

1) Dificuldade do tema e base etimológica

I) **Dificuldade do tema.** Ensinando Processo Penal, há várias décadas, na Faculdade de Direito Cândido Mendes (Centro) – que hoje integra a Universidade do mesmo nome – tivemos de enfrentar o polêmico ponto das *questões prejudiciais*, inserido no Programa da matéria.

Muita tinta foi utilizada, pelos especialistas, visando precisar o conceito dessas questões e isolá-las das figuras com as quais se confundem ou se mesclam. Mas a partir de FRANCISCO MENESTRINA – que ofereceu, no princípio deste século, fundamental contribuição (*La Praejudiciale nel Processo Civile*) – o assunto tende a estereotipar-se em lindes mais nítidos.

II) **Base etimológica.** A primeira idéia de “questão prejudicial” vem da origem da palavra “prejuízo”. *Praejudicium*, *ii*, tanto significa **juízo prévio, julgamento anterior**, como **dano, lesão, prejuízo**. Existe, também, a expressão *dúplice prae-judicium* (esta mais própria para designar *juízo prévio*).

2) *Quaestio prejudicialis: conceito*

Questão prejudicial é a questão prévia, de mérito, que exerce fatal influência na solução de outra questão de mérito (*questão principal, questão prejudicada*), predeterminando, desde logo, o destino dessa *questão principal*, em qualquer sentido em que seja resolvida a *questão prejudicial* (positivo: procedente; ou negativo: improcedente).

3) *Análise do conceito: planejamento da exposição*

De modo didático, passemos a analisar, um a um, cartesianamente, os diversos elementos do *conceito de questão prejudicial*.

(A explicação deve ser simples, objetiva e convincente. Como, *verbi gratia*, na explicação do **pronome oblíquo**: não basta dizer que é uma espécie de pronome pessoal; não basta apresentar a extensa lista desses pronomes ... O que interessa é demonstrar que pronome oblíquo é, *grosso modo*, a forma criada (na evolução do idioma) para evitar a repetição do pronome reto. *Exemplum*: “Eu

me feri"; eu (pronome reto), me (pronome oblíquo); evita, pois, que se diga: "Eu feri eu").

4) Análise do conceito (continuação): a questão prejudicial é questão prévia

A *questão prejudicial* é sempre uma *questão prévia* (ou *preliminar*); é questão que deve ser resolvida antes de outra questão.

"Habida cuenta del orden en que deben ser decididas, toda vez que una cuestión debe ser resuelta antes que otra, a aquella se la llama preliminar" (CARNELUTTI, *Instituciones del Proceso Civil*, vol. I, p. 37, trad. de la quinta ed. italiana, por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959).

5) Análise do conceito (continuação): a questão prejudicial é questão de mérito (como acontece com a questão principal ou prejudicada)

Assim sendo, além de prévia, a questão prejudicial é uma *questão de mérito*, ou seja, é um *litígio entre pretensões de direito material*.

Portanto, estão excluídas da prejudicialidade todas as questões de *conteúdo processual*, ou seja, todos aqueles conflitos entre pretensões de *direito processual*, como as *exceções processuais*, as *medidas cautelares*, as *liminares nas possessórias etc.*

5-bis) Análise do conceito (continuação): direito material e direito processual

Nesta altura do trabalho, vale inserir outro pequeno parêntese para conceituar o *direito material* e o *direito processual*. A tarefa é das mais difíceis; e a melhor forma será sempre inatingível ...

Sobre *direito material*, escreveu muito bem PONTES DE MIRANDA: "[é a parte do direito] que estabelece as regras jurídicas que devem incidir nas relações entre os homens, quando tais ... [regras] não tenham por fito a realização de outras regras" (*Comentários ao Código de Processo Civil [de1973]*, vol. I, p. 45, 2ª ed.).

O *direito processual*, por sua vez, é a outra parte do ordenamento jurídico que disciplina a solução jurídica dos litígios (para a realização das normas de direito material não pacificamente cumpridas).

Um ponto é certo: o *direito processual* singulariza-se por seu *caráter instrumental*, isto é, de meio de realização de outras normas.

6) Mas nem toda questão prévia, de mérito, é questão prejudicial

De fato: há *questão prévia*, de mérito, que pode *ter*, ou *não*, o condão de resolver, *desde logo*, outra questão de direito material.

Cite-se o caso da *exceção de prescrição do crime*, argüida pela defesa. É uma *questão prévia*.

E é igualmente uma *questão de mérito*, pois o direito que prescreve é o *direito subjetivo material de punir* (pertencente ao Estado-administração).

Em tais circunstâncias, *se, por um lado*, o pedido de prescrição for acolhido pelo Judiciário, fica excluído, *desde logo*, esse direito de punir e o Réu está livre da persecução penal.

Todavia, *por outro lado*, se o *pedido de prescrição* for *indeferido*, a controvérsia sobre o crime (que também é *questão de mérito*) continua.

Na hipótese, o Ministério Público ganhou o 1º *round* da luta (pelo não reconhecimento da prescrição), mas a demanda não está terminada. Falta, ainda, o 2º *round*, ou melhor, o pronunciamento judicial sobre a *questão do crime*, que, no futuro, *tanto pode ser favorável ao Réu como ao MP*.

7) Análise do conceito (continuação): finalmente, a questão prejudicial exerce fatal influência na solução da questão principal, predeterminando, desde logo, o seu destino, em qualquer sentido que seja resolvida (positivo: procedente; ou negativo: improcedente)

Isto quer dizer o seguinte: em qualquer sentido em que seja resolvida a *questão prejudicial* (acolhimento ou rejeição) já está traçado, *desde logo*, o destino da *questão principal*. Não haverá a possibilidade de um 2º *round*, como no caso visto no nº 6, *supra*.

A solução da *questão prejudicial* exerce, desde o primeiro momento, fatal influência sobre a *questão principal*, quer no sentido positivo (de acolhimento do pedido), quer no sentido negativo (de desacolhimento do pedido). Atua, desse modo, como uma espécie de "imperativo categórico kantiano! ...

Veja-se um exemplo:

O MP propõe *ação penal* contra Tício por *crime de bigamia* "Contrair alguém, sendo casado, novo casamento" (Código Penal, art. 235) – Esta é a *questão principal*.

O Réu, Tício, defende-se, alegando que já propôs, no Juízo competente, *demanda* visando à anulação de seu anterior casamento – Esta é a *questão prejudicial*.

Nestas condições, tudo vai depender da *solução da questão prejudicial*, em qualquer sentido:

- Se o casamento for declarado nulo, Tício será absolvido do crime de bigamia;
- Mas se, ao contrário, o matrimônio for declarado válido, a bigamia será reconhecida e a vitória será do MP, autor da *ação criminal*.

8) Conexão entre questão prejudicial e questão principal

A *questão prejudicial* é sempre conexa com a *questão principal*; ambas são elementos dum mesmo sistema, no qual a primeira atua como *causa* e a segunda como *efeito*.

Como diz ALFREDO BUZAID, “[a **questão principal** precede], na ordem cronológica, à ... [questão] prejudicial. Mas, na ordem lógica do julgamento, a ... [questão] prejudicial precede à ... [questão] principal”. (*A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, Editora Saraiva, 1986, 2ª ed., p. 389).

9) A questão prejudicial como simples argumento; ou como objeto de demanda

I) **A questão prejudicial como simples argumento.** Nesta primeira hipótese, o Juiz decide a *questão prejudicial* como simples antecedente lógico (ou premissa de raciocínio) de seu pronunciamento definitivo sobre a *questão principal*.

A *questão prejudicial* é resolvida apenas incidentalmente (*incidenter tantum*), sem efeito de coisa julgada; ao contrário do que ocorre no julgamento da *questão principal*, esta, sim, com efeito de *res judicata*.

Um exemplo clássico: *Tício* intenta ação visando à *cobrança de juros*, em razão de empréstimo que fez a *Caio*. A *questão principal* é a *cobrança de juros*; já a *questão prejudicial* é a existência do empréstimo. Se este for reconhecido pelo Juiz, a *questão principal* será julgada procedente; em caso contrário, não. Mas passa em julgado somente a *cobrança de juros*.

A solução da *questão prejudicial* vale apenas naquele processo: em futuros processos ela pode ser novamente suscitada.

II) **A questão prejudicial como objeto de demanda.** A *questão prejudicial* também pode apresentar-se como *objeto de demanda* (ação autônoma, ou ação declaratória incidental), para ser decidida **principalmente** (“*principaliter*”), com efeito de *coisa julgada*.

Aquí, a *questão prejudicial* é, também, *thema decidendum*, *id est*, é matéria a ser decidida de modo definitivo – e não como simples matéria de argumentação, episodicamente considerada pelo Órgão Julgador.

No *plano objetivo*, o decreto jurisdicional resolve, em capítulos diferentes, o *thema decidendum* oriundo da *questão prejudicial* (objeto de demanda), e o *thema decidendum* referente à *questão principal* (que é sempre objeto de demanda).

Essa sentença, como salienta BUZAID, “é, portanto, **objetivamente completa**” (ob. cit., p. 401).

10) Classificação das questões prejudiciais

I) Questão prejudicial homogênea e a questão prejudicial heterogênea

A) *Prejudicial homogênea*. A *questão prejudicial* é homogênea quando pertence ao mesmo ramo de direito material da *questão principal*. *Exemplum*: a *prejudicial* é de direito penal; e a *principal* é, também, de direito penal.

B) *Prejudicial heterogênea*. Já a *questão prejudicial* é heterogênea quando pertence a ramo do direito material diverso do ramo de direito material da *questão principal*. Exemplo: a *prejudicial* é de direito civil; e a *principal*, ao contrário, é de direito penal.

II) *Questão prejudicial interna e questão prejudicial externa*.

A) *Prejudicial interna*. Configura-se a *questão prejudicial interna* quando o órgão jurisdicional é competente para julgar tanto a *questão prejudicial* como a *questão principal*.

B) *Prejudicial externa*. Por sua vez, esta ocorre quando o juiz da *questão principal* é incompetente para julgar a *prejudicial*.

11) *Breve notícia sobre a disciplina do assunto no CPP*

I) *A colocação das questões prejudiciais no âmbito do Código*. O Código de Processo Penal (Dec. lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) disciplina as *questões prejudiciais* nos arts. 92 *usque* 94 – situados no Livro I, Título VI, Capítulo I.

A colocação da *prejudicialidade* no diploma básico de processo penal não obedeceu a nenhum critério sistemático ou científico.

O mencionado Título VI – que se apresenta sob a denominação geral “*Das Questões e Processos Incidentes*” – arrola, em seus *Capítulos*, várias figuras desconexas, onde o único liame que as une é o fato de serem *ocorrências incidentes*, isto é, que não acontecem normalmente em todos os processos!...

De fato, juntamente com as *questões prejudiciais*, ali encontramos as *exceções (processuais)*, as *incompatibilidades e impedimentos*, o *conflito de jurisdição (rectius: de competência)* a *restituição de coisas apreendidas*, as *medidas assecuratórias*, o *incidente de falsidade* e a *insanidade mental do acusado!*

Como se vê, trata-se de verdadeira “*arca de Noé*” ...

II) *Referências aos arts. 92, 93 e 94*. O art. 92, *caput*, trata da *suspensão do processo penal* (a lei fala: “*da ação penal*”), em virtude de *quaestio prejudicialis* da competência do juízo cível. Eis o texto:

“ Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente”.

O art. 93, também extenso, completa a matéria do art. 92. Reza o texto:

“Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização de outras provas de natureza urgente.”

O **parágrafo único** (do citado art. 92) decreta o seguinte: “Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.”

Como informa FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “pouco importa tratar-se de ação pública incondicionada ou condicionada Ainda haverá tal ingerência nos casos de ação privada subsidiária da pública” (*Código de Processo Penal Comentado*, vol. 1, 3ª ed., Editora Saraiva, 1998, p. 250).

“Em se tratando de crime de ação penal exclusivamente privada (privada propriamente dita ou privada personalíssima), somente a parte interessada é que poderá promover ou dar prosseguimento à ação civil” (TOURINHO FILHO, *ob. cit.*, *lug. cit.*).

Finalmente: quanto aos temas regulados nos dispositivos restantes – §§ do art. 93 e art. 94 – nada merece acrescentado, face ao espaço, propositadamente angusto, concedido ao presente esboço.

(*) HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS é Professor Titular da Universidade Cândido Mendes, Professor Titular da UERJ (aposentado) e Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro (aposentado).
