Alvim Wambier, citada no voto do desembargador sul-rio-grandense Tupinambá Pinto de Azevedo na Revisão Criminal n.º 70.002.052.959 do TJRS, que assim dispõe:

Admitir que sobreviva decisão que consagrou interpretação hoje considerada, pacificamente, incorreta pelo judiciário é prestigiar o ‘acaso’. Explicamos: isto significa dizer que serão beneficiados com a decisão que lhes favorece, ainda que posteriormente seja considerada *incorreta*, aqueles que tiveram a ‘sorte’ de participar de determinada ação, no pólo passivo ou ativo, num momento em que havia, ainda, divergência nos tribunais, quanto a qual seria a interpretação acertada da lei, a solução correta a ser dada àquele caso”.

Transposta a situação para o âmbito penal, em que apenas uma das partes pode sofrer os efeitos da decisão, os “azares” da jurisprudência dúctil submeterão certos réus a tratamento iníquo, porque os rigores da lei não alcançarão a todos, indistintamente, e estes, como já

²⁰⁴ NEGRÃO, Teotônio. **Código de Processo Civil**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 373.

podemos perceber, já sofrem ou sofreram alguma forma de discriminação, desigualdade ou marginalização no tocante à distribuição dos direitos fundamentais.

Paulo Roberto de Oliveira Lima dedica, em sua obra, longas páginas à sentença injusta, o que, segundo o pensamento inicialmente lançado por Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, apagaría a incidência normativa, logo, a eficácia do Direito e seu fim comum de se aprimorar a convivência social estariam seriamente prejudicados. Funda a crítica ao precário sistema de rescindibilidade da sentença transitada em julgado na idéia de unicidade do direito. E sustenta o cabimento da revisão com base em três princípios: isonômico, da legalidade e democrático. Por fim, oferece sugestão legislativa para criação do que denomina — no nível — “ação revisional da coisa julgada” —, paralela e complementar à atual AR. Não obstante, não transpõe seus estudos da linha civilista, deixando, assim, uma lacuna a ser preenchida na esfera penal, que, com certeza, o será apoiando-se na construção da norma civil para supedanear a tese ora projetada no presente estudo.²⁰⁵

No sentido da aplicação retroativa da jurisprudência mais benigna somou-se a voz do então juiz e professor Paulo Claudio Tovo, citado pelo desembargador sul-rio-grandense Tupinambá em seu voto na revisão criminal retronoticiada, estendida ao processo penal. Lembrou a importante “virada jurisprudencial” ocorrida com a intimação do defensor, em se tratando de sentença condenatória. Por aplicação literal do CPP, os tribunais dispensavam-na, somente exigindo a intimação do próprio réu. Com o “aperfeiçoamento da compreensão da lei”, na expressão do professor Cláudio Tovo, ampliou-se o direito de defesa. Por qual razão, então, “não aplicar a jurisprudência mais benigna retroativamente, seja por revisão criminal, seja por HC?”

Alguns opositores à tese ora projetada lançam como primeiro impedimento legal à retroação o princípio da reserva legal. Não é possível aplicar ao acusado a nova norma, posterior ao fato praticado. Mas se de benefício se trata, perde sentido a vedação. Aliado a tal argumento, sem sustentação, levantam um segundo obstáculo, argumento apenas formal: a segurança jurídica, embasamento da coisa julgada.

²⁰⁵ OLIVEIRA LIMA, Paulo Roberto. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1997, p.68.

Ora, entre os valores igualdade, que serve de parâmetro para a efetivação da justiça, e a segurança jurídica, a ponderação leva ao prevalectimento do primeiro. Para o combate às teses puramente formais acerca do princípio da reserva legal, impedindo a interpretação analógica, estendendo a retroatividade também à decisão benéfica, encontramos apoio em julgados tais como no aresto ora lançado pelo desembargador baiano, assim vazado:

Em verdade, a revisional, como a rescisória cível, não é hábil apenas para o exame de literal violação de dispositivo legal, mas “capaz de libertar a interpretação construtiva da norma legal, na aplicação dinâmica do direito, caso contrário, estar-se-ia a escravizar a ordem jurídica ao formalismo impiedoso”. (AR 368/TJBA—Rel. MILTON LUIZ PEREIRA—J. 01.08.1994).

Francisco Cavalcante Pontes de Miranda ao abordar o tema em testilha assevera que o juiz não se deve apegar à expressão literal da lei, mas sim realizar a sua verdadeira interpretação dentro dos critérios da ciência jurídica, pois se assim não fosse seria um mero braço mecânico do criador da norma, uma cabeça sem inteligência, e deve, com certeza, produzir a sua integração normativa procurando apaziguar os conflitos, aprimorando o convívio social.²⁰⁶

O entendimento pontiano consoa com os ensinamentos de Oskar Bulöw, na citação de Juarez Tavares: “A lei não é o direito vigente, mas somente um projeto de uma ordem jurídica futura e desejada, pois a vontade que nela se manifesta somente se completa com as decisões judiciais”. Logo, vê-se que a dimensão sociológica da norma jurídica ganha contornos relevantes, pois é neste momento que a revelação do Direito se faz para a sociedade

²⁰⁶MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao CPC**, tomo VI, São Paulo: Forense, 1974, p. 290-91-94. Assim o sentido do texto: Se entendermos que a palavra ‘lei’ substitui a que lá devera estar, ‘direito’, já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento de realização dele. E esse é o verdadeiro conteúdo do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a letra legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: apaziguar, realizar o direito objetivo. Seria a perfeição em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mas anti-social e, como a lei e a jurisdição servem à sociedade, absurda. [...] Pouco importa, ou nada importa, que a letra seja clara, que a lei seja clara; a lei pode ser clara, e obscuro o direito que, diante dela, se deve aplicar. Porque lei é roteiro, itinerário, guia.[...] Ainda quando o juiz decide *contra legem scriptam*, não viola o direito, se sua decisão corresponde ao que ‘se reputa’ direito.

no que tange à sua eficácia, já que até então os planos normativos consistiam em existir e ser válidos, mas não se mostravam ainda atuantes, uma vez que seus efeitos não puderam ser sentidos de forma efetiva no seio social.²⁰⁷

O pensamento pontiano, situado de forma cronológica, remonta, por óbvio, a período anterior à Constituição Federal de 1988, enquanto Oscar Bulöw se manifesta muito antes da Lei Fundamental de Bönn. Não tinham os olhos postos na nova hermenêutica, nascida com as recentes concepções constitucionais, e se referiam à interpretação infraconstitucional.

Mas nem sequer uma vírgula deve ser modificada nos posicionamentos transcritos supra. Gustavo Zagrebelsky, juiz da Corte Constitucional italiana, traduz o estágio mais avançado da teoria da seguinte forma:

Particularmente *naif* é o apelo à letra da lei, que freqüentemente se pretende opor à evolução do direito para preservar sua certeza. Com efeito, a quem sugerir que uma atitude interpretativa mais rigorosa poderia conter a fragmentação da jurisprudência, poder-se-ia contestar que nem mesmo o conseguiria o aparentemente mais seguro e incontestável dos métodos de interpretação, o literal (consistente em atribuir à lei o significado que resulta das palavras que o legislador empregou). Quando existem distintos contextos de sentido e de valor, nem sequer a letra é uma garantia de certeza. A argumentação ‘literal’ de PORCIA contra a pretensão de SCHYLOCK (em SHAKESPEARE, **O mercador de Veneza**, IV, 1) é uma demonstração clássica disso. [...] A mera exegese dos textos resulta, afinal, a mais aberta de todas as interpretações.²⁰⁸

A hermenêutica constitucional propõe a superação, hoje, da mera subsunção, e opera com princípios. Assim, em uma exegese moderna e em uma nova concepção do que seja o Direito, Karl Larenz, desta vez citado por Gilmar Ferreira Mendes, contemporiza a lei e sua interpretação no tempo destacando:

²⁰⁷ A unidade da ordem jurídica em Karl Engels, apud Juarez Tavares, expositor em painel sobre A retroatividade da jurisprudência mais benigna, VII Congresso Brasileiro de Ciências Penais, Capão da Canoa/RS, 20.3.1987.

²⁰⁸ ZAGREBELSKY. Gustavo. **El Derecho Dúctil**, 2. ed., Valladolid: Ed. Trotta, 1997, p. 146.

Se é verdade que as palavras da lei devem revelar o Direito àqueles a quem se dirigem no presente, impõe-se concluir que, embora o legislador histórico as tenha usado a partir do contexto lingüístico do tempo em que as editou, o seu sentido literal só poderá ser determinado segundo a compreensão lingüística das pessoas a quem elas falam agora e não daquelas a que falaram no passado.²⁰⁹

Ainda na mesma obra, Gilmar Ferreira Mendes, em citação ao pensamento de Hans-Georg Gadamer, continua na mesma esteira asseverando que quando o juiz opera na adequação da lei às necessidades atuais, o que ele tem em vista, obviamente, é resolver um problema ou desempenhar uma tarefa prática; por isso é que, com os olhos postos no presente, ele procurará reconhecer o significado jurídico da lei e não o significado histórico de sua promulgação.²¹⁰

Assim, as conseqüências do novo enfoque certamente impõem forma mais avançada à compreensão da coisa julgada, aí incluída a ampliação das hipóteses que autorizam a revisional para retroagir as decisões mais benéficas, como já estudado nos capítulos anteriores e como destacaremos ao cuidar da ação revisional no próximo capítulo.

Sabemos que a retroatividade da lei penal, na esfera da Constituição Federal, só opera *in bonam partem*. A inovação legislativa, em benefício do réu, naturalmente retroage. *Mutatis mutandis*, se o sentido da lei, tal como definido nas instâncias constitucionalmente competentes para a interpretação, é aperfeiçoado, e da nova leitura jurisprudencial resulta benefício aos réus, ou aos condenados, revela-se impositiva a revisão dos julgados.

Como já relatado no intróito da dissertação, o próprio STF já havia aplicado decisão jurisprudencial para beneficiar um acusado. Apoiando a assertiva lançada, encontramos outro acórdão, também não unânime, do TJRS, o que acende a questão para o verdadeiro desafio a ser transposto no estudo em destaque, já tendo sido utilizado o voto do des. Tupinambá de Azevedo para demonstrar a sustentabilidade da tese projetada, tendo assim disposto a este

²⁰⁹ FERREIRA Mendes, Gilmar et al. **Heremênutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 322.

²¹⁰ FERREIRA Mendes, Gilmar et al. **Heremênutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.320.

respeito, ora servindo como marco de eficácia jurídica para a teoria projetada, a saber:

REVISÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE ESTUPRO VARIAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA -RETROAÇÃO *IN BONAM PARTEM* - REGIME CARCERÁRIO

Na alteração da jurisprudência do STF, em benefício do jurisdicionado, é impositivo o deferimento de revisão criminal, atribuído efeito retroativo à modificação jurisprudencial, quer pela exigência pura e simples de aplicação da lei federal, quer por respeito ao princípio da igualdade de todos perante a lei. Mudança de jurisprudência sobre o crime de estupro e a lei dos crimes hediondos. Exclusão do tipo básico do estupro (art. 213 CP). Reconhecimento do direito a ser tratado em igualdade de condições. Revisão deferida. (TJRS - RvCr 70.002.052.959 — 40 G.C.Crim. - Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo — J. 22.06.2001).

Se de um lado resulta incontestável que a coisa julgada não pode sofrer abalos ante o contínuo aparecimento de correntes de interpretação sobre uma mesma questão jurídica, pois, do contrário, implantar-se-ia o caos na comunidade juridicamente organizada, de outro, soa estranho que a uniformização de entendimento nos pretórios do País, inclusive daquele encarregado de velar pela supremacia da Constituição, não possa vir a ser estendida a todos os indivíduos, alcançados, em situação de igualdade, pela sentença condenatória, quando, aos olhos vistos, a mesma CF proíbe discriminações.

Voltamos, então, à questão da correta aplicação da norma jurídica. Ora, se se apresenta correta aquela aplicação em relação a outras que não se sustentam mais nesta posição, é de bom alvitre que haja uma modificação neste sentido e nada estaria afetando a segurança jurídica, ao revés, estar-se-ia demonstrando que o Direito evolui no sentido de aprimorar os relacionamentos sociais.

Sobre a existência acerca de princípios aparentemente contrastantes, uma vez que o ordenamento jurídico coerente não pode conter antinomias intrínsecas, de se aplicar a lição novamente dada por Gilmar Ferreira Mendes que assevera que diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta de valoração for ou parecer aplicável à mesma situação de fato, em vez de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio – com

exclusão de todos os demais que, *prima facie*, também poderiam ser utilizados como norma de decisão – , o intérprete-aplicador fará uma ponderação entre os *standards* concorrentes, optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, e segundo a sua prudente avaliação, deva ter um peso relativamente maior.²¹¹

E este é o desafio aqui proposto: equilibrar os conceitos e efeitos jurídicos da coisa julgada e do princípio da isonomia na aplicação da decisão penal mais benéfica.

Lênio Luiz Streck, no mesmo sentido que já fizera Eros Roberto Grau, enfoca a distinção entre texto (jurídico) e norma (jurídica) enfatizando que o texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico. Não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido expressado pelo texto já é algo novo, diferente do texto. A interpretação do direito faz a conexão entre o aspecto geral do texto normativo e a sua aplicação particular: ou seja, opera a sua inserção no mundo da vida. As normas resultam sempre da interpretação. E a ordem jurídica, em seu valor histórico concreto, é um conjunto de interpretações, ou seja, um conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é uma ordem jurídica apenas potencialmente, é um conjunto de possibilidades, um conjunto de normas potenciais. O significado (ou seja, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa.²¹²

Logo, não há como concluir de forma diferente. A jurisprudência benigna, que resulta de um conjunto reiterado da interpretação normativa, desvela que a situação anterior se mostrava desproporcional e diacrônica com o sentido justo desejado pela sociedade. Assim, por obediência à isonomia no tratamento, curial que se aplique a nova teoria, redimensionando seu contexto para reavivar a igualdade e, por conseguinte, a justiça.

²¹¹ FERREIRA MENDES, Gilmar et al. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 325.

²¹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 98.

CAPÍTULO V

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA TEORIA DA RETROATIVIDADE DA DECISÃO PENAL BENIGNA – A EFETIVIDADE GARANTIDA PELAS AÇÕES PROCESSUAIS

1. Os instrumentos processuais provocadores das decisões pretorianas. 2. O duplo grau de jurisdição como garantia da justa aplicação da lei penal e seu fundamento constitucional . 3.Os recursos aplicáveis ao processo para a revisão das decisões penais condenatórias. 4.As ações capazes de desconstituir a coisa julgada material - Do *habeas corpus* e da revisão criminal . Conceito. Natureza. Posição no sistema processual como instrumentos de garantia para a retroatividade de decisão penal mais benéfica.

Em nosso estudo até aqui esposado, desenvolvemos a pertinência de se ter uma nova teoria da retroatividade para se garantir que as decisões penais tenham aplicação e efetividade isonômicas no ordenamento, apaziguando, assim, as constantes e recorrentes abissais distorções que ocorrem, quase sempre, em detrimento de uma camada da população já desprovida de outros direitos inalienáveis e tão fundamentais quanto a liberdade.

Não obstante, para que não se repute a nova teoria como figurativa, ou ilustrativa de um devaneio ideológico, somos forçados a demonstrar que esta contempla praticidade instrumental

para a sua efetividade no ordenamento, servindo de maneira concreta para o seio social. Assim, analisaremos, neste nosso último capítulo, de que forma a nova teoria da retroatividade guardaria relação com sua efetivação no sistema, demonstrando que temos instrumentos capazes de lhe acobertar. Vejamos.

1. Os instrumentos processuais provocadores das decisões pretorianas

Despiciendo relatar que a ação penal é o meio realizador da pretensão punitiva estatal. Será através dela que os provimentos jurisdicionais se concretizam em face da busca da solução dos conflitos engendrados no seio social através da ocorrência das condutas delitôgenas. Assim, as decisões penais, como já vimos nos capítulos anteriores, são dotadas da autoridade para revelar as normas penais que se aplicarão ao caso concreto em face de o *jus puniendi* ser de exclusividade estatal, não sendo possível, a nenhum outro ente, ser revestido de tal capacidade.

Não obstante, como forma de contemplar um inconformismo natural, porém mais precisamente como garantia de se evitar erros substanciais na aplicação penalógica, o sistema jurisdicional se organizou em graus para compatibilizar a irresignação de uma decisão desfavorável com a obrigação de uma revisão atinente aos fatos e ao direito aplicado. Nessa organização se garantiram mecanismos de controle das decisões penais, instrumentalizando o inconformismo do derrotado, no intuito de se buscar, sempre, a justa medida da aplicação normativa.

Em face dos erros na aplicação normativa e sua possível revisão, uma vez que, como veremos no desenvolvimento deste capítulo, esta não se reveste de cunho obrigatório em razão da disponibilidade do direito que se coloca ao talante do sentenciado, o fundamento justificante para os graus jurisdicionais encontram ressonância exatamente na tentativa de se corrigir as falhas e aperfeiçoar a aplicação normativa, mediante critérios interpretativos que busquem sempre a justiça em seu ideal.

Assim, com base na incontestável falibilidade humana, o juiz, no momento de revelar a norma, pode errar sob vários prismas. François Rigaux identifica esses erros de forma binária, em

erro de fato ou erro de direito, asseverando que o magistrado pode se equivocar no tocante ao alcance do dispositivo legal ou quando identifica incorretamente a hipótese legal pertinente que seria aplicável. Dessa forma, explica o autor francês que a transgressão da parte dispositiva da norma ocorre mediante o vínculo a uma situação de fato real e legalmente estabelecida a consequências jurídicas sem previsão legal, ou além desta previsão. Exemplifica citando a penalização além da máxima cominada pela norma, ou com sanções inexistentes no sistema legal. De outra banda, sustenta que há erro de direito quando se verificar engano acerca da norma a ser aplicada ao caso concreto.²¹³

Com acerto, entendemos que os erros da autoridade sentenciante podem operar sob as hipóteses elencadas, sem exclusão de outras formas ou classificações de erros, que fogem ao tema central de nossa dissertação. Por enquanto, concordemos que se justifica a revisão das decisões, mormente de ordem penal, em detrimento de se tentar aplacar os erros que determinam, sejam fáticos, sejam de direito, em todas as suas variantes, em sua grande maioria, a privação do *status libertatis*, direito humano fundamental. Logo, o sistema proporciona às partes a utilização de instrumentos que irão se opor às decisões penais gravadas pelo erro em sua acepção lata. Outro não tem sido o entendimento esposado pelos tribunais superiores pátrios acerca do tema, ou seja, a garantia de uma segunda chance como chancela da assecuração da liberdade.²¹⁴

²¹³ RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.228.

²¹⁴ – PROCESSO PENAL – RECURSO ESPECIAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – HABEAS CORPUS IMPETRADO NO PRAZO PARA O RECURSO DE APELAÇÃO – EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMISMO DENTRO DO PRAZO – MERA IRREGULARIDADE FORMAL – RECURSO IMPROVIDO – 1. O disposto nos arts. 578 e 600, § 4º, do CPP, interpretados em conformidade com os princípios que informam o processo penal, implicam a admissão do recurso de apelação mediante a simples manifestação de inconformismo dentro do prazo legal. 2. Dessa forma, prestigia-se o direito de defesa e o amplo acesso ao duplo grau de jurisdição, cujo exercício deve ser flexibilizado em se tratando de matéria criminal, que pode importar em restrição do direito de liberdade. . Recurso improvido. (STJ – RESP 200100481043 – (319994 RS) – 5ª T. – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJU 05.12.2005 – p. 00349) JCPP.578 JCPP.600 JCPP.600.4

– PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS – APELAÇÃO – FUGA DO RÉU – DESERÇÃO – APLICAÇÃO DO ART. 595 DO CPP – DESCABIMENTO – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO – ART. 5º, INCISOS LV E LVII – ORDEM CONCEDIDA – A nova ordem jurídico-constitucional inaugurada com a CF/88 não recepcionou a norma esculpida no art. 595 do CPP. As disposições do art. 595 do CPP não podem impedir que se conheça da apelação do réu foragido, porque seria desconsiderar os princípios contidos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Tendo como balizas os princípios da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e o inegável anseio de *status libertatis* inerente a todo e qualquer ser humano, entendo que, embora havendo fuga do sentenciado ou ausência de recolhimento deste ao cárcere após a interposição de recurso, não há que se falar em deserção. Ordem concedida para que o tribunal a quo conheça do recurso interposto. (STJ – HC 200400796714 – (35997 SP) – 6ª T. – Rel. Min. Paulo Medina – DJU 21.11.2005 – p. 00304) JCPP.595 JCF.5 JCF.5.LV

Referidos instrumentos ganham a conceituação de recursos, reclamações, e até mesmo ações, que se destinam a travar, nos tribunais, a discussão renovada acerca dos fatos e o conteúdo normativo que os revestiu pela autoridade judicial primária, provocando, sempre, uma outra decisão que poderá, em termos práticos, manter, cassar, anular, modificar ou até mesmo alterar aquela decisão hostilizada. Assim, essa instrumentalização, em sede penal, é a forma garantista de se buscar um grau aproximativo da certeza e da justiça.²¹⁵

2. O duplo grau de jurisdição como garantia da justa aplicação da lei penal e seu fundamento constitucional

Centrado o desafio em sempre buscar a mais justa aplicação da lei, verifica-se que a garantia de se contemplar a decisão com sujeição a vários graus de jurisdição é inerente ao direito inalienável das partes de buscar sejam suas pretensões agasalhadas na revelação normativa em uma linha aproximativa da certeza e da justiça.

Em sede penal, como já vimos em capítulos anteriores, essa busca é incessante e não encontra limite nem mesmo na segurança jurídica da coisa julgada em face da possibilidade de se rever a decisão condenatória a qualquer tempo. Assim, o primado da legislação penal está baseado sempre na perspectiva de se dotar o seio social da idéia perene de que a liberdade em sua vertente de direito individual fundamental prevalecerá sobre qualquer outro valor fundante que a ela se contrapuser de forma inadequada.

Para tanto, necessário se faz garantir que a aplicação da lei penal possa se sujeitar a revisões, aprimorando sua interpretação para uma equivalência que se direcione a exprimir o seu real conteúdo, sem distorções ou divagações, revestindo os fatos com a exatidão normativa capaz de dar o equilíbrio necessário entre o “dever ser” e o “ser”, quando houver a necessária colidência do campo abstrato com o concretismo fático que o reclama.

²¹⁵ Como marco histórico, de se enfatizar que as primeiras formas de impugnação das decisões judiciais remontam ao direito romano através das *quaerelas nullitatis*, que serviam para apontar as nulidades das decisões. Posteriormente fora criada a figura da avocatória pelo Imperador, que chamava para si a responsabilidade de rever as decisões dos juizes, para mais tarde evoluir para a figura da *apellatio*, e por último, a criação de tribunais hierarquizados em graus, de forma a surgir um verdadeiro sistema recursal.

Assim, justifica-se a existência do duplo grau de jurisdição mais precisamente em critérios jusfilosóficos do que propriamente jurídicos. Todavia, o fundamento mais consistente, segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, é político. Para estes juristas a garantia da revisão das decisões judiciais se impõe em virtude da necessidade da existência do controle do ato estatal, mesmo que este seja de índole interna, ou seja, dentro do próprio poder. Assim, asseveram que nenhum ato de poder estatal há que ser desprovido de qualquer controle. E este é conferido exatamente para se legitimar a legalidade e a justiça das decisões.²¹⁶

Não obstante, não poderíamos deixar de constatar que, embora se justifique o duplo grau de jurisdição nas concepções anteriormente destacadas, argumentos opostos à existência desse mecanismo garantista existem no sentido de que a revisão das decisões enfraquece e desprestigia o Poder Judiciário, cria incerteza quanto à correção da aplicação normativa, trazendo insegurança às relações jurídicas, além de ser prejudicial à celeridade na prestação jurisdicional satisfativa. Contudo, tais teses não sobrevivem a um único motivo existencial do sistema graduado ora em relevo, qual seja, a certeza de se expurgar o arbítrio decisionista sem controle.

Há premência de existir tal controle para evitar que o magistrado, como qualquer homem, na sua falibilidade, suscetível a erros, cometa graves injustiças ou na sua arrogância possa se inebriar pelo poder ilimitado de decidir sobre a vida e a liberdade de seus jurisdicionados e, tal qual os déspotas, que ganham expressão na célebre frase de Luis XIV *“Le juge c’est moi...”*, se arvoreem em verdadeiros deuses e se descuidem de aplicar a lei tal qual seu senso e sua função social.²¹⁷ Desta forma, a oposição argumentativa de cunho meramente formal não se sobrepõe aos argumentos jusfilosóficos e políticos já lançados, justificadores do grau revisor como forma de controle do poder.

Indaga-se, contudo, qual seria a natureza jurídica do duplo grau jurisdicional. Guilherme de Souza Nucci entende ser uma garantia individual implicitamente constitucionalizada em decorrência do comando do artigo 5., parágrafo segundo, da Constituição Federal que

²¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998, p.22.

²¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol.4.27.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.312.

expressamente reza “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.²¹⁸ Maurício Zanoide de Moraes também defende ter o duplo grau de jurisdição *status* constitucional em virtude da ratificação pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana dos Direitos Humanos – em 1992 (decreto 678/92), vinculando sua observação ao texto normativo constitucional já destacado.²¹⁹ Igual posicionamento já havia sido adotado por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes²²⁰, que gravam o duplo grau de jurisdição como norma constitucional positivada em nível supralegal em atendimento ao comando do artigo 8, n.2-h, do Pacto que assim reza:

“2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”²²¹

Desta forma, não há como deixar de conferir *status* constitucional ao princípio em comento pelas razões já expendidas, ressaltando seu caráter autônomo decorrente de a Lei Magna estruturar os órgãos componentes de jurisdição de maior graduação. Assim, não poderia a própria Lei Maior conferir tratamento desigual aos jurisdicionados sob pena de ferir o próprio valor principiológico da igualdade já objeto de abordagem em nosso estudo.²²²

Resta agora ressaltar qual seria a amplitude deste grau jurisdicional revisional, e qual o reflexo na concepção da nova teoria ora desenvolvida. De se relatar que estão sujeitos à revisão toda a matéria de fato e de direito a que estiver jungida a decisão, importando salientar que se sujeitam à correção tanto o *error in iudicando* (erro do juiz no julgamento do mérito – as

²¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 4.ed. São Paulo: RT, 2005, p.875.

²¹⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p.30.

²²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998, p.24.

²²¹ **Revista do Ministério Público-Alagoas**. Ministério Público de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas. Centro de Ciências Jurídicas- CJUR.n.8 Maceió: MPEAL:UFAL/CJUR, 2002, p.42.

²²² Merece registro, todavia, de caráter meramente histórico, que referido princípio já foi objeto de expresso comando constitucional quando do Brasil Império – artigo 158 da Carta de 1824.

pretensões de direito material formulado pelas partes) quanto o *error in procedendo* (erro do juiz no tocante à formalidade processual – questões de fundo processual).

Assim, importa para a teoria ora apresentada tão-somente as questões de direito material, objeto de alcance da coisa julgada material em virtude de que é delas que serão extraídas as interpretações para a aplicação da sanção punitiva estatal. Até porque as regras procedimentais vigoram sob o princípio da imediatidade, não se podendo, pois, anular processos em virtude de um novo procedimento criado ao longo da ação penal.²²³ Desta forma, faremos o corte epistemológico necessário para que se possa delimitar o campo de abrangência da teoria desenvolvida por questões metodológicas e científicas.

Não despidendo registrar, contudo, que o princípio encontra sua limitação no tocante às decisões de caráter jurisdicional especial (trabalhista e eleitoral) e quanto aos recursos para os órgãos superiores em grau extraordinário, especificamente no tocante ao recurso especial e extraordinário. Para tais instrumentos o fundamento é outro, qual seja, a uniformização do direito e sua defesa constitucional que, por estrita obediência aos marcos teóricos da presente pesquisa, fogem ao cerne de nossa produção científica.

Não obstante, a referência aos graus jurisdicionais se faz imperativa em razão de estes produzirem a todo momento decisões penais de tantos aspectos e sob várias perspectivas em face de diferentes interpretações da lei penal. Neste sentido, como maneira de garantir a interpretação mais benéfica ao acusado, extraída da decisão penal, é que se revela indispensável a menção aos níveis jurisdicionais como fonte de aplicação normativa e prova da possibilidade da existência da nova teoria da retroatividade em termos de efetividade.

3. Os recursos aplicáveis ao processo para a revisão das decisões penais condenatórias

Como ficará demonstrado adiante, os recursos no processo penal são orientados por princípios que marcam sua existência com características próprias, assim, a unirrecorribilidade

²²³ Em havendo procedimentos inquinados pela nulidade absoluta estes não serão objeto de convalidação, podendo a qualquer tempo ser sanados via *habeas corpus*, daí porque não se coadunam com a nova teoria da retroatividade da decisão penal benigna.

das decisões afirma que para cada tipo de decisão deverá haver um único tipo de recurso, sendo este o instrumento próprio para se atacar a decisão a que se opõe. Em um corte no estudo acerca deste tema, para não haver tergiversações ou devaneios supérfluos, somos forçados, como já mencionado anteriormente, a realizar o corte epistemológico necessário para nos atermos tão-somente aos recursos que têm como objetivo a anulação, desconstituição, revisão, modificação, cassação, alteração das decisões penais com édito condenatório, ou seja, aquelas que encerram o processo com a aplicação penal das normas primária e secundária.

São eles, em grau ordinário, a apelação criminal, o protesto por novo júri, os embargos infringentes, os embargos de declaração com efeito infringente, e em grau extraordinário, os recursos especial e o extraordinário. Assim, têm estes a peculiaridade de atingir o mérito propulsor da ação penal desenvolvida contra o acusado que teve contra si um édito condenatório ao se lhe reconhecer a autoria de um fato tido como penalmente relevante, típico, ilícito, culpável e com potencial punitivo estatal ao seu alcance.

3.1 – A importância dos recursos para o desenvolvimento da nova teoria da retroatividade

As distorções existentes no sistema processual penal, no tocante a decisões que afrontam o tratamento desigual perante a lei, que importam para a presente teoria advêm exatamente no momento da prolação de sentenças condenatórias. Como já dito anteriormente, pela incidência principiológica da revisão de toda e qualquer decisão, como corolário da busca de uma decisão justa, equânime e correta, ainda que de forma aproximativa em termos de aplicação da lei penal, os acusados dispõem de uma gama de instrumentos para tentar reverter, anular, modificar ou mesmo atenuar a afluente condenação que restringirá ou privará seu *status libertatis*.

Pela disponibilidade e voluntariedade da utilização destes instrumentos e não em função de sua cogência, situações constantes ocorrem quando um acusado provido de bons recursos financeiros contrata uma excelente banca de advogados que consegue ter uma solução melhor através de uma aplicação da lei penal benigna, em virtude de poder alcançar todos os níveis jurisdicionais postos à solução dos conflitos de ordem penal, em detrimento de uma solução penal mais gravosa, em razão de um outro acusado não ter conseguido alçar os mesmos níveis

jurisdicionais, afrontando, assim, a igualdade de todos perante a lei. Frise-se que os dois acusados se encontram em situações fáticas semelhantes.

Exemplificamos. Dois acusados da imputação de crime de estupro com violência presumida, ou seja, mantiveram relações sexuais com mulheres não maiores de quatorze anos. Não estão em regime de concurso de pessoas, tratado pelo artigo 29 do CPB. Situações, pois, semelhantes. Ambos foram condenados pelo juiz de primeiro grau que considerou o crime de estupro com violência presumida inserto como crime hediondo. Um deles recorre até a instância extraordinária em razão de sua condição financeira assim proporcionar uma melhor banca de advocacia, quando então lhe é reconhecida a condenação, mas lhe retira a hediondez do crime, o que já lhe proporciona o indulto, a graça e a anistia. Já o outro não recorre da mesma decisão transitando em julgado com a condenação por crime hediondo. Daí se indagar: há igualdade da aplicação da lei penal? Por óbvio que não.

Assim, da mesma forma que se garante o duplo grau de jurisdição e todos os demais recursos que serão estudados neste capítulo, de se enfatizar que estes instrumentos devem servir também para se buscar uma uniformidade do tratamento da lei penal, mormente quando esta é atentatória ao direito fundamental da liberdade. Temos, por princípio, que a preocupação do jurista deve ir além da instrumentalidade do direito de recorrer, mas a consequência lógica alcançada por este direito e sua efetividade no meio social, interfere sobremaneira na justeza da lei.

Para este fim, limitaremos nosso estudo aos recursos que visam aprimorar a aplicação penalógica através da decisão condenatória, por obediência à metodologia e aos preceitos científicos para a demonstração da possibilidade de efetivar a nova teoria, sem descuidar de registrar os princípios, a natureza jurídica e a conceituação destes instrumentos.

3.2 – Teoria geral dos recursos. Conceito. Natureza jurídica. Classificação e princípios

Como já registramos anteriormente, a existência do recurso pressupõe uma decisão judicial como seu conseqüente lógico, sem a qual não se poderia falar em direito revisor, ou

sequer aplicar o princípio do duplo grau jurisdicional. Desta forma, prostra-se a doutrina a conceituar o recurso como “meio voluntário de impugnação de decisões, utilizado antes da preclusão em uma mesma relação jurídica processual apto a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão”.²²⁴

Guilherme de Souza Nucci, de forma mais simples, traz seu conceito como um direito inerente às partes na relação processual de se insurgir contra as decisões judiciais com o fim de revisá-las em instância superior.²²⁵ Fernando da Costa Tourinho Filho adota a mesma técnica de Nucci para trazer uma conceituação singela de recurso, tendo-o como um remédio jurídico processual para provocar o reexame de uma decisão.²²⁶

Inocência Borges da Rosa se aprofunda mais em sua conceituação trazendo caracteres filosóficos e jurídicos, aproximando-se de nosso pensamento quanto à sua aplicabilidade na nova teoria ora desenhada, tendo o recurso como um instrumento que visa “sanar os defeitos graves, substanciais, ou a injustiça da decisão, bem como a má apreciação da prova ou a errônea interpretação ou aplicação da lei ou da norma jurídica ou dos fatos e suas circunstâncias”.²²⁷

Podemos então concluir que todas as denominações encontram harmonia em se caracterizar o recurso como um instrumento processual revisório de uma relação jurídica já decidida, mas não alcançada por sua imperatividade, e que, por vontade da parte vencida, necessita de um reexame.

Partindo dos conceitos vazados, necessitamos aprofundar o instrumento recursal no tocante a sua natureza jurídica, haja vista sua funcionalidade em relação à decisão judicial que visa atacar. Por muito tempo, a doutrina vinha atribuindo aos recursos uma natureza de ação constitutiva, de caráter autônomo e distinta do direito de ação ou de defesa. Todavia, tal concepção evoluiu no sentido de classificar o direito de recorrer como um aspecto, um elemento ou mesmo uma modalidade do próprio direito de ação e de defesa. Assim, tem-se entendido que o

²²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998, p.31.

²²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 4.ed. São Paulo: RT, 2005, p.876.

²²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol.4. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.310.

²²⁷ ROSA, Inocência Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3.ed. São Paulo: RT, 1982, p.693.

poder recursal tem ligação embrionária com o próprio direito de provocar a tutela jurisdicional, não lhe sendo mais possível atribuir uma autonomia ou uma total desvinculação da ação em si.

Não obstante, é importante frisar que embora exista este liame, o poder de recorrer possui características e condições peculiares. Assim, não é possível falar em obrigatoriedade recursal mas sim em voluntariedade, por ser um ato volitivo das partes, mesmo em se tratando de aplicação da lei penal que tem como condão a exclusão ou a restrição ao direito fundamental da liberdade.

E é acerca desta voluntariedade, ou seja, na aceitação ou não da decisão penal, que deverá ser rompido um silêncio inquietante. O condenado, por muitas vezes, após anos encarcerado no aguardo de um desfecho de sua situação penal, aceitou a condenação por achar justa e correta, ou esta lhe abre, através do sistema progressivo da pena, a possibilidade de logo ganhar a liberdade? Houve a sintonia entre incidência e aplicação da lei como dantes observado para se chegar a uma justa imposição do poder punitivo?

Poder-se-ia asseverar, ainda de forma apressada, que estamos a divagar em um antagonismo autofágico, já que posicionamos no capítulo terceiro desta dissertação a execução provisória da pena como forma de efeito da decisão penal condenatória ainda não alcançada pela coisa julgada. Mas lembremos que a decisão de não recorrer está ao talante do condenado, que, por muitas vezes, na sua pobreza e na ausência de um contato com seu defensor, por não raras vezes, dativo ou público, não lhe alcança tal opção.

Com base naquelas indagações é que a nova teoria repousa seus olhos abrindo uma nova perspectiva para o condenado, que busca, além da liberdade, uma justa decisão, o que, da forma como está posto no sistema atual, é inconcebível pensar. De se registrar que a presente ilação não vem desacompanhada de qualquer dado ou premissa que nos leva a este pensamento, sem o que estaríamos a levantar hipóteses falsas sem dados empíricos concretos.

Observem-se, novamente, os dados do IDDD retirados da pesquisa publicada em conjunto com o IBCCRIM, acerca da defesa praticada em razão dos acusados da prática do delito de roubo

na cidade de São Paulo. Dos 100% de pessoas presas somente 23,80% apresentaram algum pedido de liberdade provisória, relaxamento de prisão ou *habeas corpus*, e desse percentual, todos através de advogados constituídos. Será que os demais não desejavam ganhar a liberdade? É pouco provável. Ainda, 98,84% dos que apelaram contra as decisões condenatórias não apresentaram qualquer tipo de defesa oral nas sustentações em sede de julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Daí de se ratificarem as indagações lançadas.²²⁸

A revisão criminal, como veremos adiante, é ainda tímida, por lhe ser restrita e vinculada em rol taxativo, para dar respostas a estas indagações e ocupar este vácuo que se abre com questões deste jaez. Todavia, ao lhe conferir nova roupagem, sem sair de um contexto jurídico legítimo, mas ampliando sua interpretação, como ousaremos fazer, criamos uma proposição inovadora, ainda que não inédita, como vimos no capítulo anterior, mas que abre um novo flanco no aperfeiçoamento da aplicação da lei penal em seu sentido teleológico para alcançar os patamares sociológicos objetivados.

Feita a observação acerca da voluntariedade recursal, resta-nos passar a classificar os recursos no processo penal, limitando-se esta classificação aos recursos que visam atacar as sentenças penais condenatórias, ou seja, aquelas que encerram o processo com julgamento do mérito, também tratadas doutrinariamente como “definitivas *stricto sensu*”.²²⁹ Frise-se que já identificamos os recursos que recebem a referida classificação no início deste título. Assim, são estes totais ou parciais no tocante à extensão da matéria impugnada, de fundamentação livre ou vinculada no tocante aos seus fundamentos, e ordinários ou extraordinários no tocante ao direito e ao fato que pretendem impugnar.

Por fim, recebem estes instrumentos recursais orientações axiológicas, através de seus princípios fundantes, ou seja, são taxativos, pois constam de rol fechado na legislação constitucional (especial e extraordinário) e na legislação infraconstitucional (demais recursos de caráter ordinário – apelação criminal, protesto por novo júri, embargos infringentes, embargos de declaração com efeito infringente). Atendem à unirrecorribilidade das decisões obedecendo a

²²⁸ **Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo**. São Paulo: IBCCRIM/IDDD.2005,p.36-37.

²²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**.2.ed.São Paulo: RT, 1998,p.59.

uma função ímpar para cada questionamento, assim, por exemplo, protesto por novo júri para atacar decisões condenatórias do júri que tenham sentença igual ou superior a vinte anos para cada fato tipicamente penal imputado, recurso extraordinário para a preservação dos fundamentos constitucionais etc.

Observa-se, também, a variabilidade recursal e sua efetiva preclusão consumativa, assim como no exemplo de se interpor recurso especial e extraordinário sobre uma mesma condenação. Vigem, ainda, sobre eles a complementariedade recursal, assim como por exemplo na interposição da integração da decisão pela oposição de embargos de declaração. São, ainda, orientados em sua aceção formal pela fungibilidade, obedecendo-se aos critérios do lapso temporal preclusivo e da má fé do recorrente.

Finalmente orientam-se pela dialeticidade, já que não podem ser objeto de simples questionamento sem sua razoabilidade fundante, ou seja, não se atendem aos recursos tão-somente por uma irresignação apartada de uma motivação plausível. Assim, por muitas vezes estas razões devem ser demonstradas até como condição de admissibilidade recursal, assim, por exemplo, no recurso extraordinário e especial, ou mesmo na apelação de motivação vinculada acerca das decisões que afetam a decisão do Tribunal do Júri.

Como garantia ao princípio do *favor rei*, que decorre a proibição da *non reformatio in pejus*, os recursos ora elencados também conferem atributo de caráter pessoal, ou seja, não favorecem de forma reflexa à parte que dele não se utilizou, com exceção ao benefício ao réu, sempre obedecido pela decorrência do subprincípio *reformatio in melius*. Assim, a súmula 160 do STF representa bem os institutos ora mencionados, a saber: “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

Logo, a função recursal destes instrumentos que se classificam, orientam e se fundam no que até então esposado, é, em nossa singela visão, o aprimoramento da aplicação da lei penal, corrigindo, como no dizer de Inocêncio Borges da Rosa já anteriormente destacado, o erro, a

injustiça, a incongruência e se aproximando do que desejado por Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, a incidência e a aplicação normativa sem qualquer rusga, distinção ou resultado diverso.

Enxergamos, pois, que estes recursos são as molas propulsoras na revelação das decisões penais benignas, através da aplicação da lei penal, que precisa ser objeto de uniformização, espraiando-se no ordenamento de forma isonômica, obedecendo ao princípio da aplicação da lei de forma indistinta, mesmo em detrimento de outras decisões que já foram alcançadas pela coisa julgada, como exposto no capítulo anterior.

4. As ações capazes de desconstituir a coisa julgada material - Do *habeas corpus* e da revisão criminal . Conceito. Natureza. Posição no sistema processual como instrumentos de garantia para a retroatividade da decisão penal mais benéfica

Já aferimos em passagem anterior que a coisa julgada no âmbito penal tem sua limitação no tocante à sua imperatividade e segurança jurídica toda vez que o valor fundante da liberdade tiver sido restringido de maneira errônea pelo intérprete autêntico da lei penal, ou mesmo quando uma lei nova benigna vier a dispor de forma diversa da situação normativa anteriormente aplicada. Assim, ganha a coisa julgada efeito relativizado, não se podendo, neste diapasão, dar-lhe caráter absoluto e impermeável no sistema.

Para tanto, o ordenamento jurídico processual disponibilizou ao condenado instrumentos hábeis e capazes de desconstituir a coisa julgada. Um destes, a revisão criminal, tem caráter embrionariamente revisor, incurso equivocadamente pelo legislador infraconstitucional no capítulo atinente aos recursos, pondo-se a funcionar como verdadeira ação à disposição exclusivamente do condenado, para que este possa, obedecidas as condições objetivas tratadas no ordenamento jurídico processual, reabrir a discussão em torno da sentença que o elevou ao *status* de condenado, como forma de se buscar a justiça aproximativa da certeza e da verdade em relação à aplicação da lei penal.

O outro instrumento, o *habeas corpus*, remédio constitucional que visa garantir de forma ampla o *status libertatis* em seu sentido físico, também inserido no capítulo atinente aos recursos,

de forma equivocada, ganha este aspecto em virtude de poder atacar as decisões condenatórias oriundas de processos manifestamente nulos, ou ainda com o sentido de se aplicar lei penal benigna, assim na expressa orientação da Suprema Corte, nos arestos ora colacionados, quando sempre em foco estiver a liberdade do condenado em razão da medida penal que o priva de tal direito fundamental, senão vejamos²³⁰:

Cancelamento de medida de segurança em face de lei nova que a aboliu – Concessão da ordem, de ofício. “Cancela-se a condenação à medida de segurança porque a nova Parte Geral do Código Penal, que entrou em vigor após a prolação do julgado condenatório, não a prevê para os plenamente imputáveis”. (STF – HC – Rel.Sydney Sanches – RTJE 99/261)

Ordem concedida ex officio para cancelar a medida de segurança imposta na condenação, porque a nova parte geral do Código Penal, Lei 7209 de 11.07.84, eliminou esta medida para os imputáveis e, sendo a lei nova mais benigna, deve ser aplicada ao paciente, art.2, par.ún., do CP” (STF – HC 70.550- 2 –Rel. Paulo Brossard DJU9.12.94, p.34.082)

Não obstante, há quem questione esse poder inerente ao remédio heróico constitucional em virtude de assim não dispor sua instrumentalização pela lei infraconstitucional processual penal. Todavia, embora polêmica sua utilização como conduto de desconstituição da coisa julgada, esta se mostra não só razoável, mas também possível, em face de uma condenação que transitou em julgado por juiz absolutamente incompetente ou quando de nulidade processual manifesta que não se convalida, como já sustentado em passagens anteriores.

Eugênio Pacelli de Oliveira enfrentou igual desdobramento autorizativo em sua obra, chegando à conclusão que o *habeas corpus* neste caso se equipara à revisão criminal por denotar em seu conteúdo caráter constitutivo e desconstitutivo, diferenciando-se tão-somente em face de seu impedimento de natureza lastro-probatório. Arremata o autor textualmente em duas passagens, a saber: “...responde-se afirmativamente à questão, no que toca, especificamente, ao

²³⁰ O extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo também exarava este entendimento, como se vê na ementa do decism de 18.10.1996 em sede de recurso ordinário em *habeas corpus* tombado no JUTACRIM-SP sob n.33/412, a saber: “Inexiste impedimento de se aplicar lei nova mais benéfica ao réu, em sede de *habeas corpus*, de ofício, mormente quando se verifica, desde logo, o constrangimento ilegal que poderia se caracterizar pelo não reconhecimento da extinção da punibilidade, em função da incidência da *lex mitior*.”

fato de poder o *habeas corpus* rescindir a coisa julgada”, para depois dar sua explicação da assertiva lançada, quando então justifica em sua obra: “ por isso pensamos possível o juízo rescindendo, para desconstituir ou anular a decisão anterior, e, também, o juízo rescisório, para, após a anulação do julgado, absolver o réu por manifesta atipicidade”²³¹

Destaque-se, todavia, que o *habeas corpus*, quando objetiva a este fim, encontrará uma outra limitação além da vedação à instrução probatória, qual seja, só poderá ser usado para desconstituir a coisa julgada enquanto houver a existência da privação da liberdade de locomoção, pois esta inexistindo, por qualquer causa que extinga a punibilidade, cessando o poder estatal sobre o status libertatis, o instrumento a ser utilizado deverá ser a revisão criminal. O STF, através da súmula 695 assim delimitou a abrangência do remédio heróico neste sentido.²³²

Destarte, admitindo-se as duas ações processuais, cada uma com o seu respectivo alcance e limitações, como instrumentos postos no direito para combater a imperatividade e a formalidade da segurança jurídica, através da coisa julgada, a fim de que a liberdade, e mais, a justiça das decisões penais, reflitam o valor inerente ao direito sobre a certeza e correição destas passemos à análise destes institutos, focalizando serem capazes de garantir a aplicação da nova teoria da retroatividade da decisão penal benigna.

4.1 – Do *habeas corpus*. Breve histórico. Conceito. Natureza jurídica. Sua importância instrumental e realizadora da teoria da retroatividade da decisão penal benigna

A genealogia do *habeas corpus*, como bem asseveram Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, tem confusa precisão em virtude de se buscar na história instrumentos assemelhados como forma de lhe dar a gênese. Assim, há quem sustente ser ele oriundo do direito romano, através do longínquo *interdictum de homine libero exhibendo*; outros se apegam à tradição ibérica, afirmando ser engendrado pelo procedimento de *manifestación de personas* aragonês.²³³

²³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 4.ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2005, p.699.

²³² Súmula 695 do STF: “Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade.”

²³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998, p.340.

Todavia, ninguém discorda que seu nascimento, tal como se dá nos ordenamentos jurídicos atuais, se dera na Inglaterra em 1215 com a Magna Carta imposta pelos barões ao rei João Sem Terra, em virtude de se garantir a liberdade mediante um devido processo legal e que tinha como instrumento assecuratório o *writ of habeas corpus ad subjiciendum*.²³⁴

Assim os ordenamentos passaram a se orientar por proteger, através de garantias, a direitos dantes não exigidos de forma positiva frente aos monarcas e ao Estado. No Brasil, seu registro primeiro se dá com o Código de Processo Criminal do Império de 1832, até sua inserção como fundamento constitucional na Constituição Republicana de 1891, estando hoje em dia também consagrado na Carta Magna, como já relatado e consignado anteriormente de maneira garantística, e disciplinado seu processamento e julgamento no atual Código de Processo Penal vigente em seus artigos 647 *usque* 667, dentro do título conferido aos recursos processuais.

Acerca de seu exato conceito é pensamento majoritário na doutrina e consenso harmônico no meio jurisprudencial o equívoco, já antes mencionado, em que incorreu o legislador ao inserir o *habeas corpus* no contexto processual como se verdadeiro recurso fosse.²³⁵ Em verdade, trata-se de uma verdadeira ação autônoma com fundamento constitucional que tem em seu escopo a garantia do *status* físico de liberdade quando esta se encontra ameaçada ou efetivamente for atingida por comando de uma coação ilegal. Assim também as lições de Paulo Rangel²³⁶, Eugênio Pacelli de Oliveira²³⁷, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes²³⁸.

Seu fundamento constitucional encontra amparo no sistema de direitos e garantias fundamentais do cidadão na Carta Política, através do artigo 5, inciso LXVIII, que expressamente estatui “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer

²³⁴ SOUZA, José Barcelos de. **Doutrina e prática do Hábeas Corpus**. Belo Horizonte: Sigla, 1998, p.12.

²³⁵ Na doutrina ainda resiste Magalhães Noronha em dar caráter dúplice ao *habeas corpus*, ou seja, relata o autor tanto poder se tratar de ação quanto de recurso. In. **Curso de Direito Processual Penal**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.408.

²³⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.814.

²³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 4.ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2005, p.698.

²³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998, p.345.

violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, sendo certo que se constitui em verdadeira garantia assecuratória ao direito da liberdade em seu sentido físico – locomoção, ir, vir e ficar –, através desta ação que se põe ao conhecimento de forma completa e definitiva acerca da ilegalidade apontada que coarctou esse direito.

Sobre o aspecto de ser caracterizada como ação de conhecimento, a doutrina novamente se divide no tocante ao alcance do provimento que a cognição sobre a ilegalidade há de reconhecer. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes denotam que além do caráter declaratório e constitutivo do *habeas corpus*, este poderá ainda prover conteúdo de ordem condenatória, exemplificando a condenação ao pagamento das custas pela autoridade responsável pela coação reconhecidamente ilegal, apontando, para tanto, a incidência normativa do artigo 653 do CPP.²³⁹ De outra banda, Paulo Rangel não aceita tal provimento condenatório por entender que a condenação nas custas se impõe *ex officio* e não mediante pedido do impetrante, daí porque, em seu magistério, não reconhece tal alcance do *writ*.²⁴⁰

Em que pese todo o esforço do jurista Paulo Rangel para afastar o caráter de provimento condenatório, não podemos discordar da lição dos processualistas Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes que entendem ser pertinente tal característica, até porque, *ex officio* ou mediante pedido do impetrante, o que dota tal provimento desta peculiaridade é a possibilidade da condenação normatizada no instituto através do artigo 653 do CPP. De se indagar àqueles que assim não pensam, não estivesse positivada a permissão da condenação, poderia o julgador criá-la? A resposta é negativa, pois tal provimento tem cunho sancionatório de natureza penalógica, e se assim não estivesse estabelecido, feriria de forma letal o princípio da reserva legal, daí porque concordamos com o entendimento de ser o *habeas corpus* uma ação de conhecimento que pode objetivar provimento declaratório, constitutivo ou condenatório.

²³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998, p.346

²⁴⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.815.

Ao Código de Processo Penal, como anteriormente vazado, coube dar o tratamento procedimental ao remédio constitucional, evidenciando, ainda, as hipóteses de reconhecida coação ilegal tratadas de forma não taxativa no artigo 648 em face da garantia assecuratória ter de ser estendido de forma ampla ao direito que garante, qual seja, a liberdade de locomoção.²⁴¹

Não obstante, para adequarmos a utilização do instrumento à nova teoria desenvolvida, precisaremos as exatas hipóteses em que entendemos cabível o *writ*, delineando estes conteúdos para a demonstração da assecuração do direito que as decisões benignas contêm em seu bojo. Para tanto, precisaremos registrar o uso, de forma ampla, da analogia e da interpretação analógica em sede processual, amoldando-se o instrumento a emprestar à teoria da retroatividade da decisão benigna sua realização no campo da efetividade.

Assim, traçando seu contexto de aplicação normativa, entendemos ser possível a utilização do *habeas corpus* para desconstituir a coisa julgada, além daquelas hipóteses já delineadas por Eugênio Pacelli de Oliveira (processo manifestamente nulo e decisão prolatada por autoridade incompetente), quando esta afetar o *status libertatis* do condenado por mais tempo do que determina a lei (artigo 647, inciso II - CPP), sendo o conceito de lei utilizado como fizemos no capítulo anterior, no sentido de se acobertar, também, a norma de decisão; ou ainda, quando estiver extinta a punibilidade (artigo 647, inciso VII- CPP). E traçamos suas hipóteses empíricas para sair da demonstração abstrata da possibilidade da teoria, feita no capítulo anterior, e concretizá-la de maneira efetiva. Vejamos.

Em face da primeira situação coloquemos o exemplo da contingência benéfica ao acusado condenado pela prática de estupro com violência presumida, que segundo a variação do conteúdo interpretativo do STF, por algum tempo, mais de dois anos, não esteve inserto no rol de crimes hediondos.²⁴² Assim, permitidos os institutos da graça, anistia e indulto, e até mesmo a progressão de regime, matéria já apaziguada na declaração da inconstitucionalidade da lei de crimes

²⁴¹ Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa;II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;VI - quando o processo for manifestamente nulo;VII - quando extinta a punibilidade.

²⁴² Esta decisão foi tomada pelo STF no HC 78.305-MG, rel.Néri da Silveira, DJU em 1.10.1999.

hediondos quanto a este aspecto.²⁴³ Ora, esta decisão dando novo modelo axiológico ao artigo 213 combinado com o artigo 224, ambos tratados no Código Penal Brasileiro, autoriza menos tempo de segregação do condenado da sociedade, ficando aquele que se encontra preso sob o valor axiológico anterior, ou seja, que entendia ser hediondo tal prática, preso por mais tempo do que esta nova decisão (norma de decisão - aplicação da lei) permite, subsumindo-se, pois, *in totum* o dispositivo do artigo 647, inciso II do CPP para casos deste jaez.²⁴⁴

Na outra hipótese elencada como possível de se atacar a decisão já alcançada pela coisa julgada, verificamos as recorrentes decisões dos tribunais que vêm admitindo a existência da prescrição virtual, extinguindo, pois, a pretensão punitiva estatal de forma antecipada, mudando por completo a visão anterior que rechaçava a ausência de amparo legal deste instituto, dando-lhe novo vigor e nova feição.

Ora, ao se lhe reconhecer a sua existência no ordenamento jurídico, estamos dando novo conteúdo semântico ao instituto da prescrição. Logo, se para alguns casos há aplicação desta nova figura, por que não retroagir a decisão para afetar outros de igual semelhança, extinguindo a punibilidade e, por consequência, o viés sancionatório estatal que pende sob o acusado que pode estar, inclusive, sofrendo o peso do cárcere de forma preventiva?²⁴⁵

²⁴³ Em julgamento do HC 82959 SP, em 23.2.2006, o STF, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, entendeu ser inconstitucional o artigo 2.,par.1, da lei 8072/90 que entendia ser impossível a progressão de regime para os crimes hediondos.

²⁴⁴ Tal situação foi utilizada como exemplo para a mera configuração da utilização do *writ* nestes termos; não obstante, há que se observar que a referida orientação do STF neste sentido, como mencionado no texto, foi alterada em 17.12. 2001, através do HC 81.288-SC, que passou a entender serem estes crimes novamente hediondos, o que não importa dizer que uma nova orientação no sentido oposto não possa ser lançada em virtude de a divergência deste conteúdo não estar apaziguada. A decisão foi por maioria – 7x4 – e cinco dos ministros que votaram pela hediondez do crime não fazem mais parte da Suprema Corte; são eles: Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Moreira Alves, Nelson Jobim e Sydney Sanches. Dentre a composição atual do STF, há dois votos pela hediondez: Cezar Peluso e Ellen Gracie, e dois pela desconsideção do crime hediondo: Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. De sorte que a questão pode comportar novo entendimento com o posicionamentos dos novos ministros.

²⁴⁵ – PENAL E PROCESSUAL PENAL – PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA – PROCESSO NATIMORTO – 1. Deve ser reconhecida a prescrição de forma antecipada, tendo por referência, não o fato jurídico da pena aplicada, mas apenas a pena hipotética ou em perspectiva, quando de logo se sabe, indubitavelmente, que a sentença a ser proferida, se der pela condenação, não terá nenhuma eficácia. Hipótese em que, cessando o interesse de agir, de forma intercorrente, o processo revela-se tal como um "natimorto". 2. Recurso improvido. (TRF 1ª R. – RCCR 199734000264046 – DF – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Olindo Menezes – DJU 24.06.2005 – p. 12)

PENAL – PROCESSO PENAL – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – ART. 171 DO CP – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NÃO PROVIDO – PRESCRIÇÃO ANTECIPADA, OU PROJETADA, OU PRECALCULADA, OU EM PERSPECTIVA – 1. A doutrina e a jurisprudência divergem, predominando, no entanto, a orientação que não aceita a prescrição antecipada. É chegada a hora, todavia, do novo triunfar. 2. A prescrição antecipada evita um processo inútil, um trabalho para nada, chegar-se a um provimento jurisdicional de que nada vale, que de nada servirá. Desse modo, há de reconhecer-se ausência do interesse de agir. 3. Não há lacunas

Desta forma, vimos que nos casos citados há clara e nítida congruência da utilização do *writ* como forma de devolver a liberdade, ou aplacar a ameaça a esta, em face de uma nova decisão que reveste a norma de conteúdo axiológico diverso e mais benéfico que aquele anteriormente interpretado, sendo a negação a esta nova teoria obra de verdadeira aplicação desigual e de apego a um formalismo exacerbado, inexistente em seara penal, e já até abrandado no campo cível, que opera em sua grande maioria com direitos disponíveis, em detrimento do direito humano fundamental de liberdade.

4.2 – Da revisão criminal . Breve histórico.Conceito.Natureza jurídica. Sua importância instrumental e realizadora da teoria da retroatividade da decisão penal benigna

A revisão criminal por função precípua foi criada pelo legislador para possibilitar que as decisões alcançadas pelo trânsito em julgado pudessem ser revistas a qualquer tempo, em benefício do condenado, todas as vezes que não refletissem a justiça e a correção da decisão em detrimento da liberdade do sentenciado. Foi introduzida no sistema jurídico brasileiro em 1890, através do decreto n.848/1890, para logo após ser inserida em seara constitucional em 1891, através do artigo 81, que assim rezava: “Os processos findos, em matéria-crime, poderão ser revistos, a qualquer tempo, em benefícios dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para

no Direito, a menos que se tenha o Direito como Lei, ou seja, o Direito puramente objetivo. Desse modo, não há falta de amparo legal para aplicação da prescrição antecipada. 4. A doutrina da plenitude lógica do direito não pode subsistir em face da velocidade com que a ciência do direito se movimenta, de sua força criadora, acompanhando o progresso e as mudanças das relações sociais. Seguir a Lei "à risca, quando destoantes das regras contidas nas próprias relações sociais, seria mutilar a realidade e ofender a dignidade mesma do espírito humano, porfiosamente empenhado nas penetrações sutis e nos arrojos de adaptação consciente" (Pontes de Miranda). 5. Recurso em sentido estrito não provido. (TRF 1ª R. – RCCR 19973500000600 – GO – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Tourinho Neto – DJU 29.07.2005 – p. 23)

– PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL – APELANTE MAIOR DE SETENTA ANOS AO TEMPO DO JULGAMENTO DO RECURSO – REDUÇÃO DO LAPSO PRESCRICIONAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL – 1. Admite-se a aplicação da redução em metade do prazo prescricional no caso do agente que, apesar de não haver completado 70 (setenta) anos ao tempo da sentença, atinge tal idade antes do trânsito em julgado da decisão definitiva de todo o processo de conhecimento, incidindo, para fins prescricionais, o lapso temporal mais favorável ao acusado, reconhecendo-se, desde logo, a prescrição da pretensão punitiva pela antecipada e automática incidência daquele dispositivo. 2. Interpretação extensiva do citado dispositivo, em observância ao princípio do in dubio pro reo leva à aplicação da norma extintiva da punibilidade do agente se completados 70 (setenta) anos antes do acórdão. 3. Precedentes do STJ. (TRF 3ª R. – ACR 2002.61.81.005415-0 – (16032) – 1ª T. – Rel. Juiz Fed. Conv. Luciano Godoy – DJU 10.01.2006 – p. 152)

– PENAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – ART. 168-A – INTERESSE DE AGIR DA ACUSAÇÃO – PRESCRIÇÃO DA PENA PROJETADA – CONCESSÃO DA ORDEM – Há carência de ação por falta de interesse da acusação quando for constatada, de plano, a ocorrência da prescrição pela pena projetada. Falece interesse processual na continuidade do feito por total ausência de justa causa face à prescrição antecipada. (TRF 4ª R. – HC 2005.04.01.056008-5 – 8ª T. – Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wovk Penteado – DJU 08.02.2006 – p. 495)

reformular, ou confirmar a sentença.”²⁴⁶ Como se vê, inicialmente estipulava a competência originária exclusiva do Supremo para revalidar as decisões ou simplesmente reformá-las em benefício do condenado, e a garantia de se desconstituir a coisa julgada independentemente do lapso temporal decorrido.

Atualmente o instituto revisional não está mais previsto na Carta Magna, mas se encontra regulamentado em seara infraconstitucional através do digesto processual penal que em seu artigo 622 mantém a possibilidade de a revisional ser proposta a qualquer tempo, tornando claro que se abre esta possibilidade mesmo após a extinção da pena, ou seja, revigora sua função para além da castração do *status libertatis* vinculando-a em sede de justiça aproximativa da verdade fática, sempre em benefício do condenado.

A doutrina busca em suas razões históricas o reflexo de sua natureza jurídica como ação de fundo constitucional, mais precisamente de cunho fundamental, uma vez que sua introdução no digesto processual tivera sua gênese no espírito constitucionalista de 1937, que embora não a prevendo de forma direta, deu as diretrizes para ser amoldada na lei processual como ora asseverado.²⁴⁷ E é da doutrina, também, de forma uníssona, que se tem na ação revisional sua conceituação como verdadeira ação autônoma, embora tenha sido contextualizada, quando de sua codificação, erroneamente no capítulo atinente aos recursos. Assim, a lição de Guilherme de Souza Nucci: “é uma ação penal de natureza constitutiva e *sui generis* de competência originária dos tribunais, destinada a rever decisão condenatória transitada em julgado, quando ocorreu um erro judiciário.”²⁴⁸

Edilson Mougenot Bonfim também a caracteriza como ação de natureza constitutiva, mas exclui de seu conceito a observação feita por Guilherme de Souza Nucci quanto ao erro judiciário, trazendo tal linha para o campo da finalidade.²⁴⁹ Igual linha já havia sido adotada por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes em

²⁴⁶ BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 720.

²⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 306.

²⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 941.

²⁴⁹ BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 719.

relação a conceituar a revisão como verdadeira ação autônoma com função constitutiva.²⁵⁰ Neste mesmo passo, Fernando da Costa Tourinho Filho acentua que se justifica a natureza constitutiva em virtude de seu objeto fundante, qual seja, “desfazer uma sentença com trânsito em julgado”.²⁵¹

Não há se olvidar, pois, que a ação revisional tem como fundamento a abertura de uma nova relação jurídica, buscando, por certo, desconstituir uma outra que, por erro ou injustiça da decisão, foi alcançada pela força imperativa da coisa julgada, impingindo seu cumprimento ante a necessidade de conferir ao ordenamento segurança e cogência. Todavia, como já constatado em passagem anterior, ante a falibilidade humana, preferiu o legislador contemplar o sistema com uma válvula de escape perene para solucionar o conflito permanente entre a justiça, a correção da decisão e sua certeza formal. Em razão deste dicotômico contemplamento de valores, a previsão de cabimento da ação revisional sofreu as limitações impostas no artigo 621 do CPP vigente, que delimita de maneira taxativa as hipóteses de seu cabimento, então vejamos:

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

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência 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 circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Registro merece, todavia, que o artigo 626 ampliou este rol ao permitir que a revisional possa ter caráter anulatório, sendo, pois, passíveis de inclusão todas as hipóteses atinentes às nulidades processuais.

Para o desenvolvimento da nova teoria da retroatividade importará a análise tão-só do inciso I, primeira parte, do destacado artigo, em virtude de se tratar de cabimento da revisional ante a contrariedade da decisão em razão do texto expresso na lei penal. É entendimento pacífico que quando se fala em lei penal no mencionado inciso, há a necessidade de se entender lei penal

²⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**.2.ed.São Paulo: RT, 1998,p.308.

²⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**.vol.4.27.ed.São Paulo:Saraiva, 2005,p.609.

material e lei penal processual, dando cabimento à revisional em ambas as hipóteses. As outras hipóteses fogem ao contexto do estudo por razões óbvias.²⁵²

Assim, precisamos dar o alcance necessário, no tocante à utilização da ação revisional, para prover a teoria da retroatividade da decisão benigna de aplicabilidade. Para tanto, de se utilizar os ensinamentos tratados no capítulo anterior no tocante à aplicação da lei penal, revelado seu conteúdo axiológico pela autoridade judicial competente. Dessa forma, extraído um novo pensamento em torno daquele tratamento normativo, em sentido mais benéfico, seja de maneira unânime, seja por entendimento majoritário, não há porque negar o caráter impositivo da revisional.

A doutrina, ainda de forma tímida, e um tanto quanto divergente, pousou seus estudos, majoritariamente, no sentido de dar cabimento à revisional através de nova interpretação jurisprudencial em obediência ao inciso estudado.

Eugênio Pacelli de Oliveira entende ser possível esta hipótese de cabimento exatamente sob este prisma, argumentando ainda que não há que se falar em revisional com a simples alteração legislativa, pois uma simples petição ao juízo da execução penal ou a utilização de um

²⁵² Este entendimento é também extraído da recente ementa da decisão que julgou procedente uma revisão criminal em função de um problema de natureza processual, qual seja, o juiz sentenciante não havia aceitado a apelação sem que o réu houvesse se recolhido à prisão. Vejamos.

– PENAL – REVISÃO CRIMINAL – REQUISITOS DO ARTIGO 621, I E III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PRELIMINAR DE INCABIMENTO REJEITADA – IDONEIDADE DO MEIO – CRIME DE MOEDA FALSA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – CERCEAMENTO DE DEFESA – RECONHECIMENTO – PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, ACESSO AO JUDICIÁRIO E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO – O ARTIGO 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DEVE SER ANALISADO EM CONSONÂNCIA COM A ORDEM CONSTITUCIONAL – NULIDADE DO DESPACHO QUE NÃO RECEBEU A APELAÇÃO – AFASTAMENTO DO TRÂNSITO EM JULGADO – RECEBIMENTO DA APELAÇÃO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR – EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA CLAUSULADO – REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE – 1. Revisão criminal que atende aos requisitos do artigo 621 do Código de Processo Penal, incisos I e III. Preliminar de incabimento da revisão criminal rejeitada. 2. Inidoneidade do meio não caracterizada. Competência da justiça federal para julgar o crime de moeda falsa. 3. Na atual sistemática constitucional, não é mais dado negar admissibilidade ao recurso interposto pelo condenado em face do seu não recolhimento à prisão. O não conhecimento do apelo, nesses casos, afronta os princípios constitucionais da ampla defesa, do acesso ao judiciário e do duplo grau de jurisdição. 4. Somente é possível o reconhecimento na sentença condenatória da indispensabilidade da prisão para o réu apelar quando identificada a necessidade da custódia cautelar, a qual não se afigura presente, não podendo deter a característica de execução provisória. 5. Nulidade do despacho que não recebeu a apelação por ferir direito constitucional e, conseqüentemente, a nulidade de todos os atos posteriores a este, afastando-se o trânsito em julgado da sentença condenatória. 6. Afastado o trânsito em julgado, imperiosa é a cassação da prisão decretada, devendo ser expedido alvará de soltura clausulado. 7. Revisão criminal julgada procedente. (TRF 3ª R. – RVCR 2004.03.00.062190-3 – (485) – 1ª S. – Relª Desª Fed. Suzana Camargo – DJU 31.03.2006 – p. 242)

habeas corpus dariam aplicabilidade a tal alteração legiferante. O próprio dispositivo no artigo 66, I, da LEP (Lei de Execução Penal) e a orientação sumulada pelo STF definem que a aplicação da lei mais benigna tem no juiz da execução penal sua competência, demonstrando, pois, desnecessidade da revisional para se aplicar a lei penal nestes termos.²⁵³ Argumenta, ainda, o autor, que “contrariedade ao texto de lei, enquanto fundamento da ação, é, portanto, em regra, a reabertura da discussão quanto à mais adequada interpretação do direito...”, demonstrando que a revisional se põe a desconstituir a coisa julgada a partir da “atualização” da interpretação do direito pelos tribunais.²⁵⁴

Edilson Mougenot Bonfim, em linhas rápidas, acentua na mesma direção, dando, pois, sentido mais amplo ao cabimento sob esta hipótese ao afirmar que, “firmado entendimento jurisprudencial majoritário a respeito da interpretação de determinado preceito legal, viável será a revisão contra a decisão que se posicionar em sentido inverso”.²⁵⁵

Guilherme de Souza Nucci, de forma inadvertida, ao que nos parece, expõe em sentido contrário ao entender que a Súmula 343 do STF, tratada no capítulo anterior, estaria sendo afrontada caso se admitisse a revisional criminal sob este ângulo. Não obstante, constata-se que tal súmula trata de forma exclusiva da ação rescisória e não da revisional criminal, institutos que, embora se assemelhem, contêm conteúdos finalísticos distintos, aquele a apaziguar a lide que orbita em direitos disponíveis, este a tratar de direito fundamental inerente à dignidade do ser humano, qual seja, a liberdade, permitindo, pois, que haja uma amplitude no seu espectro abrangente.²⁵⁶ A trazer mais um argumento que derruba a tese esposada pelo destacado autor, o próprio STF, após a edição da mencionada súmula entendeu que esta não se aplicava quando a divergência estivesse pautada em matéria constitucional. Assim, não nos convence o argumento lançado.

Outro ponto que pode ser objeto de questionamento acerca da utilização da ação revisional como instrumento da nova teoria dar-se-ia em torno de que não se pode conferir

²⁵³ Súmula 611 do STF: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.”

²⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**.4.ed.Belo Horizonte; Del Rey, 2005,p.691-693

²⁵⁵ BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**.São Paulo:Saraiva, 2006,p.728.

²⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**.4.ed.São Paulo:RT, 2005,p.947.

cabimento à revisional que se funda em questão de interpretação controvertida nos tribunais. Assim alguns entedimentos doutrinários e jurisprudenciais.²⁵⁷ Todavia, não se trata de acobertar a teoria de uma confusão na aplicação da lei penal, mas sim de uma interpretação benigna, majoritária ou unânime, dando novo sentido ao conteúdo semântico e teleológico da norma que deve ser aplicado positiva e indistintamente, sob pena de ferir o princípio isonômico, como já relatado nos capítulos anteriores.

Ademais, dissentimos daqueles que restringem a aplicação da revisional, uma vez que seu objeto e sua motivação estão contemplados na busca de se devolver o *status libertatis ou dignitatis* do cidadão, dentro das hipóteses conferidas no digesto processual, sendo uma delas o novo alcance da norma tratada de maneira benigna no contexto de sua revelação. Nada mais justo. Afinal, ainda nesta seara deve prevalecer o princípio do *favor rei*, que contrasta com a segurança jurídica de natureza formal, pois se um autoridade revela a norma de outra forma que não aquela anterior, é porque nem esta, nem aquela denotam segurança em seu sentido deontico, devendo, pois, preponderar a que for mais aproximativa do valor liberdade. E esta só pode ser a mais favorável ao condenado.

As mesas de processo penal da Universidade de São Paulo, referendadas pela doutrina da professora Ada Pellegrini Grinover, rechaçam a tese de afastamento por completo do instrumento revisor, tanto é que sumularam entendimento de que havendo adoção tranqüila de entendimento jurisprudencial em um sentido, não se obsta a revisional criminal que objetivar a aplicação deste novo entendimento.²⁵⁸

²⁵⁷ Tornaghi: “considera-se não a boa ou a má interpretação da lei, e sim afronta ao mandamento da lei.” In TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo:Saraiva, 1980,p.360.

O STJ assim se posicionou em uma de suas decisões a este respeito, vejamos: – RECURSO ESPECIAL – PENAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA – REVISÃO CRIMINAL – IMPOSSIBILIDADE ANTE A CONTROVERTIDA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL – VIOLAÇÃO DO ART. 621, I DO CPP – PARCELAMENTO – CONTRIBUIÇÕES – EMPREGADORES – VEDAÇÃO – O art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, determina que caberá revisão criminal "quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da Lei", o que não pode ser confundido com mudança de orientação jurisprudencial a respeito da interpretação de determinado dispositivo legal. O benefício da suspensão da pretensão punitiva do estado, prevista no art. 9º, da Lei nº 10.684/2003, não é extensivo ao parcelamento das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, sendo alvo de expressa vedação legal, consolidada no veto presidencial ao § 2º, do art. 5º, daquele dispositivo legal. Recurso conhecido e provido. (STJ – RESP 200401675277 – (706042 RS) – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 07.11.2005 – p. 00363)

²⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**.2.ed.São Paulo: RT, 1998,p.440

Não há de se negar que a hipótese legal em estudo está a se portar no sentido de se permitir a revisional em função da melhor interpretação ao texto da norma penal. Todavia, precisamos ser mais permissivos quanto à questão do conceito de “tranqüila adoção jurisprudencial”. Ora, o entendimento é tranqüilo quando não há dissenso. Mas havendo dissenso, como chegar a apaziguar o entendimento? Se a questão é controvertida no tocante à aplicação do texto legal, é correto afirmar que em virtude de critérios, princípios orientadores e fundantes do processo penal, há que se pender para o lado de favorecimento ao condenado em razão do direito fundamental à liberdade e à dignidade, ou não foram assim construídos os conteúdos axiológicos quanto ao *favor rei*, presunção de não culpabilidade, *reformatio in melius* etc.? Desta forma, cabe-nos, neste capítulo, asseverar a possibilidade e cabimento da revisional para desfazer a decisão que aplicou de maneira mais rigorosa o texto legal em qualquer de seus sentidos.

Neste diapasão conferimos legitimidade à teoria da retroatividade da decisão benigna ao situar que a revisional é cabível quando a nova interpretação jurisprudencial da lei penal for benigna, dando amplo espectro ao princípio do *favor rei* e atendendo à isonomia na lei. Para tanto, precisamos evidenciar as várias ocorrências para a sua aplicação, senão vejamos. Havendo uma decisão nova dentro do mesmo tribunal, e esta a dar uma nova interpretação à norma penal de caráter benigno, entendemos ser possível a utilização da revisional.

Sendo a nova interpretação benigna de cunho majoritário ou pacífico nos Pretórios Excelso, não há como deixar de aplicá-la para todos os demais tribunais. Nestes dois sentidos o novo entendimento pela atualização interpretativa jurisprudencial acerca do texto normativo penal precisa se espalhar por todo o sistema, atingindo a coisa julgada em virtude de equalizar a aplicação isonômica da lei, dando tratamento igualitário a todos aqueles que se encontrem ou se encontraram na mesma situação, sob pena de se ferir o grau de justiça e correção das decisões.

Por fim, relatamos que nosso propósito, de pensar no desenvolvimento de uma teoria que precisa ser utilizada para aplacar as desigualdades, mormente no seio mais pobre e humilde da sociedade, pode ser demonstrado e se efetivar quando desapegado de um formalismo semântico exacerbado que confere um falso conteúdo de segurança jurídica, cada vez mais afastado de seus

critérios informadores, quais sejam, verdade, certeza e justiça. A estes deixamos a resposta dada pelos seres humanos que vivem na marginalidade, despossuídos dos direitos mais fundamentais, não sabendo, inclusive, o que é um promotor de justiça, um advogado ou um juiz, mas sabendo o que é, e quem é a polícia. Quando perguntados, em uma pesquisa feita pelo Banco Mundial (BIRD), acerca do que era ser pobre, assim resumiram seu pensamento sobre a miséria humana:

Ser pobre é não ter banheiro, é gastar o salário de um mês numa ida ao médico, é depender dos outros quando falta emprego, é morar em barraco ou na rua, é não ter dinheiro para enterrar o morto, é vender pelo preço que o outro pagar, é fazer as crianças dormirem de qualquer jeito quando não tem comida, é sentir vergonha, humilhação, impotência.²⁵⁹

CONCLUSÕES

Justiça. Eis um conceito indeterminado que se agrega como fundamento de toda sociedade democrática. Não foram poucos os autores que buscaram, dentro da ciência do Direito, um identificador que pudesse exprimir objetivamente seu significado. As tentativas sempre

²⁵⁹ Ranulfo de Melo Freire. In FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5.ed.São Paulo:RT, 2005,p.20.

esbarravam , ou se jungiam, à felicidade coletiva ou à felicidade individual que os ordenamentos jurídicos procuravam conceber. Para tanto, precisavam possibilitar mecanismos de distribuição de direitos e deveres que atingissem a camada social de forma indistinta, sem criar privilégios e respeitando as desigualdades, de forma a permear a sociedade com um manto de normas jurídicas que se efetivassem no plano sociológico.

Aristóteles procurou na legitimidade e na equidade o fundamento conceitual de justiça, propondo mecanismos positivos – a lei – e o tratamento igualitário dos jurisdicionados para determinar seu entendimento. Foi com ele que se originou o fundamento *sum cuique*, ou seja, dar a cada um que o que lhe pertence.

Hans Kelsen também se propôs a estudar o conceito de justiça, mas não o atrelou à ordem jurídica, pois não posiciona como característica do ordenamento a felicidade individual ou geral, não sendo ontológica ou teleológica do próprio direito positivado a justiça em sua concepção.

Não obstante, verificamos que os ordenamentos jurídicos democráticos se preocupam e muito, ao menos no plano dogmático, em distribuir os direitos e deveres de forma a atingir indistintamente todos os destinatários da norma. Assim, o mecanismo de alcance de um conceito de justiça para se aferir a felicidade de maneira indistinta passa pelo plano da igualdade nos direitos e deveres.

Desta forma, a isonomia passa por uma estruturação normativa que sai do plano de direito natural para sua positivação como forma de se garantir o efetivo tratamento das normas aos seus destinatários, podendo ser dirigida de forma binária, ou seja, comando ao legislador e aos aplicadores da lei em não poder tratar os iguais desigualmente ou os desiguais de forma isonômica.

Logo, podemos cancelar que o critério de justiça perspassa pela igualdade normativa, não só em sua positivação formal, mas em sua efetivação no tocante às formas de aplicação e interpretação dos textos e enunciados, equalizando a tutela jurisdicional em um plano ideal.

Como vimos no desenvolvimento do trabalho, a igualdade alçou ares supra-estatalizados, ganhando cores constitucionais e tratamento universalizado nos ordenamentos jurídicos, chegando a ser considerada como princípio fundante de todo Estado Democrático de Direito. Como princípio precisamos seu conceito e natureza jurídica como norma, ou seja, a ser obedecida e aplicada em toda relação jurídica.

Situando o princípio normativo isonômico no plano da ciência penal, verifica-se que sob o prisma dogmático há nítida determinação de que todo bem jurídico tutelado deve ser protegido contra todos de forma indistinta, incidindo a norma sobre fatos concretos a atingir qualquer destinatário que tenha maculado a tutela daquele bem. A existência normativa, neste campo, é perfeita.

Não obstante, como se pode observar, no plano da efetivação desta norma, ou seja, dentro da sociologia normativa, verifica-se que a aplicação não é de todo isonômica. A norma penal ainda sofre com os coeficientes de injustiça e da ineficiência, como conceituado por Luigi Ferrajoli, donde se extrai a não-incidência desta em grande parte dos casos em que ocorrem a mácula ao bem jurídico penal tutelado, e, por outro lado, a equivocada incidência em tantos outros, em virtude de uma situação racial, social, econômica, cultural e até mesmo sexual.

No tocante ao conteúdo isonômico, quando a questão é de caráter processual penal, a constatação efetiva no plano sociológico também não é animadora. A norma isonômica neste prisma sofre verdadeiro atentado, pois há um abismo entre as partes que litigam na relação processual, pendendo um favorecimento efetivo para o órgão acusatório, que recebe tratamento diferenciado, tem seus recursos com melhor apreciação judicial e conta com a participação efetiva da vinculação de seus pareceres no resultado dos julgamentos, como se pode verificar na coleta de dados lançada ao longo do desenvolvimento da dissertação.

Para tanto, constata-se que são as próprias decisões e os respectivos comportamentos judiciais que criam as abissais distâncias das partes na relação processual, bem como na incidência normativa penal, sendo responsáveis pela inefetividade do princípio isonômico, afastando por completo sua aplicação normativa. Esta, embora positivada e garantidora de direito

fundante representativo de busca pela distribuição de justiça, esbarra na metodologia erística dos magistrados que, à guisa de estarem fundamentando e motivando suas decisões, carregam estas normas de conteúdo axiológico diverso da racionalidade coletiva, preocupando-se tão-só com a racionalidade individual, influenciados que são por suas próprias ideologias e concepções apriorísticas.

Não se pode deixar de concluir, também, que os juízes, pressionados que são pelos apelos popularescos para a solução de conflitos metajurídicos, por muitas vezes deturpam a função jurisdicional, agindo como verdadeiros “justiceiros sociais”, confundindo a legitimação do poder pela legalidade com poder legitimado pela popularidade, fugindo, e muito, do seu exercício garantidor da aplicação normativa como o único, verdadeiro e legítimo intérprete da norma.

A discricionariedade conferida no ordenamento jurídico para o legítimo exercício da interpretação normativa, porém, não é um “cheque em branco” dado ao magistrado para se afastar do verdadeiro conteúdo axiológico desta. A limitação objetiva desta atividade é a motivação da decisão, momento em que se opera a revelação da norma, pois é através desta que se poderá aferir a legalidade do poder. Não obstante, o que se pode constatar no trabalho ora desenvolvido é a maquiagem decisória mediante o recurso retórico, atendendo ao formalismo da decisão, mas maculando a substância intrínseca desta, que acaba gerando resultados díspares, antagônicos, e por que não dizer, injustos.

Logo, não há como discordar de Katharina Sobota, que arremata seu estudo evidenciando a antinomia interna que vivem os intérpretes da norma, pensando estar exercendo suas funções, mediante a prolatação de sentenças formalmente fundamentadas, mas em verdade operando com métodos e práticas que abominam em seus discursos teóricos, revelando, assim, que a prática jurisdicional se encontra distante da realidade dogmática, não havendo a desejada sintonia da incidência e da aplicação no trabalho normativo como resultado de um sistema justo que busque o atendimento de todos os seus destinatários de forma isonômica.

Na seara penal, a decisão revela um caráter dramático, pois enseja ao juiz o poder de retirar, limitar ou manter um direito fundamental como a liberdade, ou como ocorre em alguns ordenamentos, sobre a vida do condenado. Talvez por isso, por muito tempo, e até hoje ainda,

alguns juízes têm explicado e justificado suas decisões como meros repetidores ou reveladores diretos do desejo e vontade da lei, relegando a esta a “culpa” por suas escolhas, voltando assim ao tempo em que o magistrado era considerado a “boca da lei”.

Todavia, não se pode mais deixar de considerar que o poder jurisdicional não está mais jungido a tão-só, ou exclusivamente, aplicar aquilo que a lei exprime de forma mecanicista. François Rigaux adverte que o magistrado precisa apoiar suas decisões em senso de humanidade e ética, utilizando sua sabedoria como condutor na escolha das normas.²⁶⁰ Desta maneira, podemos constatar que a doutrina tem se dedicado a estudar a extensão e os limites do poder jurisdicional no momento da prolação das sentenças, podendo, atualmente, até registrar um caminho direcionado mais para o ativismo jurisdicional, em contraposição à passividade do século XX que simplesmente relegava o poder judicante a uma via de controle de atos sociais, sem a dimensão de valores constitucionalizados, como a liberdade de expressão, locomoção, pensamento etc., diminuindo o poder de influência dos ministros da Suprema Corte do país nos “atos do governo”.

Assim, concluímos que as decisões judiciais tomam novo rumo neste século em virtude da ampliação do espectro do poder dos magistrados. Importante termos estudado a concepção ideológica na escolha das normas a serem aplicadas aos fatos concretos, demonstrando que mais do que um ato intelectual, a sentença é o espelho de um ato de vontade, refletindo a formação cultural, bem como as influências do meio social, em que vive a autoridade judicial. O resultado é o retrato do pensamento não só jurídico, mas também da formação ideológica. Esta radiografia pode ser mais nitidamente aquilatada nos órgãos colegiados, mais precisamente, os tribunais superiores.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ao mudar sua formação ministerial, altera substancialmente não só seu comportamento, mas a carga axiológica de suas decisões, dinamizando e dando novo conteúdo às normas, ampliando ou restringindo direitos, *in casu*, na sua mais recente formação, podemos perceber que a concepção ideológica deságua em um

²⁶⁰ RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.71.

liberalismo que tem se dedicado a interpretar extensivamente os textos legais para a efetivação dos direitos fundamentais em mais de 70% (setenta por cento) de suas decisões.

Destarte, se atentarmos para a realidade da vida, veremos o quanto é verdadeira a afirmação de que a força normativa do direito provém não propriamente do texto, mas sim do sentido conferido a ele pela doutrina e pelos pretórios do País. Desta forma, voltamos à lição de Pontes de Miranda ministrada no começo do trabalho, donde se extrai ser viva e inteligente a interpretação da norma jurídica.

Aliás, não raro, os tribunais afirmam o direito mesmo à falta de texto expresso, bastando que se invoque, como exemplo, antes mesmo do Enunciado n.º 174 da Súmula do STF, o enquadramento da *arma de brinquedo* nos domínios da majorante do § 2.º do inciso I do art. 157 do CP, e que, após uma mudança na concepção da tutela ao bem jurídico, voltou a ser desconsiderada tal carga valorativa como majorante, demonstrando, pois, que as ideologias têm papel significativo para a aplicação do texto e o preenchimento de seu conteúdo axiológico.

Um outro dado empírico que nos socorre na assertiva lançada é que, antes mesmo do reconhecimento da união estável como entidade familiar pelo texto da Lei Maior, a jurisprudência já reconhecia aos concubinos, em caso de separação, o direito à divisão do patrimônio adquirido com o esforço comum, e, recentemente, importante decisão fixou a competência das varas de família para apreciar caso de separação de pessoas do mesmo sexo que mantinham vida em comum, só à guisa de substanciar o argumento então lançado.

A revelar a força dos precedentes há que se invocar os enunciados da Súmula, como a de n.º 512, negando, peremptoriamente, direito aos honorários nas condenações em ações de mandado de segurança.

A força normativa da jurisprudência – que até há pouco poderia, quem sabe, ficar restrita ao plano meramente acadêmico ou teórico — está reconhecida, na atualidade, até mesmo em texto de lei, ou seja, no art. 557 e em seu § 1º-A – do CPC, com redação dada pela Lei n.º 9.756/98. Ambos dispõem sobre a possibilidade de negativa pelo relator de seguimento

ou de julgamento de recurso manifestamente contrário à *súmula* ou à *jurisprudência dominante do tribunal*. É como consta nos textos:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Quer dizer, ao conferir ao juiz poder para negar seguimento a recurso que contrariar a *jurisprudência dominante* ou a *Súmula* e, até mesmo, para julgá-lo, na mesma situação, o legislador reafirmou explicitamente a força criadora da jurisprudência e sua indiscutível força normativa, em tudo idêntica à força normativa da lei emanada do Poder Legislativo. É evidente que não há se pretender, aqui, a substituição da lei pela jurisprudência, até porque pelo sistema da auto-integração tal disparate seria, no mínimo, uma teratologia jurídica.

Muito menos há de se concluir em nosso trabalho dissertativo a criação de uma bitola para a decisão judicial penal em termos de limitar a criatividade do juiz ao interpretar o sentido extraído do texto ou do enunciado. Ao revés, o que se pretende com o presente estudo é angariar, do resultado obtido com o ato de vontade (intelectivo, emocional) jungido ao ato racional (persuasão legal), o sentido benigno da decisão para que esta retroaja a casos assemelhados.

Embora os precedentes editados pelos tribunais brasileiros não reúnam a mesma força vinculativa dos *leading cases*, com exceção das súmulas vinculantes do Pretório Excelso, criadas pela necessidade do controle concentrado implementado pioneiramente pelo Ministro Gilmar Mendes, quando assomou à cadeira daquela Corte, próprias dos sistemas jurídicos da *commom law*, a verdade é que, em sua função de conferir sentidos à lei, a jurisprudência, como asseverou Ricardo Antunes Andreucci²⁶¹, acabou tornando-se direito ela mesma, o que resulta de uma verificação principalmente nos países latinos, demonstrada pelo crescente

²⁶¹ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial**. São Paulo: RT, 1989, p.67.

prestígio dos ementários e resenhas de decisões dos tribunais. Sem o seu conhecimento, ignora-se qual o direito efetivamente aplicado no país, impossibilitando mesmo que as reformas da legislação possam ser efetivadas, a não ser que se as pretenda, em forma de ficção, desvinculadas da experiência jurídica, daí se tenha dito que qualquer mudança normativa deva ser um movimento de alta jurisprudência.

Dir-se-á, com efeito, que a competência constitucional do legislador não pode jamais ser substituída ou suprimida pelos tribunais, sob pena de rompimento do modelo de Estado de Direito. Assim, sendo esse um enunciado rigorosamente correto, do ponto de vista formal, não há se negar concluirmos, entretanto, que a jurisprudência é que atua no aperfeiçoamento dos Códigos de modo a evitar que estes, no dizer de Alberto Spota, “... padeçam do processo nefasto da cristalização legislativa”, ou seja, a fim de que o direito não se transforme no círculo rígido que oprime a sociedade e a impede de desenvolver-se em procura do bem comum.²⁶²

No dizer de Eduardo Novoa Monreal, situação essa que exige nova intervenção dos tribunais, especialmente em países com hiperinflação legislativa, em permanente e insuperável círculo vicioso, para interpretar ou reinterpretar e conferir sentido aos textos, no que poderíamos qualificar de vivificação do direito pela jurisprudência, bem ao contrário da mística francesa, que considerava o legislador o único criador do direito e os juízes a boca pela qual este se expressava - a então conhecida expressão “boca da lei”.²⁶³

De se consignar, neste pensamento conclusivo, que “crer na onipotência do legislador é esquecer que existem outros fatores, tanto ou mais poderosos que a lei”. Importa numa hipocrisia protestar um respeito a uma lei que já não responde à verdadeira e necessária vida jurídica: a jurisprudência, orientada pela doutrina que extrai dos casos vivos os grandes princípios diretores

²⁶² SPOTA, Alberto. **O Juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987, p. 31.

²⁶³ NOVOA MONREAL, Eduardo. **O direito como obstáculo às transformações sociais**, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p.56.

– tal como o explica Hauriou, também citado por Alberto Spota –, é uma fonte tão significativa do direito que já alguns autores a elevam à categoria de “verdadeira fonte”.²⁶⁴

Se o nosso sistema determina a sujeição do juiz à lei – embora não à feição do modelo napoleônico —, a verdade é que a sujeição não será às palavras, mas, como ensina Enneccerus, “somente ao sentido e ao fim da mesma”. Isto será possível na medida em que o processo interpretativo se ajuste aos princípios de direito, notadamente aos princípios constitucionais, dotados de hierarquia e vigor para arredar, até mesmo, a lei ordinária que for conflitante em face destes.²⁶⁵

Dir-se-ia que o reconhecimento da prevalência da garantia constitucional da igualdade de todos perante a lei, a determinar a aplicação retroativa do sentido mais benéfico da norma, poderia produzir o colapso do sistema judicial, ante o volume de pretensões a serem deduzidas nos pretórios, uma vez que demonstramos que tal fundamento já possui instrumentos capazes de lhe dar aplicabilidade sistêmica, seja através do *habeas corpus*, seja mediante o ajuizamento da revisão criminal.

Embora a nova atitude hermenêutica possa conduzir a esse resultado, o certo é que ao Estado incumbe providenciar os serviços de infra-estrutura para o atendimento das novas demandas e não simplesmente negar a eficácia a um princípio constitucional com base na impossibilidade de se atender aos novos reclamos legítimos oriundos da viva interpretação normativa.

Concluimos, também, que, ante as necessidades advindas da evolução social, o Direito precisa integrar as mudanças, abarcando, no ordenamento jurídico, instrumentos que capacitem a efetivação da aplicação da norma para atingir seu sentido teleológico, e por que também não dizer gnoseológico, na concreção do que se entende por justiça, mormente em face de estas orientações serem originárias da norma fundamental.

²⁶⁴ SPOTA, Alberto. **O Juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987, p. 33-35.

²⁶⁵ SPOTA, Alberto. **O Juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987, p.50.

Por isso a resposta para as incongruências sistêmicas encontra-se no próprio ordenamento, desde que se mudem suas concepções e o modo de valorá-lo para atender a esses reclamos evolutivos. Não se pode pensar a sociedade estática, bem como não se pode pensar o Direito como inflexível na regulamentação e garantia social.

Não se pode negar, enfim, que uma sociedade evoluída culturalmente é aquela que concebe a obediência às normas, mas que procura extrair delas seu conteúdo e seu sentido, de forma a atender com parcimônia aos seus ditames, utilizando-se do Direito como instrumento não mais de mero controle social, mas de efetiva garantia de crescimento e avanço na busca de distribuir a felicidade em termos de liberdade individual e o alcance da paz, observando e tratando as diferenças humanas de maneira a garantir, sempre, o bem-estar comum.

Tal fundamento só será alcançado com a evolução do pensar no Direito, através da aplicação de suas normas, explícitas ou implícitas, na dimensão sociológica, pois a crise hoje vivenciada é da efetividade. Assim, idealiza-se, com a nova teoria da retroatividade da decisão mais benigna, a concreção de uma correta e verdadeira incidência que se transporá do campo do pensamento para a efetiva aplicação sobre os suportes fácticos semelhantes que se reconhecerem existir por ocasião da subsunção devida.

Com isso, evita-se possam os magistrados abusar da discricionariedade através de seus fundamentos erísticos, pois, como se viu, é marcante a incidência ideológica nos atos decisórios, mais precisamente quando inquinados pela busca sistêmica da condenação. A nova teoria, no entanto, longe de ser uma solução perfeita para a concreção do princípio isonômico, apresenta-se, todavia, como forma de atenuar, desde que utilizada como atuação permanente e positiva, a discriminação, a desigualdade e a exclusão das camadas hipossuficientes que se vêem obrigadas à sujeição mais rigorosa da lei, quando outro mais benigno foi seu sentido, ainda que posteriormente, até porque a segurança formal da coisa julgada, em sede penal, tem de se curvar aos fundamentos constitucionais da liberdade e da igualdade, estes de ordem soberana.

Sustentamos, assim, que a semente foi novamente lançada, restando germinar e

florescer para dar a vivacidade necessária ao novo Direito do século XXI, que se agiganta com os direitos humanos fundamentais como o centro da evolução normativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica.** São Paulo:Saraiva,2002.

ADORNO, Sérgio A. **Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. Novos estudos.** São Paulo: Cebrap, 1995.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** São Paulo: Landy Editores, 2001.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial.** São Paulo: RT, 1989.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito. Teorias da argumentação.** 3.ed.São Paulo: Landy Editora, 2003.

ATIYAH, Patrick S. **Judgments in England. La sentenza in Europa.** Padova:CEDAM, 1988.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** São Paulo: Malheiros. 3.ed.2004.

BARBOSA GARCIA, Gustavo Felipe. **Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada.** Revista de Processo, ano 30, dezembro de 2005.São Paulo:RT, 2005.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **A sentença civil.**São Paulo: RT, 1994.

BERISTAIN, Antônio; ZAFFARONI, Eugênio Raul; TUCCI, Rogério Lauria. **Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo.** In: Direito Criminal vol.3 .Belo Horizonte:Del Rey., 2001.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.**Volume I.8.ed.São Paulo:Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10.ed. Brasília: UnB. 1999

BONFIM, Edílson Mougnot. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BOTTALO, Eduardo Domingos. **Natureza normativa das súmulas do STF, segundo as concepções de direito e de norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale.** Revista de Direito Público.vol.29. 1974.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da coisa julgada material**. In: Coisa Julgada Inconstitucional. Coord. Carlos Valder do Nascimento. 5.ed.Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

CAPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologia, sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1974.

_____. **Processo ed Ideologie**. Bologna: Il mulino, 1969.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Conan, 1995.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16.ed.São Paulo:Saraiva, 2004.

CARVALHO, Regina. **Juíza solta jovens presos portando arma**. Gazeta de Alagoas. Maceió, 20 jun.,2006. Cidades.

CERQUETTI, Giovanni. **Gli Effetti Penale della Condanna**. Padova:CEDAM, 1990.

CHAER, Márcio. **A Suprema Guinada**. Revista Análise Justiça. São Paulo: Análise editora, 2006.

_____. Márcio. **O arquipélago das onze ilhas**. Revista Análise Justiça. São Paulo: Análise editora, 2006.

COSTA, Sergio. **Manuale di diritto processuale civile**.5.ed.,Turim: UTET, 1980.

DELGADO, José Augusto. **Efeitos da Coisa Julgada e os princípios constitucionais**. In: Coisa Julgada Inconstitucional. Coordenador: Carlos Valder do Nascimento.5.ed.Rio de Janeiro:América Jurídica, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Escopos Políticos do Processo**.In; Participação e Processo. Org. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. São Paulo: RT, 1988, p.115.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça. A função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: RT, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT. 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo:Saraiva.

FERREIRA MENDES, Gilmar et al. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. 2.ed.Campinas:Bookseller, 1998.

_____. **Princípios do Direito Criminal**.2.ed.Campinas:Bookseller, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANÇOIS, Rigaux. **A lei dos juízes**, São Paulo:Martins Fontes, 2000.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo:RT,2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade: conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 2.ed.São Paulo:RT, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2.ed.São Paulo: Malheiros.2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**.2.ed.São Paulo: RT, 1998.

GUASTINI, Ricardo. **Teoria e Dogmática delle Fonti**.Milano:Giuffrè Editore.1998.

HALL, Kermitt L. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. New York: Oxford University Press, 1999.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**.3.ed.São Paulo:Martins Fontes. 2001.

_____. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**.Tomo I.Campinas:Russel Editores, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)**. Revista de direito processual civil, ano VIII. Curitiba:Gênesis, jan-mar, 2004.

_____. **Teoria Geral do Processo**. Vol.1.São Paulo:RT, 2006.

- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Volume I. Campinas: Millennium, 2002.
- MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico – plano da existência**. 12.ed. São Paulo: Saraiva. 2003.
- _____. **Teoria do Fato Jurídico – plano da eficácia –1ª parte**. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2004.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**.5.ed.São Paulo:Atlas, 2005.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao CPC**, tomo VI, São Paulo: Forense, 1974.
- _____. **Incidência e a aplicação da lei**. Conferência pronunciada em solenidade da Ordem dos Advogados – Seção de Pernambuco – 23/09/1955.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva**. Revista de Direito processual civil, ano VIII. Curitiba: Gênese, jul/set 2003.p.451.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret. 2004.
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**.São Paulo:RT.2000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. Revista Forense, vol.377.Rio de Janeiro: Forense, jan/fev.2005.
- _____. José Carlos Barbosa. **Conteúdo e efeito da sentença. Variações sobre o tema**.vol.35. Porto Alegre: Ajuris, 1985.
- NEGRÃO, Teotônio. **Código de Processo Civil**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: RT, 1999.
- NORONHA, Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**.21.ed.São Paulo:Saraiva, 1992.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. **O direito como obstáculo às transformações sociais**, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4.ed.São Paulo:RT, 2005.
- OLIVEIRA LIMA, Paulo Roberto. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1997.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 4.ed. Belo Horizonte:Del Rey, 2005.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume I. 4.ed. São Paulo:RT, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**.7.ed.Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2003.

RANULFO de Melo Freire. In FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5.ed.São Paulo:RT, 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**.Milano: Giuffrè, 1962.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Jurídicos Lê. 1991.

ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**.3.ed.São Paulo:RT, 1982.

SAMPAIO JR.,Tércio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito**, São Paulo: Ática, 2003.
_____. **Teoria da Norma Jurídica**, 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascurain. **Sobre la retroactividad penal favorable**. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.

SANGUINE, Odone. Irretroatividade e retroatividade das variações jurisprudenciais penais.**Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre: Sergio Fabris/Escola Superior do MP/RS e PGJ v.5, n.º1, p.3-16, .fev.-mar./1992

SÉROUSSI, Roland. **Introduction aux droits anglais et américain**. Paris: Dunod, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo:Malheiros.22.ed.,2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Coisa julgada relativa?**. Revista de Direito processual civil, ano VIII.Curitiba:Gênesis, out/dez, 2003.

SOBOTA, Katharina. **Não mencione a norma**. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. UFPE, n.7, 1995. Recife.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**.São Paulo:LTr, 1996.

SOUZA, José Barcelos de. **Doutrina e prática do Hábeas Corpus**. Belo Horizonte: Sigla, 1998.p.12.

SPOTA, Alberto. **O Juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987.

STAMFORD, Artur. **Decisão judicial. Dogmatismo e empirismo**. Curitiba: Juruá, 2000.

STEIN, Peter G. **Judgments in the European legal tradition. In La sentenza in Europa**. Padova: CEDAM, 1988.

STONE, Julius. **O campo e a função do direito como lógica, justiça e controle social** – Julius Stone – Sidney, 1946.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005.

TARUFFO, Michele. **La fisionomia della sentenza in Itália. In La sentenza in Europa**. Padova: CEDAM, 1988.

TAVARES, Juarez. **A unidade da ordem jurídica em Karl Engels**.expositor em painel sobre A retroatividade da jurisprudência mais benigna, VII Congresso Brasileiro de Ciências Penais, Capão da Canoa/RS, 20.03.1987.

TEIXEIRA, Alessandra. **Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo. A lei, o direito e a ideologia**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. Coop.Juliana C. de Faria.RT, n.795.São Paulo:RT, 2002.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo:Saraiva, 1980.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal** vol.4.27.ed.São Paulo:Saraiva, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5.ed.São Paulo:RT, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **El discurso feminista y el poder punitivo**. Direito Criminal.vol.3.Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **La globalización y las actuales orientaciones d la política criminal**. Direito Criminal.vol.1.Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**.5.ed.São Paulo:RT, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**, 2. ed., Valladolid: Ed. Trotta, 1997.

Artigos da internet

JUNIOR, José Geraldo de Souza. **Direito Achado na Rua**. Disponível em www.unb.br. Acesso em 23/09/2006.

OLIVIERO, Diliberto. **Lo Stato non può sanzionare penalmente ogni forma patológica**. Disponível em www.criminologia.it/sociologia/sanzione_patologica.htm. Acesso em 23/09/2006.

TEIXEIRA, Alessandra; BORDINI, Eliana Blumer Trindade. **Decisões judiciais da Vara das Execuções Criminais: punindo sempre mais**. Disponível em www.scielo.br. Acesso em 23/09/2006.

Revistas

Revista Análise Justiça, São Paulo, jul. 2006.

Revista do Ministério Público-Alagoas.Ministério Público de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas.Centro de Ciências Jurídicas- CJUR.n.8 Maceió:MPEAL:UFAL/CJUR, 2002.

Boletim IBCCRIM.São Paulo, ano 11, n.125, abril de 2003.

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A Decisão na íntegra do *habeas corpus* do STF que deu origem histórica à aplicação de jurisprudência mais benigna ao acusado.

ANEXO B Acórdãos na íntegra da única Câmara Criminal do Estado de Alagoas referentes aos julgamentos das apelações criminais interpostas em face das decisões dos tribunais dos júris do Estado com motivação nos termos do artigo 593, inciso III, alíneas “a” e “d” do CPP do ano de 2005.