

(Estudos preliminares do gênero à espécie jurídico-normativa)

Hélio Silvio Ourem Campos

“A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por sua vez, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade – que não pode ser captada pelos sentidos – somente surge através desta operação mental: confronto com o Código Penal e com o Código de Processo Penal.” (Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen, trad. João Baptista Machado, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1985)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

TÍTULO I	– A Norma
Capítulo I	– Significação e Noções Gerais
Capítulo II	– “Norma” e “normal”
TÍTULO II	– A Norma Jurídica
Capítulo I	– Noções propedêuticas
Capítulo II	– Ato de vontade do qual a norma jurídica se origina
Capítulo III	– O dever – ser normativo
TÍTULO III	– A Norma Jurídica Processual
Capítulo I	– A Norma material e instrumental
Capítulo II	– Quanto ao objeto da norma processual
Capítulo III	– Quanto à natureza da norma processual
Capítulo IV	– A Norma Jurídica Processual e suas fontes abstratas e concretas
Capítulo V	– As garantias do Processo Penal na nova Constituição Brasileira. (Principais Aspectos).
TÍTULO IV	– A Norma Jurídica Processual Penal
Capítulo I	– Considerações Gerais
Capítulo II	– Função da Norma
Capítulo III	– Norma Processual Penal
Capítulo IV	– Norma e Texto Legal
Capítulo V	– Classificação das Normas – Um problema de perspectivas

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Após refletirmos sobre a estrutura metodológica que deveria seguir esta monografia, decidimos por uma linha que, acreditamos, deva chamá-la de tradicional.

É o itinerário escolhido, contudo, não uma cega adesão ao pensar alheio; mas o caminho que vislumbramos mais coerente à nossa sensibilidade.

Optamos por consagrar, neste trabalho, quatro pontos fundamentais:

I. análise da norma em suas diferentes espécies (de direito, de moral, de lógica). Aqui, tentaremos a síntese em face do escopo a que nos lançamos;

II. análise da norma jurídica. Aqui, refletimos sobre a norma enquanto mandamento obrigatório, sobre a pseudovontade do legislador, sobre o "dever - ser", sobre sua condição de validade n'uma teoria dinâmica do direito;

III. análise da norma processual. Já, no campo da Teoria Geral do Processo, ponderamos sobre seu objeto, natureza e fontes;

IV. análise da norma processual penal. Verificará o leitor a nossa postura quanto à busca de um razoável conceito dentro das perspectivas que entendemos existentes no processo penal, sem que em momento algum distancie a parte do todo; ou melhor, o ramo da árvore.

No entanto, frise-se que estas etapas não se encontram segmentadas estaticamente. À procura da natural fluência não nos preocupamos, excessivamente, em podar assuntos já tratados em partes anteriores; porém desde que isto não viesse a quebrar a unidade do raciocínio.

Pela visão que temos do que começamos a escrever, antevemos algo monolítico (onde o deva ser), sem prejuízo das necessárias articulações.

Esperamos que a peleja com a qual nos deparamos, a ultrapassemos a contento, não apenas nosso, mas também daqueles que nos honrarem com suas leituras.

TÍTULO I – A NORMA

Capítulo I – Significação e Noções Gerais

Tout court, cabe nos informarmos do que diz o Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua

Portuguesa, Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira – com assistência de José Baptista da Luz, 11ª Edição, quanto à palavra norma:

"Norma, s.f. Regra; modelo; preceito; lei..."

Como se vê, são significados demasiadamente amplos. Necessário se faz começarmos uma demarcação sob pena de em sendo, excessivamente genéricos, nada contribuirmos quanto ao aspecto técnico.

Diz-se que a expressão norma deriva do latim (Lembre-se que a origem da palavra lei pertence ao campo jurídico, tendo, só posteriormente, passado às ciências naturais).

O vocábulo designaria uma prescrição, uma ordem, um mandamento.

Mas, caberia então indagar-nos sobre o porquê da existência de tais prescrições.

Ora, o homem, em suas atividades, propõe-se a fins e se serve de meios para alcançá-los. Se a conduta humana não fosse regida pelo direito, moral, religião, usos sociais, o caos seria a consequência. Daí, a busca pelo dever-ser que quando violado acarreta possíveis sanções.

É do próprio termo norma que poderemos detrair a mensagem de que alguma coisa deve ser ou acontecer. Há nele um imperativo ou uma proposição de dever-ser. Um modelo de conduta humana definido, cujo sentido é dirigir a conduta de outrem.

Assim, é razoável admitirmos que normas derivam de atos de vontade.

Logo, dizemos, preliminarmente, que não somos partidários da negação do dualismo do ser e dever-ser.

Admitimos eclodirem espontaneamente as diferenças entre estas categorias originais. Obviamente, não estamos com isto afirmando que um dever-ser de conteúdo determinado, eventualmente uma norma moral, é dado espontaneamente à nossa consciência. O que dizemos é o fato de nossa consciência poder discernir como categorias diversas aquilo que é (enunciado sobre um ser) daquilo que deve-ser (enunciado sobre um dever-ser) sem predeterminações de conteúdo. Um dualismo irresolúvel, na linguagem de Arthur Prior (*Logic and the Basis of Ethics*, Oxford, 1949, p. 18).

No entanto, por dever de imparcialidade, não nos furtaremos de apresentar ao menos uma

das tentativas de negação do dualismo do ser e dever-ser. Portanto, a seguir, apresentaremos, sinteticamente, as idéias de Platão sobre o assunto.

Diz a Filosofia platônica, cujo contraste entre o mundo transcendente da idéia e o mundo físico-empírico é seu núcleo, que idéias não variam continuamente, enquanto as coisas da percepção física estão em permanente transformação.

Assim, não se poderia conhecer o continuamente alternante. O conhecimento, apenas, atingiria as idéias. Logo, o ser verdadeiro é o ser das idéias, o ser metafísico, o ser metafísico do dever-ser ou a idéia como norma. (Diga-se que os pitagoristas, que influenciaram a Filosofia de Platão, também, não distinguiam o ser, do dever-ser, entre ideal e real).

Porém, o próprio Platão chegou a reconhecer (Politeia) as dificuldades com que se deparavam suas ilações. Para concordarmos com Platão precisaríamos negar o ser da realidade empírica.

Acreditamos que as observações de Hans Wolf (Der Kampf ums Sein, 1957, p. 198) são acertadas. Diz ele que se idéias implicam em conceitos abstratos, é inexplicado por Platão como regras para uma conduta concreta se possam concluir de conceitos abstratos. As idéias são ideais, não se confundindo, pela essência, com o real.

Com a análise, que foi breve, da negação do dualismo por Platão, evitaremos continuar comentários sobre outras tentativas de negação, diretas ou indiretas, do dualismo ser e dever-ser.

Entendemos aceitável o raciocínio que se algo é, pode não dever-ser; ou que se algo deve-ser, pode não ser em realidade.

Ora, em não sendo esta monografia sobre regras técnicas, que são infinitas, nem sobre todas as normas éticas (jurídicas, morais, trato social, religiosas. * Muitos iusfilósofos adotam, neste contexto, posições dualistas – Del Vecchio, Cossio; ou tripartites – García Maynez, Recaséns Siches), dizemos, apenas, que, no estágio de conhecimento em que nos encontramos soem afirmar como características e atributos sistemáticos distintivos entre as normas de direito e as da moral, a bilateralidade, a heteronomia e a coercibilidade, próprias às jurídicas e

a unilateralidade, a autonomia e a incoercibilidade, próprias as da moral.

* Quanto à lógica, enquanto ciência, é contestável que seus princípios tenham o caráter de normas.

Passemos, agora, para um assunto que, posteriormente, nos auxiliará a refletir sobre as repercussões da conformidade e da discrepância das condutas diante das normas.

Capítulo II – “Norma” e “normal”

Se o termo norma for compreendido no âmbito do adjetivo normal, passaria a ser aquilo que efetivamente acontece. Estaria no mundo do ser.

Aqueles que adotam uma visão, estritamente, “religiosa”, supomos, terminarão por concordar que deve acontecer o que costuma acontecer, afinal tudo acontece pela “vontade” de Deus, e o querido por Deus é visto como “bom”.

Logo, um crime precisaria ser aceito como querido por Deus, ou o teríamos como exceção à regra.

Não achamos que isto proceda. Logo, dizemos que a norma não é o que usualmente acontece, o normal.

Atribuir a origem da norma a ato de vontade sobre-humano – ato de vontade divina, não nos parece que, realisticamente, sirva-nos.

Assim, as normas promanam de atos de vontade humanos.

Haveria um certo caráter arbitrário (não ao ponto de estabelecer figuras típicas por medidas provisórias, nem infirmar princípios constitucionais...). Qualquer conduta poderia ser imposta como devida...

É com esta importante questão, especificamente sobre a competência da autoridade criadora da norma, que iniciaremos o próximo título.

TÍTULO II – A NORMA JURÍDICA

Capítulo I – Noções propedêuticas

Não é incomum ver-se afirmado ser a norma um mandamento. Entretanto, esta não é sua única função. Conferir poderes, derogar, permitir, também, são funções normativas.

John Austin, in *Lectures on Jurisprudence*, chegou a afirmar que “toda lei ou regra... é um mandamento; ou melhor dito, as leis ou regras em sentido estrito são espécies de mandamentos”.

Analisemos o que está posto.

Ora, sem dúvida, um mandamento não se confunde com uma súplica. Não é exagerado afirmar que dentre os possíveis usos da linguagem o que mais importa ao jurista é o diretivo.

Porém, não seria natural identificarmos qualquer mandamento com a norma jurídica. Não basta a condição da superioridade em força (qualquer que seja ela) para garantir ao mandamento do superior a natureza obrigatória.

Extraíamos um exemplo da brilhante Teoria Geral do Direito e do Estado de Hans Kelsen, que, em linhas gerais, é o seguinte: Um bandido, mesmo que se encontre em condições de impor sua vontade, ao exigir a entrega de dinheiro, não estaria emitindo um mandamento de natureza obrigatória.

Logo, disto se conclui que mandamento, só, será obrigatório quando àquele que manda estiver facultada a utilização da linguagem diretiva; ou melhor, detenha competência para expedir mandamentos obrigatórios.

Assim, podemos dizer que n'uma oração diretiva, com o fito de influir no comportamento alheio, não importa o tom imperativo ou de súplica a ser utilizado, pois ela, em ambos os casos, continuará diretiva.

Quando um pai ordena a seu filho que faça alguma coisa, desde que não conflitante com o sistema de normas jurídicas, independentemente do tom que adote, emite um mandado obrigatório. Era competente para isto. O mesmo não ocorreria com a ordem de qualquer adulto.

Neste estágio do raciocínio, onde fica claro que a força obrigatória do mandamento reside na competência da autoridade que o emite, é decorrente a afirmação de que não pode derivar mandamento obrigatório de autoridade incompetente, mesmo que superior em força, e pode derivar aquele de autoridade competente, mesmo que inferior em força.

Assim, a inexistência dos modais deônticos (obrigatório, permitido, proibido) em nada altera a oração diretiva.

É necessário, contudo, que atentemos para o sentido em que utilizamos a expressão man-

damento.

Não se trata de um mandado puro e simples, onde se aquele que é mandado obtém prova satisfatória, antes de se executar a ordem, de que o ato de vontade não mais remanesce, também, não perduraria o mandado.

O que chamamos de mandamento obrigatório subsistiria mesmo que o ato de vontade houvesse deixado de existir.

Mais ainda, imaginemos o exemplo do contrato – que obriga os contratantes. Sua força obrigatória não poderia tomar por alicerce o elemento psicológico de uma vontade real, pois esta pode, por completo, nunca ter existido e o contrato ser válido e obrigatório.

Mas, então em que ato de vontade humano se baseia a nossa inclinação doutrinária?

Capítulo II – Ato de vontade do qual a norma jurídica se origina

Não está no campo de atuação imediato do jurista indagar-se, neste setor, sobre as ocorrências psicológicas que têm vez quando da votação d'uma norma.

A existência da norma jurídica, na delimitação em que trabalhamos, não é fenômeno psíquico.

É comum (vejam-se os exemplos do Código Comercial; e, até mesmo, do Código de Processo Penal) que uma lei exista para além da vida daqueles que a criaram. Logo, a obrigatoriedade não poderia decorrer da estrita conexão com a vontade dos indivíduos que foram os autores da norma.

Além disto, uma lei pode não ter sido aprovada por unanimidade; porém a vontade dos que lhe foram contrários foi tão essencial para a sua criação quanto a daqueles que com ela assentiram (quorum).

Foi todo o Parlamento, enquanto unidade competente, que a criou. Mesmo os que votaram favoravelmente à lei, eventualmente, podiam não ter a intenção real de provocar a sua criação. Ou seja, o sentido psicológico que intuí os membros do Parlamento a votar não importa ao jurista em sentido estrito. (* Nota: Não querendo dizer com isto que como cidadão se isente da luta por conquistas políticas.

Infelizmente, mas não só no Brasil, é

possível que alguns parlamentares sequer saibam sobre o que estão votando. Ora, não se pode querer o que se ignora. Isto para não falar que o conhecimento superficial, de ordinário, em muito prejudica a atuação parlamentar.

Assim, se a regra de direito é um mandamento e obrigatório, não quer dizer que tenhamos uma vontade, no sentido psicológico do termo, a ampará-la.

Diz-se ser da essência da democracia que as leis devam ser criadas pelos mesmos indivíduos que resultam por elas obrigados; ou, ao menos, pelos representantes do povo que é detentor de todo o poder.

Ora, diante de possíveis percalços (alguns acabaram de ser apresentados) entendemos razoável afirmar-se que cada povo tem a “democracia” que merece.

Esperamos que os Parlamentos a serem eleitos demonstrem que o povo brasileiro tenha evoluído.

Mas, em sendo a norma expressão da idéia de que algo deva ocorrer, para que se conduza o indivíduo em certa direção, não se retire do Parlamento suas importantes missões. São vasos intercomunicantes.

Capítulo III O dever-ser normativo

Já chegamos, embora não em capítulo específico, a refletir sobre este tema, no entanto, dado a importância que lhe atribuímos, voltamos a volver sobre suas implicações.

Dissemos, mas implicitamente, que as normas têm por função ordenar o social, viabilizam-se pela linguagem e suas intencionalidades deonticas independem de elemento expresso.

Ao nosso trabalho, cabe o destaque de se afirmar que são as ordens as diretivas que mais nos interessam (Direito Processual insere-se no direito público).

Quando o assaltante pela sua superioridade bélica ou física assevera: “a bolsa ou a vida?”, não está nos impondo um dever-ser jurídico, afinal se o destinatário não cumprir a prescrição, o seu ato não irá ser encarado como uma infração. Assim, quando o assaltante nos ordena a entrega do dinheiro, a despeito de utilizar d’uma oração prescritiva para dar uma or-

dem, jamais a deveremos confundir com uma norma. Sua autoridade não se funda no direito.

A norma jurídica se nos apresenta como um modo institucionalizado de direção de comportamentos proveniente do Poder Público. Mas, mesmo o Poder Público, só, possuirá autoridade jurídica para agir dentro de seu âmbito de competência estabelecido por outras normas.

Diga-se, então, que a norma não deixa de ser norma pelo simples argumento de ser descumprida. Norma jurídica, entendemos, não se confunde com aquilo que normalmente, acontece (Ver. “Norma” e “normal”, Capítulo II, Título I).

Logo, a norma pré-existe e sobre-existe ao fato. Permanece como instrumento de regulação de conduta. Detém vida autônoma.

Entretanto, entendemos que caso uma ordem jurídica perca, em geral, sua eficácia, seria extremo farisaísmo jurídico admiti-la como válida.

Portanto, admitimos, nesta monografia, a relação existente entre validade e eficácia.

Ao dizermos que as normas são válidas em determinado espaço e n’um certo tempo, não estamos mais que corroborando tudo que até agora vimos a afirmar.

Não dizemos que o costume, caso não consagrado juridicamente, sirva-nos de fonte (V. Art. 4º Lei da Introdução ao Código Civil), mas constato que a própria jurisprudência (praxe forense ou estilos do foro), chega, por vezes, a amparar como fontes da norma processual os usos e costumes.

Pode-se afirmar ser costumeiro o entendimento que, de fato, se alguém comete uma infração (rouba, por exemplo) deve ser castigado, porém a depender de sua situação econômica ou política, não virá a ser.

Ora, toda a comunidade vai em busca de normas materiais e instrumentais mais “rígidas”, porém se a premissa final, há pouco apresentada, for verdadeira, o empenho será infúcuo.

Não que a ausência de eficácia elida a validade da norma, pois não será farisaico afirmarmos que a maior parte do povo queira pôr termo a este estado de coisas.

Porém, não estamos no campo de meras posturas psicológicas.

Mas, se as próprias leis da natureza, hoje

já se reconhece, estão sobre o solo da probabilidade e não da necessidade absoluta, natural que se continue, no âmbito das leis sociais; ou melhor, jurídicas, a trilhar no caminho de que o "mal" deva ser castigado de acordo com o princípio da retribuição que dominou completamente a consciência primitiva. (As causas do "mal" devem ser, planejadamente, combatidas pelo Poder Público e por toda a comunidade).

Note-se com isto os diferentes níveis de linguagem: o prescritivo, ínsito às formulações dos órgãos legislativos através das normas jurídicas; o descritivo, ínsito à ciência do direito, onde o conhecimento sociológico poderá melhor prover-nos quanto à idéia científico-empírica da justiça.

De posse destas linhas básicas, comecemos o estudo da norma processual.

Lembremo-nos que as normas processuais, enquanto espécies de normas jurídicas, possuem suas características.

Evidentemente, detêm peculiaridades. São instrumentais, secundárias (dado que as materiais são ditas primárias).

No entanto, sua instrumentalidade não a reduz de importância de modo algum, apenas pressupõem as materiais para que se façam aplicar.

O conteúdo ético que perseguem as apresentam não com uma natureza, meramente, tecnicista; mas, sobretudo, como um vital instrumento de realização da justiça.

É ao que passaremos a expor no título seguinte.

TÍTULO III A NORMA JURÍDICA PROCESSUAL

Capítulo I A norma material e a instrumental

Costumam distinguir as normas jurídicas em materiais e instrumentais em face dos seus objetos imediatos.

Não se quer com isto negar que, também, as normas materiais apresentem nítido caráter instrumental, dado que implicam em instrumento para a disciplina da cooperação entre as pessoas e dos seus conflitos de interesses, funcionando, ainda, enquanto critério para a atividade do juiz **in iudicando**.

As duas espécies de normas em comento servem ao dignificante objetivo da ordem jurídica que é o da promoção da paz entre os membros da sociedade.

Portanto, admitindo a relatividade da distinção e a existência de região indefinida de fronteira, possamos, em suma, apresentar-lhes a distinção.

I. as normas jurídicas materiais (ou substanciais) diretamente regulam a cooperação entre as pessoas e os conflitos de interesses inerentes à vida em sociedade. Daí, poder-se dizer que sejam aquelas que modulam dentre os interesses conflitantes o que prevalece e o que sobra.

II as normas jurídicas instrumentais são aquelas que, de forma mediata ou indireta contribuem para a solução daqueles conflitos, disciplinando a criação e a atuação das regras jurídicas gerais ou individuais destinadas a regulá-las diretamente.

Ou como foi dito ao final do título anterior: o caráter secundário das normas instrumentais não implica em importância secundária, mas no fato de pressuporem as materiais (primárias).

Assim, para a monografia, o que mais importa são as normas instrumentais, porquanto as normas processuais se incluem nesta categoria.

Capítulo II

Quanto ao objeto da norma processual

Inicialmente, é de bom alvedrio, destacar que, na classificação de uma norma jurídica pouco tem importância a questão topográfica, o que interessa é o seu objeto.

Veja-se o que assevera Moacyr Amaral Santos em suas Primeiras linhas de Direito Processual Civil, 1^o Vol., 10^a Ed., Págs. 24 e 25:

"Leis processuais ou leis de processo, e que formam o direito processual, são aquelas que regulam o exercício da função jurisdicional. Como a finalidade da função jurisdicional é a atuação da lei material ao caso concreto, e como essa atuação se dá no processo, e não fora dele, pode-se dizer que leis processuais são as que regulam a atuação da lei material no processo".

Parece-nos pertinente um juízo analítico do que foi exposto.

Assim, a norma processual visa:

I. disciplinar o poder jurisdicional de resolver conflitos de interesses;

II. disciplinar as atividades das partes litigantes sujeitas ao "poder" jurisdicional;

III. disciplinar a incidência da norma ao caso concreto no processo.

Disto poderemos inferir três subespécies de normas processuais:

I. para resolução dos conflitos de interesses faz-se necessário as normas de organização judiciária, tratando da criação e da estrutura dos órgãos judiciários e seus auxiliares. A autonomia do Poder Judiciário, aqui, se manifesta através do exercício de funções atípicas;

II. a sujeição das partes ao juiz não se faz de modo arbitrário. Melhor e mais apropriado seria dizer sujeição do indivíduo ao interesse público que deve estar consignado na norma a que o juiz se obriga e se sujeita a aplicar. Temos, então, as normas processuais que atribuem poderes aos sujeitos processuais;

III. a incidência da norma substancial ao caso concreto segue um **modus procedendi**. Aqui, deparamo-nos com as normas procedimentais.

Esta terceira subespécie de norma processual detém uma peculiaridade.

Ficou dito que, no processo, teríamos uma entidade complexa – procedimento e relação jurídica processual. Logo, as normas de procedimento foram apresentadas como normas processuais.

Contudo, vale atentarmos para o nosso atual Texto Constitucional que ao passo que dá à União (Art. 22, I) competência legislativa para legislar sobre direito processual, confere competência concorrente aos Estados (Art. 24, XI) para legislar sobre procedimentos em matéria processual.

Capítulo III

Quanto à natureza da norma processual

Em regulando o exercício da função jurisdicional, as normas de processo – para os que admitem as teorias dualistas – pertencem ao direito público.

Entendemos, serem as teorias dualistas materiais (Teoria do interesse, do fim, do objeto imediato e do objeto final, do destinatário do

direito de propriedade...) e formais (Teoria do titular da ação, das normas de coordenação e subordinação, da origem da vontade) insuficientes para uma completa justificação do dualismo.

Concordamos com Adolfo Posada, ao menos, quando ele afirma, em seu Tratado de Direito Administrativo, que a divisão não deve ser aplicada a todo um ramo, mas a cada norma jurídica separadamente.

Entretanto, em se adotando uma visão dualista, vemos como critério mais seguro a Teoria de Georg Jellinek, com devidas nuances.

Pois bem, no processo, a relação jurídica estabelecida não é de coordenação, mas de subordinação (poder-sujeição), com o predomínio do interesse público sobre os interesses particulares em conflito.

Por ser de natureza pública, isto não implica que em certas situações especiais, não teremos para a aplicação da norma processual a dependência da vontade das partes (normas processuais dispositivas).

Exemplos podem ser extraídos do Código de Processo Civil: distribuição de ônus da prova dado convenção das partes (Art. 333, P. Único), eleição de foro (Art. 111).

* * *

* Para ultimar este capítulo, vale dizer que, se pela instrumentalidade ao direito material, assumem as normas processuais caráter eminentemente técnico, isto não elide seu peso de instrumento ético em estreita conexão com os valores fundamentais ligados à cultura nacional.

A finalidade geral do processo não deve ser encoberta pelo tecnicismo vazio. Com isto não se abdica da segurança, mas se oferta um largo espaço para a justiça.

É como diz a professora titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, em seu livro *Novas Tendências do Direito Processual*, 1990, pág. 3:

“Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.”

Ou como exara Piero Calamandrei, in *Isti-*

tuzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice, Pádua, 1941, pág. 252:

“podem colocar a parte socialmente mais fraca em condições de paridade inicial frente à mais forte, e impedir que a igualdade de direitos se transforme em desigualdade de fato por causa da inferioridade de cultura ou de meios econômicos.”

A disparidade de forças não deverá intervir no êxito da parte socialmente mais forte. Porém, não se trata de iniquamente velar pelo interesse do socialmente mais fraco. É a difícil busca do caminho do meio.

A dura missão – intelecto e sensibilidade – a ser desenvolvida, também, pelas normas processuais.

Capítulo IV

A Norma Jurídica Processual e suas fontes abstratas e concretas

Fonte é locução multívoca, admitindo assim distintas acepções. De tal forma que problemas diversos são tratados sob o mesmo rótulo.

N'um estudo paralelo, conseguimos identificar sete classificações que estariam inseridas naquele vocábulo: fontes de conhecimento de direito ou históricas; autoridade criadora do direito; espírito humano; ato criador do direito; fontes materiais ou reais, formais; originárias e derivadas; amparo de validade.

A seguir, as que serão comentadas são as formais, enquanto diferentes manifestações das normas jurídicas, ou como prefere García Maynez: o canal por onde correm e se manifestam as matérias.

Eis, então, os meios de produção e expressão da norma jurídica: lei jurídica, usos e costumes, negócio jurídico.

* * *

* Quanto à jurisprudência (conjunto de decisões judiciais sobre uma determinada matéria n'um mesmo sentido), entendemos que não deva deixar de estar de acordo com o direito manifestado pelas outras fontes. Quanto a chamá-la, em sentido metafórico, de direito vivo, também o seria a aplicação do direito sem

intervenção judicial. Daí, mesmo metaforicamente, acharmos imprecisa a expressão.

Entendemos que pela nossa tradição jurídica temos o primado da lei sobre as outras fontes.

Quando, anteriormente, falamos que os usos e costumes (praxe forense ou estilos do foro) vêm sendo consagrados pela jurisprudência, apenas, constatamos um fato.

No entanto, acreditamos que no nosso direito tal operação, só, seria devida quando e na proporção admitida pelo direito legislado (Ver Art. 4º L. I. C.C.).

Diante deste raciocínio, com imposição destes limites, admitimos que o direito não se confunde por completo com a lei.

Não estamos aqui, esquecendo do Projeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas, que teve por autor o ilustre Haroldo Valladão, e prevê a revogação de lei em face de costume ou desuso, geral e contínuo, confirmado por jurisprudência assente. Porém, como é evidente, fonte de direito é a lei e não projeto ou anteprojeto.

* * *

* Quanto à doutrina (conjunto de teorias e estudos científicos referentes à interpretação do direito positivo para sua justa aplicação), só não seria erro apontá-la como fonte formal, segundo nossos estudos, à época da famosa das Citações – Imperador Adriano – onde detinha força obrigatória a opinião de certos jurisconsultos, e, quando de controvérsias entre eles, prevaleceria a opinião de Papiniano. Tal lei foi derogada pelo imperador Justiniano.

Portanto, enquanto fonte formal, só o foi durante o período em que o direito legislado assim assentiu. Não estamos, entretanto, a negar sua elevada influência como fonte material. Os Tribunais e o próprio legislador se inspiram nas obras dos grandes juristas.

* * *

* Passemos, agora, em evidência, às fontes abstratas da norma processual.

Ora, por ser norma jurídica, as normas processuais têm por fontes abstratas as mesmas do direito em geral: lei jurídica, usos e costumes, negócios jurídicos, e, para alguns, a juris-

prudência.

N'um primeiro nível, temos as disposições de ordem constitucional sobre processo: I) princípios e garantias; II) jurisdição constitucional das liberdades; III) organização judiciária.

Diga-se que as Constituições estaduais, também, servem de fontes à norma processual. Vejamos:

I) Quando criam Tribunais e disciplinam sobre as respectivas competências (Const. Fed., Art. 125, § 1º);

II) Quando ocupam espaços previstos pela Constituição Federal, Art. 24, X e XI – juizado de pequenas causas e procedimentos em matéria processual (* Nota: 1. Parece-nos que, ainda, inexistem leis estaduais sobre processo ou procedimento. 2. Não se esqueça que lei estadual poderá criar a Justiça Militar estadual – Art. 125, § 3º).

* * *

* Quanto às leis complementares (Art. 93 – Estatuto da Magistratura, Art. 121 – Organização e competência dos Tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais), às leis ordinárias, às leis delegadas (exceto no que diz respeito à “organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e à garantia de seus membros” – Art. 68, § 1º, I), todas podem ser fontes legislativas de norma processual.

* Aqui, caberia uma reflexão sobre um tema bem atual: as medidas provisórias.

Ora, nosso texto constitucional (em grande parte baseado no italiano) previu requisitos que devem ser cumpridos para que tenham amparo de validade a expedição de medidas provisórias: relevância e urgência.

Não é qualquer conduta que pode ser imposta pela norma como devida. Se a origem da norma é ato de vontade humana, o elemento arbitrário se arrefece n'uma postura estruturalista. Não se discute aqui, o mero fator psicológico.

Já vimos que, só, haverá “mandamento” obrigatório quando este for proveniente de autoridade com competência para emití-lo. Não é o fato de ser superior física ou belicamente que altera o raciocínio. Tem-se de agir dentro do âmbito de competência conferido pela norma, mesmo que isto não seja, n'uma dada sociedade,

“normal”.

Lembramos que basta uma rápida análise histórica para verificarmos a origem do Art. 77 da Constituição da República Italiana. Se temia que o silêncio constitucional sobre necessárias medidas excepcionais; e, decorrentemente, provisórias pudesse “abrir a estrada aos mesmos abusos verificados no passado”. (Ver Costituzione della Repubblica Italiana a cura di Giovanni Conserva, 2ª Ed., Bonacci editore Roma, págs. 126/128).

Ora, caberia, munido destas informações, ao leitor indagar-se sobre o cabimento da Med. Prov. 118 de 05.12.89, expedida pelo Governo Federal, aplicando às medidas cautelares em processo civil as restrições contidas na lei nº 5021, de 9 de junho de 1966, sobre mandado de segurança.

Levantou-se o problema de sua incompatibilidade com o princípio da ubiquidade da justiça (Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito). Não vemos nisto consistência. Também, mencionou-se o não cumprimento dos requisitos constitucionais autorizativos para a emissão de medidas provisórias. Caberá ao leitor ter a sua conclusão.

Particularmente, entendemos que o que é excepcional não deva vulgarizar-se enquanto prática “normal” de um governo.

Em processo penal, dado a prodigalidade de tais medidas, encontramos prisões provisórias e a polêmica quanto ao descumprimento do princípio da anterioridade.

Em direito tributário, ofende-se o princípio da legalidade estrita (medidas provisórias **com força de lei**. Diz-se, logo, não é lei. Ver. Art. 62 Const. Fed.).

Enfim, pensamos que dificilmente uma medida provisória poderá ser fonte de direito processual (até pelo seu carácter, logicamente, excepcional), desde que haja de se cumprir os requisitos limitativos.

* * *

* Convenções e tratados internacionais (Art. 84, VIII e, 49, I Const. Fed.) referendados pelo Congresso Nacional, por estarem ao mesmo plano das leis, são fontes de norma processual.

Também, deve ser citado o poder normativo conferido pela Const. Fed. aos tribunais em

geral (Art. 96, I, a) que por meio de seus regimentos internos regulamentam as questões **interna corporis**.

* Quanto às propostas dos tribunais, ao Poder Legislativo (Art. 96, I, d e II Const. Fed.), sobre criação de varas judiciárias; alteração do número de membros dos tribunais inferiores; criação e extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízes que lhes forem vinculados... Isto não é a fonte de direito, afinal não passam de **propostas**.

* * *

* No que diz respeito à lei em sentido estrito como fonte de norma processual, de ordinário, terá origem federal (Art. 22, I Const. Fed.). No entanto, como demonstraremos, além da ressalva das normas de organização judiciária no âmbito estadual (Art. 125, "caput" e § 1º Const. Fed.), temos, como novidades, a admissão de lei estadual na criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas e nos procedimentos em matéria processual. Âmbitos de competências concorrentes dos Estados com a União (Art. 24, X e XI Const. Fed.).

Destaque-se, também, a possibilidade de por lei estadual, cuja proposta é afeta ao Tribunal de Justiça, se criar (onde não haja) a Justiça Militar estadual.

* * *

* Passemos, então, às fontes concretas da norma jurídica processual.

Aqui, analisaremos as efetivas fontes legislativas.

Seus desdobramentos se dão pelas constitucionais, pela legislação complementar à Constituição e pelas ordinárias, quer codificadas, quer extravagantes.

* A Constituição da República, enquanto fonte concreta, se nos apresenta a quatro enfoques:

I. firmando normas de superdireito relativas à própria elaboração legislativa das demais fontes formais;

II. disciplinando a criação, organização e funcionamento dos órgãos da jurisdição;

III. apresentando os chamados remédios processuais (como p. ex. o habeas-corpus);

IV. dispendo sobre normas atinentes aos direitos e garantias individuais relativos ao pro-

cesso.

* * *

Ao plano complementar à Constituição, tem destaque o Estatuto da Magistratura. Diz o Art. 93, Const. Fed. que esta lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, deverá observar determinados princípios, como os constantes nos incisos I/XI daquele artigo. Destacamos os seguintes: ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, sendo obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento, e sendo na apuração da antiguidade vedado ao tribunal recusar o juiz mais antigo, salvo se pelo voto de dois terços de seus membros mediante procedimento específico; previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira; fica ainda estabelecido que ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria de magistrado, por interesse público, haverá de se fundar em decisão do tribunal respectivo tomada pelo quorum de dois terços, assegurando-se ampla defesa; os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; as decisões administrativas dos tribunais deverão ser motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros...

Enfim, outros dispositivos, também, demonstram a especial atenção que recebeu este Poder pelo novo texto constitucional. Sua missão, por ser imprescindível ao Estado de direito, quando ponderadamente desempenhada, merece destaque, não em direção a farisaísmos, mas em prol da elevada substância em que se insere.

Por não ter sido, ainda, editado – a Constituição é de 05.10.88 – o Estatuto da Magistratura permanece, no que não for contrário à Constituição, a Lei Orgânica da Magistratura

Nacional (Lei nº 35, de 14.03.79) que, também, é lei complementar.

* Quanto à legislação ordinária, merece citação: o Código de Processo Civil (lei nº 5869, 11.01.73), o Código de Processo Penal (dec.-lei nº 3689, 03.10.41), a Consolidação das Leis Trabalhistas (Tits. VIII, IX e X), o Código de Processo Penal Militar (dec.-lei nº 1.002, 21.10.69) e a Lei das Pequenas Causas (lei nº 7244, 07.11.84). Naturalmente, existem leis extravagantes que, aqui, não serão citadas, mas que constituem fontes de normas processuais.

* Sobre as convenções e tratados internacionais, reafirmamos o que foi dito; ou seja, a despeito da defeituosa redação do inciso I, Art. 49 da Const. Fed. (... que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional), entendemos que a interpretação mais abrangente serve-nos de melhor guia e se encontra amparada pelo inciso VIII, Art. 84 Constituição Federal. Assim, apenas quando referendado pelo Congresso Nacional, serão os tratados e as convenções fontes formais no direito interno, no caso, no direito processual.

Deve-se, também, destacar como fontes concretas o que vier a ser produto das leis estaduais sobre a criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas e sobre procedimentos em matéria processual. (Art. 24, X e XI C. F., matérias de legislação concorrente).

Capítulo V

As garantias do Processo Penal na nova Constituição Brasileira. (Principais Aspectos)

Preliminarmente, cabe-nos dizer que, ao incluirmos este capítulo em nossa monografia, o fazemos sob a perspectiva de que o empenho dos cidadãos em tornar vivas as suas garantias, conferidas por normas jurídicas, em grande parte depende de um real conhecimento. Somos daquele que admitindo a necessidade do denominado *princípio da responsabilidade* (Art. 3º L.I.C.C. – Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece) pela busca da segurança, inclinamo-nos a constatar que tal princípio, muitas vezes, deixa de ser uma presunção e se torna verdadeira ficção.

Daf, ao dissertarmos sobre a norma, mais precisamente norma jurídica processual, e diante de um texto constitucional ainda recente, em que a população depositava tantas esperanças, vemo-nos com o mister de apresentar o conteúdo de algumas, em processo penal, que, ainda, nos parecem veladas.

Não querendo ser pessimista como alguns, afirmamos que a Constituição de 1988 figura dentre as melhores que o Brasil já teve no atinente aos direitos e garantias processuais.

Os defeitos técnicos que soem apontar e, sobretudo, seu carácter prolixo decorrente da desconfiança que mune a sociedade brasileira, não empanam seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, um dos pontos altos do texto.

* Vejamos, aqui, algumas das garantias de que se procurou investir o processo de modo que o habilitasse a com um maior grau de certeza atingir a verdade real.

Explicitamente, foi, pela primeira vez, exposta na Lei Maior (Art. 5º) a fórmula anglo-saxônica do devido processo legal (LIV). Dela desprenderam-se uma gama de garantias: a da não extradição de brasileiro, exceto o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (LI); a da não extradição de estrangeiro em face de crime político e de opinião (LII); o contraditório e ampla defesa em processo judicial e administrativo (LV); inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos; e, portanto, inutilizáveis no processo (LVI); o princípio do estado de inocência (LVII); a garantia contra a identificação datiloscópica desde que haja precedente identificação civil (LVIII); a subsidiariedade da ação privada nos crimes de ação pública diante da inércia da acusação (LIX); a publicidade, ressalvada nos casos de defesa da intimidade ou de exigência do interesse social (LX); a previsão de ressarcimento pelo Estado pelo erro judiciário e pela extrapolção do tempo fixado em sentença (LXXV).

Por outro lado, entendemos que caiba destaque ao tratamento consagrado à prática do racismo (XLII); da tortura, do terrorismo, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, dos crimes hediondos (XLIII); à ação de grupos ar-

mandos contra o Estado Democrático (XLIV).

Como se vê, houve novas conquistas e atribuição de jaez constitucional a conquistas antigas, porém não menos importantes.

Foi a ânsia de a tudo se assegurar na Lei Maior. Foi a angústia do "normal" descumprimento de direitos, e, algumas vezes, infelizmente, a tentativa de consagrar o espúrio. Enfim, um bem aproximado retrato de nossa sociedade.

* * *

* Atualmente, dado a onda de criminalidade, a sociedade vem a se por a questão da pertinência e do grau de compatibilidade entre a assistência de advogado ao preso e a sua segurança.

Ora, nossa Constituição atribui, expressamente, ao preso o direito de receber assistência de sua família e de advogado (Art. 5º, LXIII), e confere ao advogado inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão (Art. 133). Claro está que exercício da profissão não implica no abuso de suas prerrogativas. Abuso não é direito.

Portanto, deve-se punir o abuso e não o direito.

* * *

* Quanto a específicas técnicas processuais penais que se mantiveram ou foram alçadas a nível constitucional, vislumbramos, ao primeiro plano, a instituição do júri (Art. 5º, XXXVIII C.F.).

Muito se discutiu e se discute sobre o seu cabimento n'uma prática reservada a "especialistas": a de julgar.

Nossa Constituição assegurou-lhe o sigilo das votações e a soberania (relativa, pois muito poucas coisas podem ser absolutas) dos veredictos.

Finalmente, fale-se sobre a novidade dos juizados especiais para pequenas infrações penais, com a utilização de procedimentos oral e sumariíssimo, e, ainda, sendo permitido nas hipóteses da lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (Art. 98, I Constituição Federal).

Note-se que tais juizados especiais serão providos por juízes togados ou togados e leigos.

Vejamos um excerto do Livro: *Novas Tendências do Direito Processual*, da professora Ada Grinover, págs. 283 e 284:

"Mas o que sobretudo se deve salien-

tar são as relevantes conseqüências a que a instalação dos tribunais populares leva, em termos de diminuição da distância entre o povo e a Justiça. Dentre elas, destacam-se:

- a) a ruptura do corporativismo e da burocratização da magistratura pela introdução do elemento popular nos tribunais;
- b) a simplificação das formas de explicitação do direito, porquanto a presença de juízes leigos obriga ao togado e aos demais operadores do direito (advogados e membros do Ministério Público) a utilizarem linguagem acessível ao povo;
- c) a descentralização do poder coativo do Estado, pela atribuição de parcela da função jurisdicional aos cidadãos.

O que indica em última análise, um significativo passo rumo à aproximação entre o povo e a Justiça".

Caberá ao leitor posicionar-se diante dos argumentos.

Agora, esteja certo de que a aplicabilidade efetiva de qualquer direito ou garantia jurídica depende da vontade das instituições, e, em grande proporção, do empenho dos cidadãos.

É imensa a nossa responsabilidade na etapa de construção normativa, mas será improfcua se não nos mantivermos atentos à adequada aplicação da norma.

E o "normal" é o que, em regra, efetivamente acontece.

TÍTULO IV A NORMA JURÍDICA PROCESSUAL PENAL

Capítulo I

Considerações Gerais

No prefácio da tradução portuguesa, Fundação Calouste Gulbenkian, da *Crítica da Razão Pura* (Kant) põe-se que o "o cuidado de interpretar deve deixar-se, como de justiça, ao leitor".

É nesta linha que em apresentando conceitos de diversos autores e os nossos pontos de vista, esperamos que o leitor mesmo que possuidor de conhecimento sólido, o modele ainda

mais.

Parte-se, aqui, do pressuposto da necessidade de chegarmos a uma conceituação razoável da norma processual penal. Sem isto não poderemos bem perceber o fenômeno de sua dinâmica em direção à justiça.

Estamos, desde o início da monografia, pinçando os elementos necessários para, refletidamente, desempenharmos a contento nossa empreitada.

O conceito a atingir deve captar a natureza desta espécie de norma jurídica. Afinal, o "ser" da norma não deve contrariar sua natureza.

Principiando pela análise anatômica (estática) entendemos viabilizar o seu caráter fisiológico (dinâmico). Note-se que os termos foram empregados em analogia com as ciências biológicas.

Assim, deveríamos nos indagar sobre a possibilidade d'uma conceituação com tais características. Concluímos pelo caráter afirmativo.

Entendendo o processo penal como um caminho sistematizado que possibilita o Estado a atingir a regular aplicação da pena ou da medida de segurança, ou até concluir pela não aplicação de ambas, temos que este caminho é pavimentado por normas.

Logo, percebemos a íntima conexão entre a realidade e o valor contido na norma.

A imagem é a seguinte: conteúdos de vontade materializam-se em normas e estas se projetam na prática cotidiana do processo.

Mas se a atividade projetada derivou de conteúdo psíquico (que não é puro, nem necessariamente positivo), a sua prática cotidiana, também decorre de conteúdo psíquico (juiz, advogado, promotor...).

Não estamos a dizer que se possa querer algo que se ignora, mas os padrões que determinam o voto afirmativo do membro do Parlamento são contabilizados pelo psíquico; ou, também, a permanência de um membro em plenário.

Como se vê, tanto na construção quanto na aplicação normativa, não deveremos nos alhearmos do real.

Parafraseando Recaséns Siches, em sua *Introducción*, teríamos o processo penal na norma e a vida do processo penal nas condutas

humanas que acarretam o seu cumprimento.

É por isto que traçamos a orientação de antes de mais nada perquirirmos sobre o que pretende realizar o processo penal no seio d'uma sociedade.

Ao assentirmos que o reflexo mais visível deste ramo jurídico, como ademais dos outros, são as normas (enquanto disciplina, predominantemente, técnica) não nos colocamos como adeptos a um mero sociologismo, ou formalismo. A constante procura do caminho do meio.

Capítulo II Função da Norma

* Parece-nos ser de bom alvedrio indicar, para aqueles que pretendam se aprofundar sobre o tema, o livro do eminente Norberto Bobbio – *Da Estrutura à Função*. (Novos Estudos de Teoria do Direito).

Vejamos alguns "fundamentos óbvios", mas que não devem passar despercebidos.

Ora, a norma processual penal é norma jurídica. Como tal apresenta afinidades com todo o sistema, no entanto mais se aproxima de alguns deles.

J. Vázquez Rossi (*La Norma Procesal*, in "Revista de estudios procesales", nº 36, págs. 77 e ss) afirma que as normas processuais penais devem entender-se, sobretudo, em inter-relação com as normas penais de fundo. Giovanni Leone, em seu *Tratado de direito processual penal*, t. I, confere à norma processual penal dois sentidos: um estrito, quando disciplina a "declaração de certeza da **notitia criminis** da execução da providência do juiz penal", e um amplo quando disciplina "a declaração de certeza das responsabilidades civis conexas com o delito." Portanto, n'um sentido estrito, vincula-se à prevenção criminal; e, n'um sentido amplo, ao direito processual civil.

Por estas e outras conexões, em linhas gerais, entendemos seja cabível, as "Meditações..." de Miguel Angel Ciuro quando, graficamente, dispõe sobre as funções integradoras das normas na dimensão jurídica: "como espelhos côncavos e convexos prescrevendo para o real e o transformando."

A norma, inclusive a processual, se propõe a um "futuro atuante", na linguagem de Sebastián Soler, in *Intrepretación de la ley*,

1962, p. 104: (* a tradução é nossa).

(... se produz um despreendimento que as autonomiza dos laços psicológicos que as uniam ao passado, para entrar n'um ordenamento jurídico dotado de um dinamismo próprio, projetando, por sua vez, um futuro atuante sobre a realidade jurídica.”

É de se ressaltar que esta projeção de futuro não é, simplesmente, uma proposta, porquanto dotada de imperatividade, combinando um preceito com uma sanção (privação de um bem jurídico).

Não se trata de um mero guia de conduta.

Capítulo III Norma Processual Penal

Para Clemente Diaz (Instituciones de derecho procesal, t. I, 1968, p. 52, apud. El funcionamiento del Derecho Procesal Penal, 1985) a norma processual “é uma norma jurídica destinada a regular a função jurisdicional do Estado”, ou como prefere Ricardo Levene (Normas procesales in Enciclopedia jurídica Omeba), são normas que regulam o desenvolvimento da atividade necessária para alcançar os fins do processo.

Ora, o gênero próximo da norma processual penal é a norma processual.

Logo, a norma processual penal disciplina as atividades processuais, dispondo sobre a conduta das partes (em sentido amplo) e do órgão jurisdicional. Regula o que deve fazer e o que se pode ou não fazer no processo.

Portanto, não é indevido afirmar que as normas processuais penais disciplinam uma atividade em direção a um juízo.

Como normas instrumentais, têm em si a característica de servirem de meio para a atuação do direito de fundo, regulando a função estatal de elidir conflitos, garantindo a paz social pela atuação do direito objetivo.

Pelo seu caráter formal (e não formalista e farisaico), estabelecem as formas como as atividades estatais devem caminhar em busca da certeza para a aplicabilidade da pretensão punitiva.

* * *

* Vejamos, então, um conceito da norma processual penal que nos parece uma boa hipótese de trabalho.

A extraímos do livro O Funcionamento do Direito Processual Penal, 1985, de Pedro J. Bertolino, pág. 41: (* a tradução é nossa).

“é a captação lógico-jurídica do ordenamento que regulamenta, mandando, proibindo ou permitindo, o modo de realizar o conjunto de atividades necessárias para a obtenção do pronunciamento jurisdicional de mérito e sua eventual execução, para assim atuar justamente, o direito penal de fundo.”

* * *

* Pela visão estruturalista que, chegamos a impor ao nosso trabalho, fazemos lembrar da atuação efetiva do direito constitucional.

Estruturalmente, é o processo penal articulação heterônoma que mediante a obediência de um procedimento contraditório previamente estabelecido (Art. 5º, LV Const. Fed.) busca a realização coativa e imparcial da justiça penal.

Para isto, encerramos três enfoques – sujeito, objeto, atividade.

O direito processual penal dispõe sobre o comportamento de certas pessoas (juiz, promotor, acusado, testemunha, perito...), fazendo referência a certo objeto (pretensão acusadora) sobre o qual recai a atividade processual. Daí, inferirmos que o delito (que desencadeia a pretensão acusadora) é histórica e logicamente anterior ao processo.

A fim de deixar bem expresso o que dizemos, afirmamos que adotamos o ponto de vista de incluir as noções de procedimento (processo como guia de conduta que deve submeter os sujeitos processuais principais e acessórios) no bojo do processo.

O juiz (inclusive membros dos tribunais) haverá de se ater às normas sem que com isto se confunda a vontade geradora da norma com a sua atividade projetada. Não havendo esta necessária compatibilidade, cairíamos no caos da inconveniente insegurança.

Quando diante do quadro das possibilidades normativas não mais for possível enquadrar a solução que a sociedade refute por razoável, deverão, n'uma democracia representativa, os parlamentares, representantes da sociedade, promover as alterações apontadas.

Note-se, no entanto, que um caso judicial sempre se resolve pela totalidade do ordena-

mento jurídico e não por uma só de suas partes, assim como o peso d'uma esfera gravita sobre a superfície em que jaz, mesmo que seja um só o ponto porque toma contacto, como disse Carlos Cossio.

Daf, admitimos que, na atividade de interpretação, não se deva estar à margem da realidade social; porém não chegamos ao extremo da interpretação "contra-legend", como propugnam alguns eminentes sociólogos do direito.

Capítulo IV Norma e Texto Legal

É de se reconhecer que a norma jurídica se apresenta ao conhecimento através de palavras que tratam de expressar pensamentos, prescrições.

Entretanto, entendemos, não se deve identificar uma unidade jurídica (a norma) com uma unidade gramatical (o texto).

Esta afirmação vem, também, sedimentada nas "Experiências...", págs. 10 e ss. de Diez Picazo, que, em suma, diz que a despeito de não ser necessário as normas se apresentarem em textos, dado não ser a forma escrita elemento essencial ao direito, esta é uma de suas características mais salientes, sobretudo do direito dos tempos modernos.

Talvez por isto seja corriqueiro, na prática, confundir-se a norma jurídica com o texto legal.

Isto tanto mais parece fortalecido quando refletimos sobre a comparação efetivada por Cossio há pouco apresentada.

Alguns, mesmo, chegam a asseverar (Diez Picazo, ob. cit.) que a norma jurídica não se apresenta n'uma só disposição ou texto, mas é construída mediante conexão.

Logo, em nossa monografia, não se está cerceando espaços à atividade do intérprete (órgão jurisdicional), apenas não é aferente à interpretação "contra-legend."

* * *

* Um outro ponto pretendemos fique claro, é que pelo fato de ter apresentado uma imagem posta por Carlos Cossio, isto não significa que estejamos a adotar sua doutrina egológica, tendo a norma processual, enquanto um juízo disjuntivo (para ele o instrumento lógico adequado para suas variadas possibilidades).

Se assim procedêssemos, pensaríamos a norma processual no mundo das condutas, e não enquanto prescrição de carácter lógico.

* * *

Esperamos ter feito acompanhar o leitor em nosso raciocínio, ao dispor que se as normas processuais penais conferem direitos, faculdades e potestades àqueles que funcionam no processo, também impõem obrigações, deveres e sujeições. Isto para não falarmos nos encargos, pois os vislumbramos como potestade – sujeição (p. ex., art. 156 C.P.P. brasileiro – A prova da alegação incumbirá a quem a fizer...).

Assim, a norma se por um lado distribui "potências", por outro firma "impotências"; ou melhor, por isto resta patente a sua estrutura bilateral.

* * *

* A quem tenha sido mais atento ficou, pelo apresentado, evidente a nossa postura de não enxergar nas normas meras ordens, mas, como Kelsen, ter nelas avistado juízos hipotéticos. A norma jurídica geral reveste a forma de um juízo hipotético. (Nota: Mesmo não admitindo de todo um Kelsen mais formalista, seria irrazoável não reconhecermos seu valor).

Capítulo V Classificações das Normas. Um problema de perspectivas

García Maynez, em sua "Introducción...", afirmou que classificar é um problema de perspectiva, e teriam valor as classificações desde que atendessem a exigências de ordem prática ou a necessidades de sistematização.

Ao nosso ver, a necessidade de sistematização se enquadra n'uma exigência prática.

E é dentro desta inclinação prático-sistemática que apresentaremos certas classificações, tendo por estrela guia a interconexão entre a norma processual penal e a justiça, bem como os demais valores que lhe amparam.

I. normas de ação, de estrutura e organização

As normas que vimos a denominar de ação, assim o fizemos, por entendermos ser o mais adequado. Afinal, seriam aquelas que têm por objeto uma ação – proibindo-a ou a determinando.

As normas de estrutura seriam aquelas que

prescrevem requisitos e procedimentos pelos quais decorrem as normas de ação.

Podemos dizer que as normas processuais penais são normas de ação, enquanto regulam a conduta dos sujeitos processuais, ou que são normas de estrutura se as visualizarmos sob a perspectiva do pronunciamento jurisdicional de mérito, porquanto prescrevem o procedimento adequado para a prolação da sentença (norma individual).

* Maier, em sua "La ordenaza", chegou a cindir o direito processual penal em direito processual em sentido estrito, destinado a regular o procedimento; e direito processual de organização judiciária, destinado a instituir e estruturar os organismos processuais penais. Este último comportaria as chamadas normas de organização.

II. Normas gerais e individuais

Novamente, buscamos amparo em Recasens Siches, *Introducción...*, onde as distinguindo, firma serem as normas gerais aquelas que obrigam a todos os que se encontrem sob a previsão normativa, enquanto as normas particulares obrigam determinadas pessoas (como p. ex. negócios jurídicos), e as normas individuais obrigam as pessoas singularmente determinadas.

Assim, temos por corolário que as normas processuais penais, nesta classificação, podem se enquadrar na categoria de normas gerais com os seus dois elementos de estrutura: o tipo legal e a consequência jurídica.

Surge, então, oportunidade de indagarmos sobre a possibilidade de normas processuais penais individuais. Para alguns (p. ex. Pedro Bertolino, *ob. cit.*) elas existem e se amparam em exemplos como o da prisão preventiva e do arresto (note-se que, no direito positivo brasileiro, doutrina de nomeada – Magalhães Noronha atribui maior pertinência à locução arresto que à expressão seqüestro nos arts. 136 e 137 C.P.P. do Brasil)..., ressalvando-se que a procedência da inserção de tal classificação dá-se em sentido amplo.

Os argumentos não convencem. Em sentido amplo, dizem, para justificar o que propriamente não o é.

III. Normas principais e acessórias.

São principais, enquanto básicas para disciplinar as instituições que são fundamentais à

específica estrutura jurídica.

No processo penal, as temos ao lado das acessórias.

O Art. 563 C.P.P. brasileiro, que versa sobre o regime das nulidades, comporta norma dita principal (Art. 563 – Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa).

IV. Normas coativas e supletivas.

Por regra geral, encontraremos, no processo penal, normas que, no ponto de vista classificatório adotado, devem ser enquadradas dentre as coativas, não se podendo assentir pelo seu não cumprimento. Sendo as normas processuais chamadas de direito público, isto era de se esperar.

V. Normas rígidas e flexíveis.

São rígidas quando não dão oportunidades ao arbítrio judicial, e flexíveis quando conferem ao órgão julgador certa liberdade de valoração.

Se por princípio, face ao seu carácter público, as normas de direito processual penal são rígidas, as encontraremos, também, enquanto flexíveis.

Dado o relativo arbítrio judicial na aplicação da pena e o livre convencimento (persuasão racional) do juiz, mesmo que alicerçados na motivação de decisão, garantia de índole constitucional (Art. 93, IX Const. Fed.) contra excessos e falhas de raciocínio, é óbvio contarmos, também, neste ramo jurídico, com normas flexíveis. Há todo um espaço para a valoração do juiz.

* * *

* Solicitando que o leitor venha a refletir sobre tudo o que apresentamos, dado que a ele cabe o cuidado de interpretar, passamos à nossa conclusão.

CONCLUSÃO

Pautamo-nos, nesta monografia, em dois expoentes da cultura jurídica internacional: Enrico Tullio Liebman e Hans Kelsen. Naturalmente, não os seguimos em tudo, procurando sempre justificarmos as nossas tendências.

Além do mais, durante a elaboração, novas idéias nos iam surgindo e, caso não sucumbissem a um ponderado espírito de refutação, as incluíamos no texto.

Não pretendemos, aqui, dispor o nosso

trabalho em resumo (se o fizéssemos seríamos contraditórios com o que defendemos), mas selecionar certos pontos básicos:

I. não basta a superioridade em força física, bélica ou intelectual para se adquirir a faculdade da linguagem jurídico-diretiva (competência). Há de ser observado um modo institucionalizado, proveniente do Poder Público, de direção de comportamentos;

II. o processo, apesar do seu caráter técnico, é dotado da importante qualidade de ser um instrumento ético.

Discordamos, portanto, de que se encontre no Direito Processual Penal a “cenerentola” (a “gata borralheira”, in *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, 1961, págs. 13 a 21, Carnelutti) de outros tempos.

É na conexão entre a disciplina do processo e o regime constitucional que se nos apresenta a via de desenvolvimento a se pretender atingir.

Certas portarias, circulares, avisos, ainda hoje, em praxe, apresentam-se como superiores,

em eficácia, aos princípios constitucionais. Isto haverá de ser abolido do “normal”.

Couture, Liebman, já, apontavam pela transformação do processo de mero instrumento em garantia de liberdade n'um sistema unitário do ordenamento jurídico. Foi o que defendemos;

III. se descobrir a verdade é a primeira lei do processo (Prólogo à *Prática Civil e Comercial*, pág. V, Barão de Ramalho), e discutir os fatos e o direito é o meio indispensável, dizemos que é insofismável a relativa unidade entre o processo civil e o penal.

Esta é a nossa postura, tanto que, sob este critério, adotamos a bibliografia que nos serviu de base.

* * *

* Enfim, terminamos este opúsculo na certeza de não ser o Direito Processual Penal um simples conjunto de normas acessórias de aplicação do direito material, porém um importantíssimo instrumento público de realização de justiça.

BIBLIOGRAFIA

- 1 – AFTALION, Enrique R. OLANO, Fernando Garcia. VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. 11ª Edición. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980.
- 2 – BERTOLINO, Pedro J. **El Funcionamiento del Derecho Processal Penal**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985.
- 3 – BOBBIO, Norberto. **Dalla Struttura alla Funzione – Nouvi Studi di Teoria del Diritto**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.
- 4 – CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974.
Teoria Geral do Processo. 7ª ed. Atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- 5 – COLUCCI e ALMEIDA, Pinto de. **Lição de Teoria Geral do Processo**. Curitiba: Juruá Editora, 1990.
- 6 – FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Assistência José Baptista da Luz e revista e atualizada por inúmeros especialistas. **Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. 11ª ed. Editora Gamma.

- 7 – GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- 8 – ITÁLIA, Costituzione della Repubblica Italiana. 2ª ed. Roma: Bonacci Editore, 1974.
- 9 – JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**. 7ª ed. atual. e aumentada. S. Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- 10 – KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- 11 – KELSEN, Hans. **Teoria General del Derecho y del Estado**. Tradución de Eduardo Garcia Mayrez. 2ª ed. México. Imprenta Universitária, 1958.
- **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.
- **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1985.
- 12 – MARQUES, José Frederico. **O Direito Processual em São Paulo**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- 13 – NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- **Curso de Direito Processual Penal**. Atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- 14 – SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1.
- 15 – TORRE, Abelardo. **Introducción al Derecho**. 6ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1972.
- 16 – TUCCI, Rogério Lauria. **Princípio e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- 17 – TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério da Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo (Regramentos e Garantias/ Constitucionais do Processo)**. São Paulo: Saraiva, 1989.