

COMO UMA "SOLUÇÃO CRIATIVA" PODE ACABAR COM UM PRINCÍPIO SECULAR DO DIREITO

Autor: Rômulo de Andrade Moreira, Procurador de Justiça no Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal na Universidade Salvador - UNIFACS

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº. 101473, que trata da possibilidade de convocação excepcional de Juízes de primeiro grau para integrar câmaras julgadoras, entendeu que tal convocação não ofende o Princípio do Juiz Natural. No caso julgado, o recurso de apelação interposto pela defesa havia sido desprovido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de órgão colegiado (apenas) presidido por Desembargador, tendo como demais integrantes (todos) Juízes de Direito convocados.

Na sessão em que o julgamento foi iniciado, em setembro de 2015, o relator do Habeas Corpus, Ministro Marco Aurélio, votou no sentido de deferir a ordem para anular o acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal paulista, pois, segundo ele, *"a convocação de Juízes é cabível apenas nos casos de substituição a Desembargador previstos na Lei Orgânica da Magistratura. Se o Tribunal está composto por um certo número de Desembargadores, descabe ter-se, além destes, mais tantos Juízes convocados para, numa alternância sem previsão na Constituição ou em lei, revezarem-se na composição do órgão colegiado julgador"*, ressaltando que, no caso, não se tratou de julgamento por órgão composto majoritariamente por juízes de primeira instância convocados, mas exclusivamente, pois *"o Presidente da câmara criminal não votou, e o Tribunal de Justiça, juízo natural para processar e julgar apelações contra sentenças prolatadas por juízo de vara criminal, fez-se presente apenas no campo formal, se tanto"*. Esse entendimento foi seguido pelo Ministro Edson Fachin.

A questão voltou à Turma na sessão do último dia 16 de fevereiro com a apresentação do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, que divergiu do relator. Para ele, *"a solução criativa (sic) encontrada por alguns tribunais do país, longe de caracterizar a criação de juízos de exceção ou ad hoc, teve a virtude de tentar concretizar uma prestação jurisdicional célere e efetiva, em plena conformidade com a garantia constitucional da razoável duração do processo, isto é, sem vulnerar as garantias fundamentais do processo, especialmente porque observados critérios objetivos e com expressa autorização legal."*

O (criativo) Ministro destacou que o órgão colegiado foi composto majoritariamente por Juízes convocados, e não exclusivamente. *"Embora sem voto no julgamento, um Desembargador integrante do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo presidiu a sessão"*, afirmou. Segundo ele, não houve *"ofensa ao princípio do juiz natural"*, tampouco *"violação ao art. 94 da Constituição Federal de 1988, que disciplina a forma de composição dos Tribunais de segundo grau, que não se confunde com a convocação excepcional de Magistrados para a atuação no Tribunal de segundo grau diante da premente necessidade do serviço"*. Acompanharam esse entendimento o Ministro Luiz Fux e a Ministra Rosa Weber.

O equívoco foi manifesto (mais um!). Feriu-se com uma naturalidade absurda o Princípio do Juiz Natural ("solução criativa"?), previsto na Constituição Federal em pelo menos dois incisos do art. 5º.: XXXVII (que veda os tribunais de exceção) e LIII (assegurando que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente); e também consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.1) e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14.1).

Sua origem remonta, segundo Ferrajoli, ao pensamento iluminista francês do século XVIII e às declarações revolucionárias de direitos: "*Y en 1766 la expresión 'juez natural' hizo su primera aparición en la voz 'Juge (Jurisp.)' de la Encyclopédie, para designar precisamente, y en oposición a los jueces comisarios o extraordinarios, al 'juez ordinario' dotado de competencias legalmente establecidas y no instituido después de la ejecución del hecho.*"¹

Este princípio está consagrado nas mais diversas legislações. Na Itália, por exemplo, dispõe o art. 25 da Constituição que "*ninguém poderá ser subtraído do juiz natural estabelecido pela lei*", bem como que "*a função jurisdicional será desempenhada por Magistrados ordinários instituídos e regulados pelas normas relativas ao ordenamento judicial*", não podendo "*ser instituído juízes de exceção nem juízes especiais.*" (art. 102).

Com efeito, "*l'ordinamento costituzionale appresta ulteriori garanzie alla funzione giurisdizionale. In particolare, attraverso la previsione del principio della precostituzione per legge del giudice da un lato si istituisce una riserva assoluta di legge in materia di competenza dei giudice, vietandosi nel contempo che la competenza stessa possa essere determinata da fonti secondarie o da atti non legislativi; dall'altro si prescrive la individuazione del giudice competente con riferimento alla situazione anteriormente al fatto da giudicare, impedendo che il giudice possa essere individuato ex post. Con il principio del giudice naturale precostituito per legge si assicura, nello stesso tempo, l'imparzialità di chi esercita la funzione giurisdizionale.*"²

Em Portugal, o art. 32.9 da Constituição afirma que "*nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior*". Comentando este dispositivo, Canotilho e Vital Moreira esclarecem que por ele proíbe-se "*a atribuição da competência a um tribunal diferente do que era legalmente competente à data do crime*", sendo que "*a exigência constitucional vale claramente para os juízes de instrução e para os tribunais colectivos.*"³

Na Espanha, tal princípio também tem natureza constitucional. Com efeito, o art. 24.2 da Constituição espanhola estabelece que "*todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley*", proibindo-se expressamente, no art. 117.6, "*los Tribunales de excepción.*" Comentando o Direito espanhol, Jorge Clariá Olmedo adverte que "*cuando la Constitución prohíbe sacar al ciudadano del juez designado por la ley antes del hecho de la causa, en primer lugar exige la legalidad del nombramiento y la correcta constitución del juez o tribunal; en segundo lugar exige que el órgano jurisdiccional que há de intervenir en cada caso sea el instituído previamente aun cuando, sin violación de la ley, se sustituya la persona del funcionario que ha de cumplir o cumple el oficio judicial. (...) Lo expuesto nos permite concluir que en materia penal el principio des juez natural es, principalmente, garantía para el*

¹ Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 591.

² Consiglio Superiore della Magistratura, Il Sistema Giudiziario Italiano, Roma, 1999, p. 15/30.

³ CANOTILHO, J. J. GOMES e MOERIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 525.

*imputado durante toda la sustanciación del proceso, y no solamente para el juzgamiento en su sentido estricto: sentencia o plenario."*⁴

Por fim, podemos ainda citar a Constituição da Alemanha: "Art. 101 [Proibição de tribunais de exceção] (1) São proibidos os tribunais de exceção. Ninguém pode ser privado de seu juiz legal. (2) Tribunais para matérias especiais só podem ser instituídos por lei." A propósito, analisando a competência penal no Direito alemão, Roxin afirma que "la finalidad de un régimen de competencia legal relativamente complicado y detallado consiste justamente en que para cada hecho punible esté previsto un órgano de decisión judicial determinado legalmente, con lo cual no queda posibilidad alguna para que la persona del juez que decide sea elegida arbitrariamente según criterios no objetivos."⁵

Na América, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu acerca de alguns casos de violação do Princípio do Juiz Natural, podendo ser citados o caso Castillo Petruzzi e Outros vs. Peru (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf), caso Cesti Hurtado vs. Peru (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_56_esp.pdf) e o caso Baruch Ichver Bronstein vs. Peru (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf).

Ora, Juiz convocado, em definitivo, não é membro efetivo de Tribunal, nos termos do art. 94 da Constituição Federal. Logo, uma decisão proferida por um órgão colegiado de um Tribunal em que apenas votaram (portanto, julgaram) Juízes convocados é nula e assim deveria ter sido declarada pela Suprema Corte que, mais uma vez, descuroou-se de seu papel constitucional e ignorou solenemente a Constituição Federal.

Haveremos de perguntar, como Cícero: "Até quando, Catilina, abusarás da nossa paciência? Por quanto tempo ainda há de zombar de nós a tua loucura? A que extremos se há de precipitar a tua audácia desenfreada? (...) Nem os temores do povo, nem a confluência dos homens honestos, neste local protegido do Senado, nem a expressão do voto destas pessoas, nada consegue te perturbar? Não percebes que teus planos foram descobertos? Não vês que tua conspiração foi dominada pelos que a conhecem? Quem, entre nós, pensas tu que ignora o que fizeste na noite passada e na precedente, onde estiveste, a quem convocaste, que deliberações foram as tuas? O tempora, o mores!"

É preciso atentar para Dworkin: "Todo funcionario jura lealtad a la Constitución, y es así que tiene la responsabilidad de desafiar la voluntad popular cuando las garantías constitucionales están en juego. Pero esa responsabilidad es más vívida cuando se solicita a los jueces que evalúen las leyes promulgadas previamente, es decir, las leyes consideradas tácitamente constitucionales por otros funcionarios. Los jueces reclaman así un derecho e un deber a tomar posición frente a lo que los representantes de la mayoría consideran apropiado y en interés de la comunidad como un todo."⁶

Se os Tribunais brasileiros não estão dotados de estrutura suficiente para prover os seus quadros, que sejam encontradas soluções para o caos, mas não "soluções

⁴ OLMEDO, Jorge A. Clariá, Tratado de Derecho Procesal Penal, Volume I, Nociones Fundamentales, Buenos Aires: Ediar, 1960, p. 240/241.

⁵ ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 31.

⁶ DWORKIN, Ronald, Derechos, Libertades y Jueces, México: Tirant lo Blanch, 2015, p. 216.

criativas", como quer o Ministro Barroso, muito menos que firmam a Constituição Federal e os seus princípios. Veja Boaventura de Souza Santos:

*"As reformas de organização e gestão da administração da justiça constituem, hoje, uma das principais apostas das agendas de reformas da justiça em muitos países. No seu lastro está a ideia de que o deficit de organização, gestão e planejamento do sistema de justiça é responsável por grande parte da ineficiência e ineficácia do seu desempenho funcional e de muitos desperdícios. Considero, por isso, essencial a adoção de medidas que visem, designadamente, a alteração de métodos de trabalho, uma nova organização interna dos tribunais, maior eficácia na gestão de recursos humanos e materiais e de fluxos processuais e uma melhor articulação dos tribunais com outros serviços complementares da justiça."*⁷

Para terminar vejamos este episódio ocorrido no século XVIII e descrito pelo escritor francês François Andriex, no conto intitulado "O Moleiro de Sans-Souci":

*"Frederico II, Rei da Prússia, passou para a história como símbolo de déspota esclarecido. Amigo de Voltaire, com este compartilhava a ceia no castelo de verão em Postdam, nas cercanias de Berlim. O castelo, construído pelo monarca na encosta da colina, foi batizado com um nome curioso: sans-souci, termo francês que quer dizer sem-preocupação. Sans-souci também era o nome de um moinho da região, e de seu dono, imortalizados nos versos de François Andriex, cujo título é Le meunier de sans-souci, ou seja, o moleiro de sans-souci. Começa o poema dizendo que o homem é um estranho problema, e indagando: quem de nós é fiel a si mesmo o tempo todo? Com base nesse mote, passa a narrar o episódio. O Rei resolveu construir para si um refúgio agradável, onde mais do que beber e caçar, pudesse degustar não só finas iguarias, mas refinados saberes, na companhia de intelectuais como Voltaire. Porém, quando quis ampliar o castelo, deparou-se com um problema na vizinhança, o dito moinho que impedia a sonhada ampliação. Seu dono, o moleiro Sans-souci, era um pacato vendedor de farinha que vivia cada um dos seus dias livre de ansiedade e preocupação, daí seu nome e o do moinho. Às investidas insistentes do rei para comprar-lhe o moinho, o moleiro disse não. Dinheiro algum o faria desfazer-se daquele pedaço de chão, onde seu pai morrera, berço e morada de seus filhos. Inconformado, disse o Rei ao moleiro: — Você bem sabe que, mesmo que não me venda a terra, eu, como rei, poderia tomá-la sem nada lhe pagar. Mas o moleiro retrucou com a célebre frase: O senhor! Tomar-me o moinho? Só se não houvesse juízes em Berlim."*⁸

Pois bem. Diante de mais uma decisão desse jaez, pergunto, como o moleiro: será que ainda há Ministros no Supremo Tribunal Federal!?

⁷ SANTOS, Boaventura de Souza, Para uma Revolução Democrática da Justiça, São Paulo: Cortez, 2011, 3ª. edição, p. 77.

⁸ <http://mitosemetaforas.blogspot.com.br/2014/11/ainda-ha-juizes-em-berlim.html>, com acesso dia 21 de fevereiro de 2016.