



ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 6 Número 2 maio/ago. 2011



RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NO PROCESSO PENAL ELEITORAL BRASILEIRO: SOLUÇÃO DA ANTINOMIA APARENTE GERADA PELO § 4º DO ART. 394 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

ROBERT STEVEN VIEIRA TAVES¹

Resumo

O presente artigo constata a antinomia causada pelo § 4º do art. 394 do Código de Processo Penal entre os procedimentos penais eleitorais e o procedimento penal comum de recebimento da denúncia e absolvição sumária. O tema é abordado por uma perspectiva teórica e hermenêutica para discutir uma solução para o conflito normativo.

Palavras-chave: Processo penal eleitoral. Recebimento da denúncia. Absolvição sumária. Antinomia.

Abstract

This article points to the antinomy generated by the §4 of Art. 394 of the Code of Criminal Procedure between electoral prosecutions and the common proceedings for complaint reception and summary acquittal. The subject is approached by a theoretical and hermeneutic perspective towards discussing a solution to the normative conflict.

Keywords: Electoral criminal procedure. Receipt of complaint. Summary acquittal. Antinomy.

¹ Graduado e mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Assessor do Procurador Regional Eleitoral da 1ª Região.

1 Introdução

A dogmática processual penal eleitoral só será um microsistema de normas jurídicas por sério esforço hermenêutico. A insuficiente disciplina processual penal na Lei nº 4.737/1965 – Código Eleitoral – já é um desafio interpretativo e argumentativo. A essa condição se somam as constantes alterações episódicas do Decreto-Lei nº 3.689/1941 – Código de Processo Penal –, aplicável de forma subsidiária, mas importante, ao processo penal eleitoral, segundo a sistematicidade e o art. 364 do Código Eleitoral.

Interessante discussão surge com a Lei nº 11.719/2008, a qual, dentre outras disposições, alterou a redação dos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal, agora referentes ao recebimento da denúncia e absolvição sumária no procedimento comum. Ademais, a Lei nº 11.719 revogou o art. 398 e deu nova redação ao art. 394, prevendo em seu § 4º que: “As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código”.

O intérprete e aplicador do Direito precisa da referência contrafactual de um ordenamento sistemático e se encontra, pois, diante da questão: os arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal também se aplicam aos procedimentos especiais do processo penal eleitoral previstos nos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral, se perante juízes eleitorais, e nos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990, se em tribunais? A solução dessa questão é o objeto deste artigo, que abordará o tema sob a perspectiva teórica geral e hermenêutica.

2 Procedimentos penais eleitorais e disciplina de recebimento de denúncia e absolvição sumária no Código de Processo Penal

Antes de abordar a solução para a questão, é preciso esclarecer se ela de fato existe e em que consistiria. Cumpre, para isso, rememorar o procedimento penal eleitoral perante juízes eleitorais e o originário em tribunais, contrapondo-os à nova disciplina sobre recebimento da denúncia e absolvição sumária prevista nos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal. Apenas se houver diferenças entre as disciplinas procedimentais é que restará configurado o conflito de normas.

O rito processual penal eleitoral perante juízes eleitorais, em vista do caráter público incondicionado da ação, previsto no art. 355 do Código Eleitoral, em regra, inicia-se com o oferecimento de denúncia. A inicial acusatória deve ser ajuizada por escrito, com especificação de provas e rol de testemunhas em até dez dias, nos termos do art. 357 do referido código. Doutrina de peso sustenta que, em face da omissão da legislação eleitoral sobre a circunstância de o réu estar preso, é aplicável subsidiariamente o art. 46, *caput*, do Código de Processo Penal, sendo o prazo nesse caso de cinco dias e não de dez dias (PONTE, 2008, p. 126; OLIVEIRA, 2010. p. 793).

A inobservância do prazo pelo Ministério Público Eleitoral consubstancia crime e falta funcional, previstos nos arts. 342 e 357, § 3º, do Código Eleitoral. Nessa hipótese, deve o juiz eleitoral representar contra o membro do *Parquet*, sob pena de também incorrer em crime, e remeter os autos ao Procurador Regional Eleitoral, nos termos dos arts. 343 e 357, § 1º e 3º, do Código Eleitoral e do art. 28 do Código de Processo Penal.

Segue-se o recebimento da denúncia que somente será rejeitada nas hipóteses do art. 358 do Código Eleitoral por atipicidade, extinção da punibilidade ou não implemento de condição da ação.

Recebida a denúncia, somente então o réu deverá ser citado pessoalmente, intimando-se acusação e defesa para audiência em que será colhido “depoimento pessoal” do réu, nos termos do art. 359 do Código Eleitoral. Não há dúvida, em que pese a terminologia empregada, de que se trata de verdadeiro interrogatório, meio de defesa disciplinado pelos arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal (COÊLHO, 2010, p. 569).

Realiza-se, então, audiência de interrogatório, da qual réu e defensor saem intimados, com início imediato do fluxo do prazo (CÂNDIDO, 2006. p. 697; CORDEIRO, 2006. p. 234/235; SILVA, 2006. p. 145/146), para oferecer defesa escrita em dez dias, especificando provas e rol de testemunhas, com fulcro no art. 359, parágrafo único, do Código Eleitoral.

A redação do parágrafo único do art. 359 do Código Eleitoral leva Cordeiro e Silva (2006, p. 246/247) a sustentarem que a defesa não precisa ser subscrita por advogado, embora discordem da disposição legal. Porém, o entendimento mais consentâneo com a exigência legal de capacidade postulatória e o caráter essencial à Justiça do advogado exige que a defesa escrita seja assinada por profissional inscrito na OAB, caso contrário inexistirá (CÂNDIDO, 2006. p. 696/397).

A partir desse ponto, o procedimento não mais seria afetado pelo advento de nova disciplina para o recebimento da denúncia e absolvição sumária, razão pela qual não importa tanto a este trabalho e será ainda mais resumido. Assim, o feito deverá seguir para saneamento, apreciação dos pedidos e, então, para instrução com a realização de audiência, no fim da qual é possível requerer diligências complementares, conforme art. 360 do Código Eleitoral. Acusação e defesa deverão apresentar alegações finais e, conclusos os autos em até quarenta e oito horas, o juiz terá dez dias para proferir sentença, segundo se extrai dos arts. 360 e 361 do referido diploma.

A disciplina de recebimento de denúncia e absolvição sumária prevista nos arts. 395 e 397 do Código de Processo Penal, a seu turno, guarda diferenças significativas quanto à forma de realização de tais atos no procedimento especial penal eleitoral.

Segundo o Código de Processo Penal, oferecida a denúncia, o magistrado deverá deliberar sobre seu recebimento, rejeitando-a apenas nas hipóteses do art. 395, quais sejam, inépcia, falta de condição da ação ou pressuposto processual e ausência de justa causa.

Recebida a denúncia, o réu deverá ser citado pessoalmente para, em dez dias, oferecer resposta à acusação, a qual deverá conter todas as alegações preliminares e poderá deduzir qualquer questão de mérito, especificando provas e arrolando testemunhas, com fulcro nos arts. 396 e 396-A. A ausência de resposta escrita impõe a nomeação de defensor para oferecê-la para o réu indefeso, segundo preceitua o § 2º do art. 396-A.

Oferecida a defesa, cabe ao magistrado absolver o réu sumariamente ou não nas hipóteses taxativas do art. 397 do Código de Processo Penal por verificar causa excludente da ilicitude, causa excludente da culpabilidade, salvo inimputabilidade, atipicidade manifesta ou extinção da punibilidade.

O confronto dos dois ritos permite constatar que o procedimento especial penal eleitoral se difere em três pontos da disciplina de recebimento da denúncia e absolvição sumária do Código de Processo Penal.

A primeira diferença reside nas hipóteses de rejeição da denúncia, pois o art. 358 do Código Eleitoral prevê que a denúncia será rejeitada por atipicidade, extinção da punibilidade ou não implemento de condição da ação. Verifica-se que o Código Eleitoral reproduz nesse ponto o disposto no antigo art. 43 do Código de Processo Penal, o qual foi revogado pela

própria Lei nº 11.719/2008. Sobre as hipóteses de rejeição, com exceção da ausência de condição da ação, as demais hipóteses dizem respeito ao próprio mérito da ação penal ou questão a ele prejudicial.

A nova disciplina do recebimento da denúncia no Código de Processo Penal está prevista no seu art. 395, segundo o qual ocorrerá a rejeição por inépcia, falta de condição da ação ou pressuposto processual e ausência de justa causa. Todas essas justificativas apresentam cunho eminentemente processual, preliminar ao mérito da ação penal. Assim, a análise de questões prejudiciais e de mérito foi concentrada na apreciação da possibilidade de absolvição sumária e na prolação de sentença, quando já devidamente constituída a relação processual.

A segunda diferença está na continuação do procedimento. No procedimento especial penal eleitoral, ao recebimento da denúncia, segue-se interrogatório e então resposta escrita, segundo o art. 359 do Código Eleitoral. A ordem desses atos se altera na atual disciplina do Código Processual Penal, pois, do recebimento, prossegue-se direto para resposta escrita, com fulcro no art. 396 do Código Processual Penal, de forma que o interrogatório é realizado na audiência de instrução e julgamento.

A última diferença está na inexistência de previsão de absolvição sumária no procedimento especial eleitoral. O art. 397 do Código de Processo Penal, a seu turno, prevê essa possibilidade nas hipóteses de se constatar causa excludente da ilicitude, causa excludente da culpabilidade, exceto a inimputabilidade, atipicidade manifesta ou extinção da punibilidade. As justificativas são questões prejudiciais ou de mérito que, mesmo em análise perfunctória e em juízo de prelibação, podem ser aferidas.

Cumprido realizar a mesma análise com relação ao procedimento de julgamento dos crimes eleitorais de competência originária dos tribunais que seguem os arts. 1º

a 12 da Lei nº 8.038/1990. Embora inicialmente esse diploma apenas se aplicasse aos procedimentos de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a Lei nº 8.658/1993 determinou a aplicação dos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990 também aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais. Nesse mesmo sentido e por aplicação analógica, a jurisprudência consagrou sua aplicação também às Cortes Eleitorais (TSE HC nº 266/RJ – rel. min. Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite – DJ 15/12/1995, p. 44127. TSE HC nº 237/RS – DJ 18/11/1994, p. 31430. TSE REspE nº 12.748/RS – DJ 07/04/2000, p. 126. TSE HC nº 382/PR, DJ 14/09/2001, p. 145).

A denúncia deve ser oferecida em quinze dias da conclusão do procedimento administrativo investigativo, se solto o réu, ou em cinco dias, se preso, conforme prescreve o art. 1º, *caput*, § 2º, “a”, da Lei nº 8.038/1990.

O acusado, então, será notificado para oferecer resposta à acusação em quinze dias, com fulcro no art. 4, *caput*, Lei nº 8.038/1990, ato que equivale à citação e deve ser pessoal (CÂNDIDO, 2006. p. 719). A resposta deve ser acompanhada de todos os documentos de que o réu dispuser sobre os fatos e precisa ser assinada por advogado, conforme se extrai dos arts. 4º e 5º, *caput*, Lei nº 8.038/1990.

Apenas se a resposta vier acompanhada de novos documentos, o Ministério Público deverá ser novamente intimado e se manifestará sobre eles em cinco dias, de acordo com o art. 5º, *caput*, Lei nº 8.038/1990.

Conclusos os autos, o art. 6º da Lei nº 8.038/1990 determina que o relator pedirá a marcação de sessão para deliberação sobre o recebimento da denúncia, na qual serão lidas a denúncia e a resposta, haverá possibilidade de sustentação oral por quinze minutos, primeiro à acusação, depois à defesa, e, então, o tribunal decidirá. A Lei nº 8.038/1990 não prevê critérios específicos para a rejeição da denúncia, de forma que devem ser aplicadas as hipóteses previstas no art. 395 do Código de Processo Penal, quais sejam, inépcia, falta de

pressuposto processual ou condição da ação penal ou ausência de justa causa. A incidência das hipóteses do art. 358 do Código Eleitoral é impossível, porquanto este dispositivo não é geral e de aplicação supletiva, mas é regra especial, cuja aplicação se restringe ao procedimento de julgamento de crimes eleitorais por juízes eleitorais.

Sucessivamente e na mesma sessão, o próprio art. 6º, *caput*, da Lei nº 8.038/1990, prevê a possibilidade de o tribunal se manifestar sobre a “improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas”. A jurisprudência compreende que essa previsão refere-se às hipóteses de absolvição sumária, quando seria aplicável subsidiariamente o disposto no art. 397 do Código de Processo Penal (STJ – HC 22818/SP – T6 – rel. min. Hamilton Carvalhido – DJ 10/05/2004 p. 348. TRE/PR – AP nº 58 – rel. Luiz Fernando Tomasi Keppen – DJ 26/07/2010. TRE/RO – PET nº 11, Ac. nº 218/2009 – rel. José Torres Ferreira – DJ 27/08/2009, p. 98. TRE/MG – AP nº 26805 – rel. José Altivo Brandão Teixeira – DJEMG 22/07/2011). Esse entendimento também encontra amparo na doutrina de Oliveira (2010, p. 755/756), para quem o art. 397 do Código de Processo Penal seria aplicável inclusive com as alterações realizadas pela Lei nº 11.719/2008. Assim, seria a absolvição sumária cabível se verificada causa excludente de ilicitude, de culpabilidade, salvo inimputabilidade, atipicidade evidente ou extinção da punibilidade.

Finda a sessão, se recebida a denúncia e não houver absolvição sumária, tanto a acusação quanto a defesa dela sairão intimadas do dia e da hora do interrogatório, devendo o réu ser pessoalmente citado e intimado da realização desse ato, segundo se infere do art. 7º da Lei nº 8.038/1990.

O interrogatório ocorrerá em ato próprio e observará as mesmas regras previstas no Código de Processo Penal, em seus arts. 185 a 196. É possível a delegação de sua realização a juízo de primeira instância por carta de ordem, em razão do art. 9º, I, da Lei nº 8.038/1990. O réu e seu defensor saem da sessão ou

audiência de interrogatório intimados a oferecer defesa prévia em cinco dias, com fulcro no art. 8º da Lei nº 8.038/1990.

A defesa não é propriamente “prévia”, porquanto oferecida após o recebimento da denúncia. Nela devem ser alegadas todas as questões preliminares e podem ser suscitados todos os argumentos de mérito de que a defesa dispuser.

A partir desse ponto, o procedimento não seria alterado pelo advento de nova disciplina de recebimento da denúncia e absolvição sumária, razão pela qual será ainda mais resumido. Dessa forma, segue-se a realização dos atos de instrução, oportunidade para requerimento de diligências complementares e alegações finais em quinze dias, nos termos dos arts. 9º a 11 da Lei nº 8.038/1990. A sessão de julgamento será regulada pelo regimento interno, com sustentação oral de uma hora para acusação e defesa e de quinze minutos para o assistente, nos termos dos arts. 9º a 12 da Lei nº 8.038/1990.

O confronto desse procedimento, próprio do julgamento de crimes eleitorais de competência originária das Cortes Eleitorais, com a disciplina do Código de Processo Penal sobre o recebimento da denúncia e absolvição sumária, resulta em duas diferenças bem mais sutis.

O momento processual da apreciação da admissão da denúncia não é alterado, pois o art. 395 do Código de Processo Penal não prevê quando ele deverá ocorrer, mas apenas prevê as hipóteses de rejeição, as quais serão observadas, conforme esclarecido acima. A possibilidade de absolvição sumária e os critérios para que isso ocorra previstos no art. 397 do diploma ritualístico penal também serão os mesmos.

A diferença entre as disciplinas normativas processuais reside no momento em que será apreciada a possível absolvição sumária e na oportunidade em que poderá ser apresentada defesa escrita após o recebimento da denúncia.

O rito do Código de Processo Penal prevê que, após a decisão de recebimento da denúncia, a parte será citada e

intimada para oferecer defesa escrita em até dez dias. Somente depois do oferecimento dessa resposta ou do fluxo do seu prazo, o magistrado apreciará a possibilidade de absolvição sumária.

Diferentemente, no procedimento de julgamento dos crimes eleitorais de competência originária dos tribunais, há previsão de resposta à acusação em quinze dias, antes mesmo do recebimento da denúncia. Dessa forma, após o oferecimento da resposta ou escoado seu prazo, será apreciado o recebimento da denúncia e, se recebida, ato contínuo, caberá decidir sobre a absolvição sumária ou não, abrindo-se, então, prazo para defesa prévia.

Verificada a existência de diferenças entre os procedimentos penais eleitorais e o regime de recebimento da denúncia e absolvição sumária no Código de Processo Penal, caracterizando disciplinas divergentes e coexistentes sobre a mesma matéria, resta consubstanciada a antinomia.

3 A antinomia

Um dos atributos essenciais do ordenamento é a coerência, traduzido por Bobbio (1999, p. 79/80) como a não coexistência de normas incompatíveis. Essa orientação se transformou em um cânone da interpretação jurídica, pressuposto da própria compreensão do ordenamento como sistema normativo. O jurista italiano define a antinomia como “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade” (apud BOBBIO, 1999).

Nesse sentido, três são os requisitos para que duas ou mais normas jurídicas caracterizem uma antinomia. O primeiro é a incompatibilidade, que na contraposição em exame já foi minuciosamente demonstrada no ponto anterior deste trabalho. O segundo se refere à coexistência das normas em um mesmo ordenamento, o que não é difícil de se perceber no conflito de

normas em exame. O Decreto-Lei nº 4.37/1965 – Código Eleitoral – a Lei nº 8.038/1990 e a Lei nº 3.689/1941 – Código de Processo Penal – estão vigentes e compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro critério identificado por Bobbio (1999: p. 87) para a determinação de antinomias é a superposição do âmbito de incidência das normas conflitantes, que se divide em aspecto temporal, espacial, pessoal e material. Somente assim estaria caracterizada a incompatibilidade, visto que, se as normas se referissem a situações diversas, não seriam conflitantes, mas complementares, regulando de forma diversa circunstâncias fáticas diferentes.

No conflito de normas em exame, a coincidência de âmbitos de incidência é provocada pelo disposto no § 4º do art. 394 do Código de Processo Penal, que determina a aplicação dos seus arts. 395 a 398 à legislação processual penal extravagante. Os dizeres do referido § 4º são categóricos, aplicam-se os arts. 395 a 397 do Código “a todos os procedimentos penais de primeiro grau”. Mesmo os procedimentos especiais, em primeira leitura, não escapariam à nova disciplina sobre recebimento da denúncia e absolvição sumária, pois o parágrafo determina sua aplicação a todos os ritos de primeira instância “ainda que não regulados neste Código”. Dessa forma, aparentemente, o âmbito de incidência dos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal abrange também o procedimento penal eleitoral dos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral. Esse âmbito também abrangeria o procedimento de julgamento de crimes de competência originária em Cortes Eleitorais, dos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990.

É certo que o § 4º do art. 394 do Código de Processo Penal se refere a ritos de “primeiro grau”, insinuando que os arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal se aplicam apenas aos procedimentos perante juízes de Direito, federais ou eleitorais, primeiro grau do Judiciário (OLIVEIRA, 2010, p. 755). Essa compreensão parece mais correta do que entender que a

expressão teria o mesmo significado de “primeira instância”, abrangendo também os julgamentos em primeira e única instância nos tribunais. No entanto, a jurisprudência não tem observado essa sutil diferença semântica e tal argumento não foi devidamente considerado na solução da questão no julgamento dos *Habeas Corpus* nº 652/BA e nº 282.559/SP pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Constatada a antinomia aparente, há o dever de coerência que impõe a supressão dessa contraposição de normas.

4 A solução da antinomia

A fim de solucionar a aparente incompatibilidade, o próprio aplicador, na qualidade de intérprete ou acolhendo certa interpretação doutrinária, pode atribuir às normas sentidos que tornam totalmente diferentes seus âmbitos de incidência. Bobbio (1999, p. 102) aborda essa possibilidade² e afirma que, nesse caso, a antinomia seria apenas aparente, fruto de uma má interpretação. O intérprete realizaria uma “interpretação corretiva”, alterando o sentido atribuído inicialmente ao texto legal, de forma a compatibilizar as normas e conservar ambas no ordenamento. Essa alternativa encontra amparo em princípios formais, como a autoridade do legislador, ao primar pela “conservação das normas dadas” (apud BOBBIO, 1999).

Ocorre que a estrutura lógico-argumentativa dessa interpretação corretiva se altera em função do tipo das normas, se regras ou princípios.

² Norberto Bobbio discorre sobre essa possibilidade ao tratar da solução de uma antinomia que não pode ser resolvida pelos critérios consolidados pela doutrina (Bobbio, 1999, 97). Entretanto, a antinomia entre normas consiste na própria incompatibilidade entre seus significados, de modo que a interpretação das normas supostamente conflitantes é algo que diz respeito à própria identificação de uma antinomia. Assim, não se pode restringir a possibilidade da interpretação corretiva aos casos em que a antinomia não possa ser resolvida por critérios consolidados, mas deve-se aceitar que essa é uma opção cabível na identificação de qualquer conflito de normas.

Segundo Dworkin (2007, p. 39, 57), as regras seriam orientações cuja aplicação seria disjuntiva, como “tudo ou nada”. Se presentes os fatos descritos em seu enunciado, ela é válida e determina a decisão jurídica dada ao caso; se não, ela não contribuirá para a solução do caso. A uma regra podem ser opostas exceções que, na verdade, comporiam o enunciado da regra, delimitando a descrição das circunstâncias a que será, ou não, aplicável. Desse entendimento, decorre uma segunda característica, porquanto, dado um caso, as regras serão funcionalmente importantes ou desimportantes, não havendo outra possibilidade (*tertium non datur*) (apud DWORKIN, 2007).

A seu turno, os princípios³ não seriam aplicados de maneira disjuntiva, mas funcionariam como argumentos para direcionar a solução dada ao caso. Nesse passo, aos princípios não são opostas exceções que delimitam as condições de sua aplicação necessária, mas outros argumentos que também devem ser considerados para elaborar a resposta jurídica dada ao caso. A partir disso, identifica-se igualmente aqui uma segunda característica que também diferencia esses dois tipos de normas, qual seja, a existência de uma “dimensão do peso” nos princípios, a possibilidade de uma graduação de sua importância no caso concreto (apud DWORKIN, 2007).

Essa distinção é apropriada por Alexy (2008, p. 90)⁴, que especifica que os princípios são mandamentos de otimização,

³ Em seu texto, Dworkin utiliza o termo “*principles*” em duas acepções. A primeira, contraposta às regras, tem sentido amplo, como gênero que engloba todas as espécies de “padrões” ou comandos que não fossem regras, dentre os quais definiu as políticas e os princípios em sentido estrito (Dworkin, 2007, 17). Os padrões se distinguem dos princípios *stricto sensu* por serem estabelecidos em função do alcance de uma melhoria geralmente econômica, política ou social (Dworkin, 2007, 36). Por sua vez, os princípios em sentido estrito se definem por estabelecerem um comando posto por ser uma exigência moral ou de justiça, tomada aqui como equidade (Dworkin, 2007, 36).

⁴Dworkin e Alexy divergem claramente em boa parte de suas teorias, seja quanto ao fundamento de validade das normas jurídicas ou do próprio Direito, seja quanto a algumas propriedades das regras e dos princípios, em especial, quanto à colisão destes. Entretanto, os juristas se aproximam quanto a uma concepção estrutural da diferença entre regras e princípios, bem como em relação às principais características definidoras desses dois tipos de norma e a forma de solução da antinomia entre regras, que é o que importa ao presente estudo.

caracterizados por terem o seu cumprimento e observância realizados na maior medida dentro do que é possível fática e juridicamente no caso concreto.

Por outro lado, as regras são *determinações*, definidas por terem seu cumprimento e observância realizados nas exatas medidas previamente previstas por elas. Elas já definem, no enunciado deôntico a que podem ser reduzidas, o modo de seu cumprimento dentro do que seria empírica e juridicamente possível. Com isso, a satisfação das regras é disjuntiva, é dizer, ou é plena ou não é:

Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos (ALEXY: 2008, p. 92).

Diante dessas considerações, fica fácil classificar como regras as normas extraídas do enunciado dos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal, dos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral e dos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990. Trata-se de normas processuais de hipóteses de incidência e comandos bem definidos, cujas especificidades denotam prévia consideração das circunstâncias fáticas e jurídicas. Seu menor grau de abstração e as máximas de celeridade e eficácia de um processo eminentemente instrumental permitem constatar que elas são regras.

Dworkin já predizia que a diferença entre a lógica das regras e a dos princípios culminava em uma diferente forma de lidar com a antinomia. Se a uma regra é oposta outra regra, como ambas não podem ser conformadas, visto que já especificam com precisão o resultado que deve ser alcançado, uma delas será considerada exceção à outra. Nesse caso, a segunda regra não é propriamente outra norma, mas apenas uma limitação do âmbito de incidência da primeira, afetando as condições em que isso deverá ocorrer, isto é, uma parte de seu enunciado, que

por razões linguísticas foi apresentado separadamente. Outra hipótese, embora só abarcada implicitamente por Dworkin, seria o “abandono” de uma das regras, cabível quando a uma regra se opõe outra que não pode ser reduzida a uma exceção (apud DWORKIN, 2007).

Não são muito diferentes as considerações de Alexy sobre a antinomia entre regras. Para o jurista, regras não comportam compatibilização e seu conflito só pode ser solucionado pela introdução em uma delas de uma cláusula de exceção que afaste sua incidência sobre o caso ou por sua invalidação. Essa também é a concepção de Heck (2000, p. 75), evidenciando sua aplicação ao Direito brasileiro.

Quanto à opção pela instituição de uma cláusula de exceção ou pela invalidação, a obediência ao legislador impõe que, sempre que possível, deve preponderar o sentido que promova o efetivo cumprimento das normas. Nesse passo, uma decisão drástica como a invalidação só deverá ser adotada quando for impossível considerar uma delas como cláusula de exceção à outra.

Nesse sentido, Bobbio (1999, p. 92) identifica três critérios tradicionais para definir qual regra deverá persistir, invalidando ou consistindo cláusula de exceção para a norma incompatível com ela, quais sejam: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

O critério hierárquico impõe que prevaleça a regra de grau superior no ordenamento, em respeito ao escalonamento e, com isso, assegurando a integridade e unidade do ordenamento. A essa orientação corresponde a máxima *lex superior derogat inferior*, aplicada quando as normas conflitantes pertencem a escalões diferentes. Essa orientação subjaz a todo o sistema de controle judicial de legalidade e, principalmente, constitucionalidade, concentrado ou difuso, consagrado em nosso ordenamento positivo.

Conforme o critério cronológico, deverá prevalecer a regra publicada posteriormente, permitindo com isso

que o Direito se renove, adaptando-se às exigências sociais, à mutabilidade do fato social (apud BOBBIO, 1999). Essa orientação se aplica ao conflito entre normas promulgadas em momentos diversos, favorecendo a mais recente. O brocardo *lex posterior derogat priori* ilustra esse critério, que foi positivado no art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O critério da especialidade, a seu turno, estabelece que a regra de hipótese de incidência mais específica deve prevalecer sobre a mais genérica. Permite, assim, a diferenciação de categorias que atenda ao imperativo de justiça equitativa de tratar desigualmente os desiguais (apud BOBBIO, 1999). A especialidade é que orienta o adágio *lex specialis derogat generali*, sendo cabível quando as normas que compõem a antinomia apresentam graus diversos de abstração na especificação de sua hipótese de incidência, conforme positivado no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Há, porém, casos em que mais de um dos três critérios consolidados de solução de antinomia serão aplicáveis. Como destaca Bobbio (1999, p. 106), quando os critérios apontarem para a prevalência da mesma norma, não haverá dificuldades, de forma que todos se reforçarão. Porém, quando os critérios determinarem cada um a prevalência de uma norma diferente, propondo soluções contrárias, haverá uma antinomia de segundo grau, pois não só as normas serão conflitantes como também o serão os critérios de solução desse impasse.

Para solucionar esses casos, Bobbio analisa cada uma das hipóteses de conflito de critérios. A primeira delas é a já apresentada oposição entre o critério hierárquico e o cronológico, o que ocorre quando uma norma anterior e superior conflita com uma regra posterior e inferior. A solução de um conflito de segundo grau perpassa por identificar qual dos critérios deverá prevalecer. Nesse caso, conforme Bobbio salienta, deve-se dar preponderância ao critério da hierarquia.

Isso porque a resposta contrária acabaria com a hierarquia das normas ao estipular que qualquer norma recém editada predominaria sobre as normas superiores, com isso, também se destruiria a estrutura constitucional do ordenamento.

Um segundo caso de conflito entre critérios contrapõe especialidade e cronologia, ocorrendo quando uma regra anterior e específica conflita com uma regra posterior e geral. Nessa circunstância, o critério da especialidade orienta a prevalência da primeira norma, mas o critério cronológico determina a predominância da segunda (apud BOBBIO, 1999). A solução para esse conflito é a prevalência da norma especial, visto que, se a adequação à realidade orienta ambos os critérios, tem-se que as determinações orientadas por particularidades do caso atendem melhor esse objetivo do que a simples posteridade da norma. A lei especial posterior só excepciona a geral anterior nas hipóteses de incidência comuns a ambas, devendo-se prezar, no que possível, pela coexistência das normas nas hipóteses de não coincidência (MARTINS, 1991, p. 31).

Outro caso de conflito contrapõe uma norma geral e superior a uma norma especial e inferior. Nessas circunstâncias, o critério hierárquico impõe a prevalência da primeira regra e o critério da especialidade determina a predominância da segunda. Como já visto, há boas razões para adotar cada um desses critérios, de forma que, ainda que um prepondere, não o fará de forma incontestável. Ainda assim, no confronto da estrutura hierárquica do ordenamento, de sua unidade e da ordem constitucional com a adequação mais apropriada às situações, os primeiros devem preponderar, em regra, para que haja um mínimo de segurança jurídica (apud BOBBIO, 1999).

Dessas considerações, é possível escalonar o valor argumentativo desses critérios, com o hierárquico em escalão superior, o da especialidade em posição intermediária e o cronológico em um escalão inferior.

5 Conclusão: a disciplina legal do recebimento da denúncia no processo penal eleitoral

De volta à antinomia entre os arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal, de um lado, e, de outro lado, os arts. 355 a 364 do Código Eleitoral e arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990, observa-se que o critério da hierarquia é inaplicável. Esses diplomas foram recepcionados pela ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1988 com o status de lei ordinária.⁵

Por outro lado, aplica-se o critério cronológico, visto que a redação dos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal foi dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Dessa forma, são dispositivos bem posteriores aos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral, de 15 de julho de 1965, e também à Lei nº 10.732, de 5 de setembro de 2003, que alterou em parte o procedimento penal eleitoral. O previsto no Código de Processo Penal também é mais recente do que o previsto nos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, e do que a Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993, que permitiu a aplicação analógica do procedimento de julgamento originário de crimes nos tribunais às Cortes Eleitorais. Seguindo essa orientação doutrinária e os dizeres do art. 2º, caput e § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deveriam prevalecer os arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal.

Provavelmente inspirado na cronologia, o ilustre processualista penal Eugênio Pacelli de Oliveira defende, nesse diapasão, a aplicação dos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal ao procedimento penal eleitoral perante juízes eleitorais:

De volta ao processo penal eleitoral, há que se atentar para as novidades trazidas pela Lei

⁵Entende-se que o Código Eleitoral foi recebido como lei ordinária, mas apenas seus dispositivos que dispõem sobre competência e organização judiciária eleitoral foram recepcionados como lei complementar, em atenção ao art. 121 da Constituição (PONTE, 2008, p.118; DEMO, 2005, p. 133; LIMA, 2010, p. 220/221).

nº 11.719,08, que, por força de previsão expressa na nova redação do art. 394, §4º, CPP, terá aplicação inclusive aos procedimentos criminais especiais. Assim, e essa é uma regra que deverá ser observada em todo procedimento da primeira instância, seja comum ou especial, por exigência da norma contida no art. 394, §4º, CPP, deverão ser cumpridas as etapas do art. 395 a 397 do CPP, ou seja [...] (2010. p. 794/795).

Entretanto, em que pese o brilhantismo do doutrinador, não se pode ignorar o critério da especialidade que também é pertinente e goza de previsão legal no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Os arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal disciplinam o recebimento da denúncia e absolvição sumária no procedimento penal comum. São, pois, disposições cuja hipótese de incidência é mais ampla, regulando o julgamento de qualquer crime que não disponha de rito específico. Embora o art. 394, § 4º, do Código de Processo Penal preveja sua aplicação também aos procedimentos especiais, esse fato não altera sua natureza genérica. Contrapõe-se a esse caráter geral o cunho específico do disposto nos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral, procedimento próprio para o julgamento de uma espécie particular de crimes, os eleitorais, e perante os juízes eleitorais em primeira instância. O procedimento previsto nos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990 também se beneficia da especificidade, porquanto próprio para o julgamento de crimes de competência originária de tribunais, casos excepcionais de foro por prerrogativa de função. Conforme o critério da especialidade, então, deveriam prevalecer os arts. 355 a 364 do Código Eleitoral e os arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990.

O conflito entre a especialidade e o critério cronológico, segundo Bobbio (1999, p. 108), deve ser decidido em favor da norma especial. Não se trata de uma solução fácil ou inequívoca, mas o dever de coerência entre as normas e a razão que subjaz aos critérios de solução de antinomias entre regras justificam a

prevalência da especialidade. A adequação à realidade e, pois, a busca por justiça orientam ambos os critérios. Nesse sentido, a existência de uma previsão adaptada às particularidades de dada situação é muito mais justa do que a simples posterioridade de outra norma.

Essa solução teórico-hermenêutica encontra concretude e autoridade ainda maior no julgamento do *Habeas Corpus* nº 652/BA pelo Tribunal Superior Eleitoral. Ausente até então qualquer definição sobre a antinomia em tela, a Corte Superior decidiu que os arts. 395 a 398 do Código de Processo Penal não se aplicam ao procedimento penal eleitoral originário em tribunais, regido pela Lei nº 8.038/1990. O julgado fundamenta a decisão na especialidade da Lei em relação ao Código:

Habeas corpus. Ação penal. Procedimento. Lei nº 8.038/90. Invocação. Inovações. Lei nº 11.719/2008.

1. O procedimento previsto para as ações penais originárias - disciplinado na Lei nº 8.038/90 - não sofreu alteração em face da edição da Lei nº 11.719/2008, que alterou disposições do Código de Processo Penal.

2. A Lei nº 8.038/90 dispõe sobre o rito a ser observado desde o oferecimento da denúncia, seguindo de apresentação de resposta preliminar pelo acusado, deliberação sobre o recebimento da peça acusatória, com o consequente interrogatório do réu e defesa prévia - caso recebida a denúncia -, conforme previsão dos arts. 4º ao 8º da citada lei.

3. As invocadas inovações do CPP somente incidiriam em relação ao rito estabelecido em lei especial, caso não houvesse disposições específicas, o que não se averigua na hipótese em questão.

Ordem denegada. (HC n. 652 Salvador/BA – rel. min. Arnaldo Versiani Leite Soares - DJE 19/11/2009, p. 13)

A interpretação corretiva dada ao § 4º do art. 394 do Código de Processo Penal compreende que o disposto nos arts. 395 a 397 do referido diploma somente se aplica a ritos previstos em lei especial “caso não houvesse disposições específicas”.

Quanto à antinomia entre os arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal e o rito penal eleitoral de primeira instância previsto nos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral, a insegurança perdurou mais tempo. Havia sobre o tema apenas decisão monocrática do ministro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira no *Habeas Corpus* nº 282.559/SP, inspirada no precedente acima citado. Somente no primeiro semestre de 2011 essa decisão restou confirmada pelo Pleno do Superior Tribunal Eleitoral no julgamento de mérito do *Habeas Corpus* nº 282.559/SP, firmando que os arts. 395 a 398 do Código de Processo Penal não se aplicam ao rito processual penal eleitoral de primeira instância, porquanto os arts. 359 e seguintes do Código Eleitoral seriam lei especial em relação ao Código de Processo Penal e seu art. 394, § 4º, confira-se pela ementa:

Habeas corpus. Ação penal. Inscrição fraudulenta de eleitor. Falsidade ideológica. Condutas típicas. Procedimento. Código de Processo Penal. Aplicação subsidiária. Adoção. Necessidade. Código Eleitoral. Norma específica. Ordem denegada.

1. O trancamento da ação penal na via do habeas corpus somente é possível quando, sem a necessidade de reexame do conjunto fático-probatório, evidenciar-se, de plano, a atipicidade da conduta, a ausência de indícios para embasar a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas *in casu*. Precedentes.

2. No processamento das infrações eleitorais devem ser observadas as disposições específicas dos arts. 359 e seguintes do Código Eleitoral, devendo ser aplicado o Código de Processo Penal apenas subsidiariamente.

3. Não constitui constrangimento ilegal o recebimento de denúncia que contém indícios suficientes de autoria e materialidade, além da descrição clara de fatos que configuram, em tese, os crimes descritos nos arts. 289 e 350 do Código Eleitoral.

4. Ordem denegada. (HC n. 282.559 Viradouro/SP – rel. min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira – DJE 8/2/2011, p.59)

Portanto, o procedimento de recebimento de denúncia e absolvição sumária previstos nos arts. 395 a 397 do Código de Processo Penal não se aplicam aos procedimentos penais eleitorais. O previsto nos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral e nos arts. 1º a 12 da Lei nº 8.038/1990 constituem exceções à regra geral do procedimento penal comum, o qual somente lhes será aplicável supletivamente.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica* – a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. rev. São Paulo: EDIPRO, 2005.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Penal Eleitoral e Processo Penal Eleitoral*. São Paulo: EDIPRO, 2006.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral: direito penal eleitoral e direito político*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 457.

CORDEIRO, Vinicius; SILVA, Anderson da Claudino. *Crimes eleitorais e seu processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 234/235.

DWORKIN, Ronald. *Levando direitos a sério*. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

DEMO, Roberto Luíz Luchi. *Competência penal originária: uma perspectiva jurisprudencial*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral – justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HART, Herbert. L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, ano 89, volume 781, p. 71-78, novembro de 2000.

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

LIMA, Renato Brasileiro. *Competência criminal*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A convivência da lei especial com a lei geral. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, ano 80, volume 670, p. 28-31, agosto de 1991.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.