

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Faculdade Mineira de Direito

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL

*Da Imprescindibilidade de Ciência  
Pessoal da Acusação*

Interpretação do Art. 366 do Código de Processo Penal  
com a Redação da Lei 9.271/96 no  
Contexto do Estado Democrático de Direito

ADILSON DE OLIVEIRA NASCIMENTO

ORIENTADOR

*Prof. Dr. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva*

Belo Horizonte/MG  
Ano 2001

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Mestrando: ***Adilson de Oliveira Nascimento***

Orientador: ***Prof. Dr. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva***

Belo Horizonte, Novembro/2001.

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

---

Belo Horizonte, \_\_/ \_\_/ 2001.

PARA

***Dr. Márcio Heli de Andrade***

Procurador de Justiça e Professor da PUC/MG

*Exemplo humano e profissional.*

## HOMENAGEM

Minha mãe

**Judith de Oliveira,**

*mulher batalhadora e idealista.*

Meu pai,

**Adil do Nascimento Dias,**

*que levou-me para o Direito com seu exemplo de jurista.*

Minha querida irmã

**Denise Nascimento**

Meus irmãos

**Ademir, Adalton e Adalson.**

**Laura Eliza,**

*pelo carinho e dedicação.*

Meus colegas (e amigos)

da Corregedoria-Geral do Ministério Público

**Dra. Adelaide Cristina de Carvalho Machado**

**Dr. Edson Firmino de Paula**

**Dr. Luciano França da Silveira Júnior**

**Dr. Manoel Divino de Siqueira**

**Dr. Sérgio Barbosa de Campos,**

*pelo apoio dispensado para a realização deste trabalho.*

Aos amigos

**Dr. Leonardo Valadares Cabral**

**João Pincer Rafael Júnior**

(extensivo à Alessandra e ao pequeno Diego),

*pela amizade.*

## AGRADECIMENTOS

Meu orientador

**Professor Doutor Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva,**

*que além de me incentivar na realização do Curso de Mestrado em Direito Processual, assumiu o ônus de me guiar pelo caminho, sempre pronto para atender os pleitos de auxílio deste escriba, o fazendo com paciência e dedicação.*

**Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica de Minas Gerais, na pessoa de  
seu Diretor Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza,  
pelo acolhimento.**

Professores do Curso de Mestrado em Direito Processual

**Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza  
Prof. Dr. José Marcos Rodrigues Vieira  
Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira  
Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo  
Prof. Dr. Romeo Casabona  
Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal  
Prof. Dr. Sérgio Luiz de Souza Araújo,**

*pelos ensinamentos ministrados que me abriram um novo mundo no campo do Processo.*

Àqueles que me auxiliaram no presente estudo:

**Dr. Edson Ribeiro Baêta**  
**Dr. Manoel Divino de Siqueira,**  
*pela cessão de material.*

**Dr. Leonardo Costa Bandeira**  
**Dr. Luciano França da Silveira Júnior,**  
*pela leitura atenta e sugestões acolhidas.*

**Dr. Lélío Braga Calhau,**  
*pelas duas hipóteses.*

Curso de Direito da Universidade Vale do Rio Doce-  
UNIVALE, na pessoa das Professoras

**Profa. Teodolina Batista da Silva Cândido Vítório**  
**Profa. Marlene Franklin Alves,**  
*que primeiro acreditaram em minhas desconhecidas  
qualidades de professor.*

Curso de Direito da Unidade de Betim da Pontifícia  
Universidade Católica de Minas Gerais  
(onde exerço a nobre função da docência)  
na pessoa de seu Coordenador

**Prof. Guilherme Coelho Colen,**  
*pelo convite e convívio acadêmico prazeroso.*

Promotores de Justiça

**Dra. Adelaide Cristina de Carvalho Machado**  
**Dr. Guilherme Pereira Vale,**  
*pelo inestimável apoio no início da carreira ministerial e  
pela prestimosa amizade desde então.*

## Resumo

A presente Dissertação de Mestrado, *Da Imprescindibilidade de Ciência Pessoal da Acusação*, busca uma análise dos dispositivos trazidos pela Lei 9.271, de 17 de abril de 1996, que privilegiam a necessidade de citação pessoal do acusado não encontrado, abolindo do sistema processual penal brasileiro a presunção de ciência da acusação trazida pela citação ficta. Especificamente, é objeto do estudo a nova redação do art. 366 do Código de Processo Penal, que impossibilita o andamento procedimental e contagem do prazo prescricional em caso de ausência e não constituição de procurador pelo citado por edital, possibilitando a decretação de prisão preventiva e produção antecipada de provas.

No desenrolar deste estudo, foram discutidos, em profundidade, todos os elementos constitutivos do tema, chegando-se às seguintes conclusões:

1. o modelo de Direito adotado em determinada época é ditado pelo modo de concepção da noção de Estado;

2. a noção de Estado de Direito nasce após a queda do Absolutismo, com o Liberalismo caracterizando-se pela perspectiva individual e burguesa, retirando o Estado da vida econômica. A liberdade individual passa a ser preponderante, sendo garantida através da regência de normas estabelecidas em uma Constituição;

3. neste contexto, o indivíduo passa a ter direitos contra o Estado, mas, em face da forma capitalista adotada, somente os cidadãos com poder econômico e/ou político são beneficiados, gerando uma igualdade formal;

4. o Estado Social é regido por uma concepção intervencionista, buscando sanar as desigualdades sociais através de políticas econômicas e criação de direitos sociais. Não se desvincula do sistema capitalista, tendendo ao gigantismo sem oferecer contrapartidas;

5. visando a superação do modelo liberal e do modelo social, a concepção de Estado Democrático de Direito, explicitada por JÜRGEN HABERMAS, pretende a participação do cidadão na elaboração do Direito, criando mecanismos de validação discursivos acessíveis a todos os interessados, e valorizando a descentralização social com a oitiva da sociedade civil organizada;

6. tal concepção encontra-se em construção, observando-se o fortalecimento dos direitos e garantias individuais, dos direitos sociais e dos direitos coletivos e difusos;

7. a Constituição Federal de 1988, ao consignar em seu preâmbulo e artigo primeiro a nomenclatura *Estado Democrático de Direito*, oferece uma tentativa de superação em relação aos modelos até então adotados, instituindo e fundando uma nova forma estatal;

8. tal ideário sugere perspectivas para a resolução da crise do Estado Social, que se apresenta em três aspectos definidos por FERRAJOLI: crise da legalidade, inadequação estrutural do Estado de Direito às funções do Estado Social e enfraquecimento do Constitucionalismo pela integração mundial;

9. o Estado Democrático de Direito deve ser entendido como um novo paradigma a ser observado para a resolução da crise do Direito, impondo uma releitura epistemológica do ordenamento jurídico, a fim de adequá-lo ao novo modelo;

10. como decorrência da instituição de um novo paradigma para a ciência do Direito, deve-se rever as idéias que se debruçaram e se debruçam sobre a natureza jurídica do processo, visando encontrar a que melhor se encaixa na novel concepção;

11. o processo privatístico, concebido como contrato ou quase contrato, incluía em sua conceituação a vontade das partes, inspirado na *litiscontestatio* do Direito romano. Tal teoria foi logo abandonada, visto que as partes se submetem coercitivamente à decisão judicial, independentemente de seu assentimento;

12. com a teoria da relação jurídica processual, instaura-se a autonomia do processo em relação ao direito material, estabelecendo pressupostos de constituição e desenvolvimento, procurando ainda distingui-lo do procedimento;

13. discute-se a forma que teria tal relação (triangular, angular ou linear); aperfeiçoa-se tal idéia com o acréscimo da teoria do direito subjetivo, no qual o autor deve exigir do réu uma contraprestação;

14. encampada pela maioria dos processualistas, a teoria do processo como relação jurídica teve aperfeiçoamento no Direito brasileiro com a escola instrumentalista, onde o objetivo é a maximização da instrumentalidade imanente do processo, que é visto não como um fim em si mesmo, pois ausente qualquer substancialidade;

15. o processo deve cumprir escopos jurídicos, sociais e políticos. A busca da efetividade processual é ordenada, visando melhorias na admissão ao juízo, modo de ser do processo, justiça e utilidade das decisões;

16. A teoria da relação jurídica, mesmo atualizada pela distinção fazzalariana entre processo e procedimento, é extremamente potestativa, concedendo ao juiz excessivos poderes na condução processual, não se adequando ao modelo constitucional participativo exigido pelo Estado Democrático de Direito;

17. a idéia do processo como situação jurídica, embora signifique um rompimento com a teoria da relação processual, também não explica tal fenômeno. Isto porque o processo é visto como o direito em condição dinâmica, em que as partes se digladiam, tendo o juiz como árbitro da disputa, com amplos poderes de decisão, aumentando-se o grau de subjetividade;

18. o processo como instituição é visto como uma idéia comum, à qual se ligam as partes pela pretensão debatida, gerando vínculos jurídicos;

19. pelo seu cunho sociológico, o processo como instituição não atende ao Direito, na medida que seu embasamento encontra-se em conceitos extrajurídicos;

20. coube a FAZZALARI distinguir, com precisão, processo e procedimento. Considerando o procedimento como gênero, o processo seria espécie daquele, quando

gravado pelo contraditório. A decisão final é uma construção das partes, que devem ter a possibilidade de ascender ao devido processo legal;

21. embora a distinção referida permaneça no campo infraconstitucional, representa evolução na conceituação de processo e procedimento, determinando-a pela aplicabilidade de um dos corolários do devido processo legal;

22. pelo modelo constitucional do processo, a Constituição estabelece um esquema geral que deve ser observado e encampado pela legislação infraconstitucional. O processo é instituído, pois, pela Lei Maior, tendo como principiologia aplicável o devido processo legal;

23. no campo processual penal, tal principiologia deve ter cunho garantístico, ampliativo das liberdades individuais contra o poder punitivo estatal;

24. concebe-se, para o desenvolvimento do estudo, a noção do processo como instituição constitucional, de onde decorre toda a sua principiologia. O devido processo legal e seus corolários são princípios institutivos, sendo que o contraditório é o marco distintivo de processo e procedimento;

25. no processo penal, as garantias devem ser aumentadas, visando equilíbrio com o poder punitivo estatal;

26. os princípios institutivos do processo exteriorizam o esquema geral trazido pela Constituição. Fundamentam-se no devido processo legal, não mais restrito ao processo, mas derivando para uma acepção substancial, onde são analisados os aspectos de legitimação da norma;

27. como corolários, tem-se os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia;

28. pelo princípio do contraditório, deve-se dar às partes condições de conhecerem a ação e os atos processuais, além da possibilidade de reagirem a eventual desfavorecimento;

29. a possibilidade do réu em contrariar o pedido do autor deve ser real e efetiva, especialmente na seara penal, onde o poder punitivo estatal ataca a liberdade do indivíduo;

30. co-extenso a tal princípio, a ampla defesa se constitui na oportunização de tempo e modo viáveis para sustentá-la, visto que deve ser produzida em toda a sua inteireza;

31. o princípio da isonomia ou da paridade das partes (ou de armas) busca uma igualdade substancial, na qual as partes desiguais devem ser tratadas com desigualdade, visando fornecer-lhes meios processuais de igual poder;

32. no processo penal, aplicam-se os princípios do *in dubio pro reo* e *favor rei*, que possibilitam uma posição de maior vantagem do acusado frente ao Estado. Este último deve ser considerado como princípio interpretativo, quando ocorrentes posições antagônicas entre indivíduo-Estado;

33. a citação vista pelo devido processo legal se apresenta como o ato que dá ciência ao réu da acusação que sobre ele pesa, sendo, pois, o ato material que legitima o contraditório;

34. embora a doutrina tradicional considere a citação como pressuposto de validade, em face do modelo constitucional do processo, concebido este como o procedimento em contraditório, tal ato é um dos pressupostos de existência do próprio processo, na medida em que somente a sua consecução possibilita o contraditório;

35. o estudo da evolução histórica dos conceitos de citação e revelia, desde a antiguidade até os dias de hoje, oferece um panorama geral que possibilita a compreensão epistemológica da normatização vigente;

36. no Direito Comparado hodierno, a possibilidade de condenação do réu não comunicado pessoalmente da acusação vem sendo paulatinamente extinta, sendo concebidas diferentes formas de regulamentar processualmente a situação do acusado ausente;

37. a Lei nº 9.271/96, que modificou a redação do art. 366 do CPP, alterando o tratamento da revelia do citado por edital no processo penal, deve ser considerada um avanço jurídico, na medida em que suspende o processo e o lapso prescricional até a ciência pessoal do acusado ou apresentação de defensor constituído, com a produção de medidas urgentes;

38. possibilita, pois, um devido processo legal efetivo e substancial, desocupando o Poder Judiciário de desenvolver processos que não resultariam efetivos, na medida em que não localizado o réu citado por edital;

39. no tocante à possibilidade de retroação ou não da novel legislação, aplicando-se aos fatos anteriores à sua vigência, a par das respeitáveis correntes doutrinárias e jurisprudenciais que estudaram o tema, a solução encontra-se na aferição do atrito entre os corolários do devido processo legal, contraditório e ampla defesa *versus* isonomia;

40. a retroatividade de disposição prejudicial é vedada constitucionalmente. Aplicar-se, tão somente, a suspensão do processo sem a suspensão da prescrição, desnivela a balança processual em favor do acusado;

41. todavia, é a única solução encampada pela idéia de processo desenvolvida, na medida em que, sopesando-se os princípios institutivos, melhor prevalecer o avanço do contraditório e da ampla defesa sobre a isonomia, especialmente no processo penal, em que esta se apresenta mitigada pelo *in dubio pro reo* e *favor rei*;

42. sendo o Pacto de São José da Costa Rica adotado pelo Direito brasileiro, a partir de 09.11.92, possibilita a aplicação de tal regra a partir dos fatos ocorridos desde então;

43. embora não se disponha o lapso de suspensão do prazo prescricional, tal omissão pode ser suprida pela interpretação teleológica, razão pela qual não se vislumbra inconstitucionalidade;

44. é vedado ao legislador infraconstitucional estabelecer novos crimes imprescritíveis. A única disposição que se apresenta aplicável, pois, é a do art. 109 do Código Penal vigente, observando-se a pena abstrata para o delito, a ser calculada tendo em vista a sanção máxima, como estabelece o citado artigo, por possibilitar um prazo maior para a satisfação do contraditório;

45. são consideradas medidas cautelares a produção antecipada de provas e a decretação de prisão preventiva, submetidas aos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Logo, não se pode entender que pelo perigo de sua extinção, deva a prova testemunhal sempre ser produzida, ou que a decretação da prisão preventiva é obrigatória;

46. tais presunções lesam o modelo constitucional do processo, na medida em que levam a um contraditório formal e a prisão infundada;

47. o recurso cabível para a decisão que suspende o processo é o recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, XVI, do CPP;

48. aplica-se a nova disciplina a todos os tipos de processo, especificamente militar e eleitoral, tendo em vista a garantia do efetivo contraditório;

49. o réu que se esquivava de ser citado, deve ser localizado, e caso contrário, tem-se o processo e a prescrição suspensos. O direito-garantia trazido pelo art. 366 do CPP se aplica, mesmo, àquele que dificulta a ação estatal;

50. ocorrendo revelia intercorrente com aditamento de fato novo à acusação, aplicam-se as disposições do art. 366 do CPP ao evento desconhecido pelo acusado;

51. sempre que esgotado o prazo editalício sem manifestação do acusado, deve haver nomeação de defensor dativo, para que promova a produção de prova urgente a favor do réu ou se indisponha contra a decretação de prisão preventiva, visto que, na hipótese, o contraditório formal favorece o ausente.

Somente com um novo paradigma, consubstanciado no Estado Democrático de Direito, poderá haver a superação da crise do Direito vivenciada na modernidade. O avanço da ciência processual passa por uma releitura de todo o ordenamento jurídico em face dos princípios constitucionais, visto que de nada adianta uma Constituição garantista, se a prática infraconstitucional não se amoldar às novas premissas

A adoção, pelo Direito brasileiro, da imperiosa necessidade de conhecimento pessoal da acusação pelo réu, se apresenta como uma nova visão do processo penal, na medida em que o convite à participação do interessado perfaz o adimplemento do devido processo legal e achaca a presunção trazida pela citação ficta, que tantas injustiças causou.

# Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	15
<b>CAPÍTULO I</b>	
O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO PARADIGMA DA CIÊNCIA JURÍDICA .....	19
1.1. Estado Liberal de Direito .....	21
1.2. Estado Social de Direito .....	24
1.3. Estado Democrático de Direito .....	27
1.4. O Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal de 1988 .....	31
1.5. O paradigma do Estado Democrático de Direito .....	33
<b>CAPÍTULO II</b>	
NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO EPISTEMOLOGICAMENTE ADEQUADA À CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA .....	38
2.1. O processo privatístico: contrato ou quase contrato .....	38
2.2. O processo como relação jurídica .....	40
2.2.1. <i>A escola instrumentalista do processo como relação jurídica</i> .....	44
2.3. O processo como situação jurídica .....	48
2.4. O processo como Instituição .....	50
2.5. O processo como procedimento em contraditório .....	51
2.6. Teoria constitucionalista do processo .....	54
2.7. A teoria do Garantismo e sua aplicação ao processo .....	55
2.8. Natureza jurídica do processo .....	62
<b>CAPÍTULO III</b>	
OS PRINCÍPIOS INSTITUTIVOS DO PROCESSO E A CITAÇÃO DO RÉU .....	65
3.1. Devido processo legal e princípios institutivos do processo .....	65
3.2. Princípio do contraditório .....	69
3.3. Princípio da ampla defesa .....	71
3.4. Princípio da isonomia .....	72

3.5. A citação e os princípios institutivos do processo .....	74
3.6. A citação como pressuposto de existência do procedimento em contraditório .....	75

#### **CAPÍTULO IV**

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CITAÇÃO E DA REVELIA E A SUSPENSÃO DO PROCESSO PELA REVELIA NO DIREITO COMPARADO .....	79
4.1. Evolução histórica da citação e da revelia .....	79
4.1.1. <i>Antiguidade</i> .....	79
4.1.2. <i>Direito grego</i> .....	81
4.1.3. <i>Direito romano</i> .....	82
4.1.4. <i>Idade Média</i> .....	86
4.1.5. <i>Direito lusitano</i> .....	88
4.1.6. <i>Direito brasileiro</i> .....	90
4.2. A suspensão do processo em face da revelia no Direito Comparado .....	95

#### **CAPÍTULO V**

O NOVO TRATAMENTO DA REVELIA DO ACUSADO CITADO POR EDITAL .....	97
5.1. A retroatividade da Lei 9.271/96 .....	98
5.2. Prazo de suspensão da prescrição .....	107
5.3. Medidas cautelares da Lei nº 9.271/96 .....	113
5.3.1. <i>A produção antecipada de provas</i> .....	114
5.3.2. <i>Prisão preventiva</i> .....	118
5.4. Do recurso cabível da decisão que suspende o processo .....	120
5.5. A aplicação da Lei nº 9.271/96 à legislação extravagante .....	122
5.6. Outras questões correlatas .....	124
5.6.1 – <i>Da necessidade de nomeação de defensor dativo ao ausente citado por edital</i> .....	126
<b>CONCLUSÃO</b> .....	128

<i>BIBLIOGRAFIA</i> .....	136
---------------------------	-----

## *Introdução*

A presente Dissertação de Mestrado, *Da Imprescindibilidade de Ciência Pessoal da Acusação*, busca uma análise dos dispositivos trazidos pela Lei 9.271, de 17 de abril de 1996, que privilegiam a necessidade de citação pessoal do acusado não encontrado, abolindo do sistema processual penal brasileiro a presunção de ciência da acusação trazida pela citação ficta. Especificamente, é objeto do estudo a nova redação do art. 366 do Código de Processo Penal, que impossibilita o andamento procedimental e contagem do prazo prescricional em caso de ausência e não constituição de procurador pelo citado por edital, possibilitando a decretação de prisão preventiva e produção antecipada de provas.

A importância de tal desiderato se apresenta na medida em que, com a vigência da antecitada legislação, inúmeros questionamentos foram e são feitos, procurando-se saná-los com base em interpretação muitas vezes restrita a argumentos infraconstitucionais, que, pelo médio alcance, não apresenta anteparo suficiente para dirimir as pendengas. O presente trabalho procura, com arrimo constitucional e rigor científico, apresentar nova visão teórica para o enriquecimento temático do objeto de estudo.

Para uma correta investigação, é necessário o estabelecimento dos conhecimentos prévios que o subsidiam e embasam. Assim, o trabalho se inicia com uma preocupação em registrar os paradigmas que serão utilizados para a análise, para quando do ataque ao assunto específico as bases modelares estejam instituídas, o que trará maior clareza e objetividade.

Registra-se, que permeia todo o estudo, a adoção de uma teoria geral e unitária do Processo<sup>1</sup>, razão pela qual, embora o assunto específico seja afeto ao processo penal, não se prescinde da utilização de conceitos oriundos da processualística civil, quando correlatos ao tema tratado. O trabalho se divide em seis partes.

No primeiro capítulo, tendo em vista que um dado modelo de Direito é determinado pelo modelo de Estado adotado em determinada época, são abordados os aspectos da evolução da noção do Estado de Direito. Partindo-se das características do Estado Liberal e do Estado Social, observa-se o nascimento do Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento nos dias de hoje, com apoio na teoria discursiva de JÜRGEN HABERMAS, em que a participação cidadã no processo legislativo determina uma nova prática social, exigindo uma nova concepção estatal. Tendo como norte a Constituição Cidadã, procura-se demonstrar a instalação no direito pátrio de um modelo de Estado, que, sem se abstrair da experiência histórica trazida pelos ideários anteriores, busca superá-los, na tentativa de promover uma democracia substancial e não meramente formal. Tal superação impõe uma crise paradigmática, na medida em que todo o ordenamento jurídico deve ser epistemologicamente adequado e interpretado em consonância com o novo modelo estatal.

O segundo capítulo visa buscar uma adequação do Processo ao novo paradigma trazido pelo Estado Democrático de Direito, perquirindo sobre a sua natureza jurídica. As várias teorias que historicamente se debruçaram sobre a questão são elencadas e resumidas. Na fase privatística, o processo é concebido como contrato ou quase contrato. Na fase publicista, é evidenciada a autonomia do processo do direito material, com a relação

---

<sup>1</sup> Embora debatida anteriormente, na atualidade, a grande maioria dos processualistas não impõe obstáculos à adoção de uma teoria geral e unitária que abranja o processo civil e o processo penal. Neste sentido: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 117-122.

jurídica descrita por BÜLOW, que no direito brasileiro mereceu moderna teorização através da Escola Instrumentalista. A teoria do processo como situação jurídica, de GOLDSCHMIDT, e a do processo como instituição, de GUASP, esta última adotada inicialmente por COUTURE, antecedem estudos mais recentes da ciência processual, em que FAZZALARI distingue processo de procedimento. Com o advento da teoria constitucionalista do processo, de ANDOLINA e VIGNERA, complementada na seara penal com o Garantismo de FERRAJOLI, procura-se demonstrar a nascente do processo na Carta Magna.

No terceiro capítulo, pois, a preocupação é o estabelecimento e conceituação dos princípios constitucionais institutivos do processo, tendo como pressuposto a idéia de natureza jurídica desenvolvida. O devido processo legal e seus corolários do contraditório, ampla defesa e isonomia são explicitados, com atenção para as dissimilaridades do processo penal. Procura-se vislumbrar o encaixe da citação no mecanismo do devido processo legal, e a possibilidade de, hodiernamente, poder ser considerada pressuposto de existência do procedimento em contraditório.

Estabelecidas as premissas que serão observadas em relação ao objeto de estudo, o quarto capítulo perfaz uma abordagem histórica dos institutos da citação e revelia no processo civil e penal e os antecedentes da Lei 9.271/96, bem como um breve panorama relativo à suspensão do processo penal em face da revelia no Direito Comparado.

No último capítulo, adentra-se ao tema propriamente dito, notadamente, nas polêmicas trazidas pela nova legislação: a retroatividade ou não da Lei aos casos anteriores à sua vigência, o prazo de suspensão da prescrição, as medidas cautelares de produção antecipada de provas e prisão preventiva, o recurso cabível da decisão que suspende o processo, a aplicabilidade da nova disposição à legislação extravagante, a situação do

réu que se esquivava da citação pessoal, a revelia intercorrente, culminando com a aferição da necessidade de designação de defensor dativo ao acusado citado por edital ausente.

Finalmente, as conclusões objetivam sistematizar as reflexões trazidas pelo estudo, com considerações sobre a interpretação de seu objeto em face do paradigma do Estado Democrático de Direito, que impõe uma nova visão do Processo, com a participação dos interessados e a vinculação aos princípios constitucionais de garantia.

Embora antedita legislação se encontre em vigor há mais de cinco anos, o tema não se encontra esgotado, na medida em que a abordagem ao mesmo é procedida muitas vezes de forma assistemática, sem preocupação com um estudo paradigmático e epistemológico ancorado em princípios constitucionais, que apresentam um contorno mais nítido das polêmicas trazidas pela nova legislação, possibilitando ainda uma resolução científica e ordenada de tais questionamentos.

## Capítulo I

### *O Estado Democrático de Direito como Paradigma da Ciência Jurídica*

O ideário do Estado de Direito nasce no século XVIII, visando à superação do Estado Absolutista, no qual o poder emanava do príncipe. Tal centralização impunha inomináveis restrições ao cidadão, que somente poderia demandar o Estado em busca de direitos privados, inexistindo qualquer garantia ou direito de natureza pública a beneficiá-lo. Nessa esfera, ele era obrigado a se render, sempre, ao alvedrio do soberano, detentor de uma legitimidade concedida por Deus, e portanto, inquestionável.

Frente ao esgarçamento provocado pelo Absolutismo no tecido social, surge o movimento iluminista, que, por obra de concepções contratualistas que deram origem à sociedade, determina o sepultamento do dogma absolutista. Sendo assim, o poder é destituído de sua origem divina, e passa a ser visto como vontade dos indivíduos, que se organizam em sociedade, e criam o Estado, conforme enfatiza SOUZA<sup>2</sup>.

Exponentes dessa corrente de pensamento, HOBBS<sup>3</sup>,

---

<sup>2</sup> SOUZA, Patrus Ananias de. Processo constitucional e devido processo legal. *Estudos continuados de teoria do processo. A pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Vol. I. Coordenador: Rosemiro Pereira Leal. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 34.

<sup>3</sup> HOBBS, Thomas - filósofo inglês (1588-1679). A concepção que Hobbes tem do estado de natureza distancia-se da maior parte dos filósofos políticos, que acreditam haver no homem uma disposição natural para viver em sociedade. Na obra *Sobre o cidadão*, Hobbes argumenta contra Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.) para quem o homem é um animal social e já está naturalmente incluído numa ordem ideal. Como o instinto de conservação é básico na filosofia de Hobbes, para ele os indivíduos entram em sociedade só quando a preservação da vida está ameaçada. Os homens não vivem em cooperação natural, como o fazem as abelhas ou as formigas. O acordo entre elas é natural; entre os homens, só pode ser artificial. Guiado pela razão, o instinto de conservação ensina que – diz Hobbes – “é preciso procurar a paz quando se tem a esperança de obtê-la”, pois a vida de cada um estaria sempre ameaçada, se cada qual tudo fizesse para exercer seu poder sobre todas as coisas. HOBBS, Thomas (de Malmesbury) – *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2ª ed. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1979.

LOCKE<sup>4</sup>, ROUSSEAU<sup>5</sup> e KANT<sup>6</sup> influenciaram a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, dando origem ao Constitucionalismo – principal característica do Estado de Direito.

A evolução dos modelos de Estado de Direito será, a seguir, analisada, face à influência de cada um deles na sociedade em que se amoldaram historicamente, com claras repercussões no campo do Direito. Registra-se, que tal desenvolvimento histórico não foi linear, havendo marchas e contramarchas pautadas pela miscigenação de conceitos<sup>7</sup>. Todavia, neste estudo jurídico-científico, busca-se uma análise genérica, visando delimitar, metodologicamente, as diversas acepções. Em seguida, observar-se-á qual dos modelos de Estado de Direito se amolda ao direito positivo brasileiro e sua repercussão paradigmática na exegese do ordenamento jurídico.

---

<sup>4</sup> LOCKE (John) – Nota do Autor: A filosofia política de Locke expressa, sobretudo, nos *Two Treatises on Government (Dois tratados sobre o governo)* - 1690, influenciou profundamente a formação da ideologia liberal burguesa. Para ele, os homens iguais e livres em seu estado de natureza, formam a sociedade através de um consentimento livre e com base em direitos naturais (como o da existência, ou subsistência, e o de propriedade). Provém de Locke uma divisão do governo em três poderes: legislativo, executivo (incluindo o judiciário) e o federativo (poder de declarar guerra e estabelecer acordos de paz ou alianças com outras comunidades).

<sup>5</sup> ROUSSEAU (Jean-Jacques) – Nota do Autor: Como filósofo, iniciou a crítica da civilização moderna pela dúvida dos benefícios do progresso, oscilando, porém, como era do seu caráter, entre pessimismo condenatório e esperanças utópicas. Suas teorias políticas tornaram-se base doutrinária da Revolução Francesa e revoluções seguintes, em que se justificam igualmente as democráticas e as totalitárias.

<sup>6</sup> KANT (Emmanuel) – Nota do Autor: Sua obra mais célebre, a *Kritik der reinen vernunft (Crítica da razão pura)* - 1781, apresenta os princípios do *idealismo transcendental*. A obra é dividida numa *estética transcendental*, ou teoria das sensações, e numa *lógica transcendental*; esta compreende uma *analítica*, ou teoria dos juízos de realidade, e uma *dialética*, ou teoria dos raciocínios formais. A *Crítica da razão pura* é fundamental para a análise dos limites do conhecimento humano. A teoria do conhecimento é completada por uma teoria da ação moral, com a *Grundlegung zur metaphysik der sitten (Fundamentos da metafísica dos costumes)* – 1785, e a *Kritik der praktischen vernunft (Crítica da razão prática)* - 1788, onde se encontra desenvolvido a teoria do imperativo categórico. A moral de Kant é uma moral rigorista, segundo a qual o homem deve agir por puro respeito ao dever, pois Kant considerava as idéias de Deus e da imortalidade como necessárias, mas – conforme os limites do conhecimento humano – não demonstráveis.

<sup>7</sup> Como anota CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 349: “Cada época tem as suas experiências jurídicas, as suas exigências de justiça, os seus padrões de juridicidade. Por isso, já se acentuou – e bem – que a história do Estado de Direito não deve ser compreendida como a *história de um conceito*, mas como uma história enquadrada na *história geral das idéias e das instituições*.”

## 1.1 – Estado Liberal de Direito

O Estado Liberal de Direito nasce em oposição ao Estado Absolutista, e firma suas características em contraposição ao modelo anterior. Se antes, a centralização do poder estava na figura do rei, agora, o comando desloca-se para os cidadãos, que elegem representantes para manejá-lo. A perspectiva é individualista e burguesa, afastando dos negócios privados a intervenção estatal, que, até então, se revelara catastrófica. Em decorrência, o Liberalismo clássico acorrenta o Estado, que passa a ter atuação negativa, privilegiando a liberdade individual.

O fundamental, neste regime político, é que o indivíduo seja livre para agir e realizar suas opções fundamentais. Espera-se muito pouco do Estado: que organize um exército para defesa da sociedade, e que assegure boa convivência interna entre a polícia e o poder judiciário, órgãos incumbidos de aplicar as leis. No mais, que o Estado seja absenteísta, pois ele é considerado como um mal necessário, conforme assevera BASTOS<sup>8</sup>.

Dessa evolução, surge a denominação *Estado de Direito*, visto que, para alcançar tal mister, deve a sociedade organizar-se politicamente por normas previstas em uma Constituição, autolimitando os poderes estatais, e estabelecendo as garantias individuais. Nesse sentido, conforme OLIVEIRA<sup>9</sup>, o Estado utiliza o Direito Positivo para garantir a certeza nas relações sociais, compatibilizando os interesses privados de cada um com o interesse de todos, deixando a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo.

No dizer de CANOTILHO:

---

<sup>8</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 69.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 37 e ss.

*(...) a noção de indivíduo, elevado à posição de sujeito unificador de uma nova sociedade, manifesta-se fundamentalmente de duas maneiras: (1) a primeira acentua o desenvolvimento do sujeito moral e intelectual livre; (2) a segunda parte do desenvolvimento do sujeito econômico livre no meio da livre concorrência.* <sup>10</sup>

E CANOTILHO prossegue: A primeira delas *justificará a exigência revolucionária da constatação ou declaração dos direitos do homem, existentes a "priori".* <sup>11</sup> Tais declarações de direitos fundamentais que constituem *uma esfera própria e autônoma dos cidadãos, ficam fora do alcance dos ataques legítimos do poder e contra o poder podem ser defendidos* <sup>12</sup>.

Complementa o antecitado autor, que:

*(...) a segunda perspectiva do individualismo, diretamente mergulhada nas doutrinas utilitaristas, conduz-nos ao individualismo possessivo ou proprietarista: o indivíduo é essencialmente o proprietário da sua própria pessoa, das suas capacidades e dos seus bens, e daí que a capacidade política seja considerada como uma invenção humana para proteção da propriedade do indivíduo sobre a sua pessoa e os seus bens. Conseqüentemente, para manutenção das relações de troca, devidamente ordenadas entre indivíduos, estes eram considerados como proprietários de si mesmos. Trata-se, no fundo do individualismo ideológico do liberalismo econômico.* <sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op cit.*, p. 255.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 256.

<sup>12</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 255.

A organização política se faz com a separação de poderes, atribuídos a órgãos estatais distintos, num sistema de controles recíprocos. Tal técnica constitucional objetivava a limitação do poder, servindo como escudo aos direitos de liberdade individual, enfraquecendo o Estado pela exposição da soberania à mutilação, explica BONAVIDES<sup>14</sup>.

Assim, conforme OLIVEIRA<sup>15</sup>, cabe ao poder legislativo a elaboração das leis, fonte primordial do Direito, obedecendo às limitações constitucionais; ao poder judiciário, dirimir conflitos, quando provocado, através do procedimento devido, aplicando o direito material de modo estrito, por processos lógico-dedutivos, buscando o sentido literal da lei; e ao poder executivo, implementar o Direito, garantindo certeza e segurança jurídicas e sociais.

De acordo com a visão de DÍAZ<sup>16</sup>, tem-se como principais características do Estado Liberal de Direito:

a) politicamente, ele é abstencionista, no campo do trabalho e da economia, intervindo em favor da propriedade privada em questões de ordem pública e militar; origina, além dos direitos e garantias individuais, os direitos políticos, que restritos, em um primeiro momento, a determinadas classes, foram estendidos paulatinamente a todos os cidadãos;

b) sociologicamente, o individualismo gera elitismo, com baixa participação da sociedade, no plano não institucional e não governamental, com reduzida mobilidade de classes, face à ascensão e consolidação do poder da burguesia;

c) economicamente, adota-se a doutrina do liberalismo econômico consubstanciado no *laissez-faire*, com a sacralização da propriedade privada

---

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 5ª ed. rev. e ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 61.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Op. cit.*, p. 38-39.

<sup>16</sup> DÍAZ, Elias. *Curso de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 101 e ss. *Apud* SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p. 30.

individual, da economia competitiva de livre mercado e da acumulação de capital;

d) juridicamente, o Direito declara e protege os direitos fundamentais conexos com a aceção individualista (liberdades de expressão e religião, participação política restringida, garantias processuais penais), sendo a igualdade formal.

Desta forma, o Estado Liberal de Direito consegue romper com o antigo regime, ao transformar o súdito subserviente em cidadão. O Estado passa a ter limites em face dos direitos individuais. Todavia, se tais paradigmas representaram visível evolução em relação à forma de sociedade até então adotada, eles se revelaram ineficazes para a solução da desigualdade social. Isto porque, a concepção liberal-individualista-burguesa excluía a maior parcela da população, que gozava de igualdade formal, e não de igualdade material, esta última, inatingível para os menos favorecidos, submetidos às normas do livre mercado e abstencionismo estatal, que os impossibilitava de vencer a força inercial social-classista a que estavam submetidos.

Com a Revolução Industrial, os conflitos são explicitados e surgem vários movimentos sociais, aumentando as demandas, mormente, no sistema capitalista de então, gerando a crise do modelo liberal e exigindo uma nova postura do Estado para a resolução de tal problemática.

## 1.2 – Estado Social de Direito

Embora o Estado Liberal de Direito tenha conseguido romper os grilhões do Absolutismo, sua principal deficiência foi perfazer uma igualdade meramente formal. Em tese, qualquer um poderia ter ascensão social, confundida com um maior nível de felicidade individual. Todavia, a realidade mostrava que somente a burguesia, entendida como o grupo social que

acumulava o capital, poderia gozar de tais benesses. O afastamento (absenteísmo) estatal era fator proeminente neste estado de coisas, preponderando para o sistema de castas vigentes. O capitalismo reinante impunha tal subserviência da classe proletária.

A idéia de Estado Social de Direito surge após a primeira guerra mundial, sendo considerados marcos fundantes, a Constituição Mexicana (1917) e a Constituição da República de Weimar (1919). Ela nasce de duas correntes ideológicas antagônicas: o socialismo democrático e o pensamento liberal progressista, conforme registra DIX SILVA<sup>17</sup>. A primeira atribuía ao Estado o papel de realização de justiça social por meio de reformas sociais e econômicas. A segunda defendia a intervenção estatal no processo econômico, visando ao aumento da produção, com pleno emprego e aumento das rendas do trabalho<sup>18</sup>.

Sob o novo paradigma, o Estado Social de Direito (ou Estado do Bem-Estar Social, ou Estado-Providência ou *Welfare State*) abandona a neutralidade do Estado Liberal, assevera OLIVEIRA<sup>19</sup>. A sociedade não é mais formada por um grupo de indivíduos proprietários, mas é compreendida como uma sociedade conflituosa, em que vários grupos digladiam-se em busca da satisfação dos próprios interesses. O Estado passa a estabelecer pautas públicas de vida boa, intervindo, economicamente, com uma proposta de bem-estar, que implica em manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, compensando as desigualdades sociais pela prestação estatal de serviços e concessão de direitos sociais. O cidadão passa a ser cliente do Estado. A Constituição é medida material da sociedade, prescrevendo programas políticos, procedimentos e competências<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Op cit.*, p. 37.

<sup>18</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Op cit.*, p. 40-41.

<sup>20</sup> *Ibidem*, mesmas páginas.

Nesse novo contexto, a separação de poderes é revista, sendo entendida como funções do Estado. O poder executivo passa a ser dotado de instrumentos jurídicos intervencionistas, econômicos e sociais, em nome do interesse público. O legislativo fiscaliza a administração pública e a atuação econômica do Estado. O judiciário aplica o direito material vigente de modo construtivo, buscando o sentido teleológico do ordenamento jurídico <sup>21</sup>. No dizer de CANOTILHO:

*De uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o estado intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos). <sup>22</sup>*

De acordo com DIX SILVA<sup>23</sup>, como componentes do Estado Social de Direito, temos:

a) politicamente, a elaboração de um pacto social, no qual o Estado se compromete com políticas de bem-estar, por meio de intervencionismo, objetivando atender as demandas sociais, com maior participação e igualdade real;

b) sociologicamente, uma maior presença e o reconhecimento público das associações sindicais e patronais;

c) economicamente, a interação com o sistema capitalista de produção, pois este não é o objetivo das reformas de caráter progressista;

d) juridicamente, o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, com sua efetiva realização, a partir de uma regulamentação democrática e uma intervenção mais acentuada do Estado.

---

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Op cit.*, p. 42.

<sup>22</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 365.

<sup>23</sup> SILVA, Tadeu Antonio Dix, *Op cit.*, p. 38.

O Estado do Bem-Estar Social, além de reconhecer os direitos sociais (trabalhistas e previdenciários), passa a se preocupar com os direitos coletivos (consumidor, criança e adolescente, meio ambiente, patrimônio público e cultural, dentre outros).

Conforme se pôde observar, o Estado Social tendeu para o gigantismo e para o paternalismo, ao pretender pré-ordenar a sociedade através do dirigismo contratual, esclarece SOUZA<sup>24</sup>. Se no Estado Absolutista, o poder estava nas mãos do príncipe, e no Estado Liberal, nas mãos da burguesia, no Estado Social ele é transferido para o próprio Estado. Sob tal paradigma, o Estado intervém em tudo, muitas vezes não deixando a contrapartida da efetivação dos direitos, sequer os sociais. Na verdade, o Estado Social de Direito pretendeu ser um Estado Liberal de Direito com atuação social, não se desvinculando, pois, dos princípios liberais econômicos anteditos. Antes, procurou modernizar o Liberalismo, sem pretender superá-lo.

Os intensos movimentos sociais ocorridos na segunda metade da década de 60, notadamente, o da *nova esquerda*, o estudantil de 68, o pacifista, o ecologista e o movimento pelos direitos das minorias comprovam as duras críticas ao Estado Social, cuja crise levou à construção do ideário do Estado Democrático de Direito, conclui OLIVEIRA<sup>25</sup>.

### 1.3 – Estado Democrático de Direito

Surge a idéia de Estado Democrático de Direito, através de um conjunto de pensadores que, segundo OLIVEIRA:

*A partir de duras críticas tanto ao Estado de Bem-Estar - denunciando os limites e o alcance das políticas públicas, as*

---

<sup>24</sup> SOUZA, Patrus Ananias de. *Op cit.*, p. 36.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Op cit.*, p. 43.

*contradições entre capitalismo e democracia –, quanto ao Estado de socialismo real – a formação de uma burocracia autoritária desligada das aspirações populares –, cunha a expressão Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito passa a configurar uma alternativa de superação tanto do Estado de Bem-Estar quanto do Estado de socialismo real. Socialistas democráticos, democratas radicais e socialistas cristãos concebem, então, o Estado Democrático de Direito como uma organização política que possibilitaria a transição democrática ao socialismo.*<sup>26</sup>

O Estado Social de Direito não estaria apto à construção de um Estado de Direito material, surgindo então a necessidade de que fosse superado, por meio de um modelo diverso, que se denominou *Estado Democrático de Direito*. Este teria como norte a transformação do modelo de produção capitalista por uma organização socialista, caracterizando uma substituição de caráter progressivo. Em tal superação, residiria o Estado Democrático de Direito, posto que o Estado Social compatibilizou um neocapitalismo com um intervencionismo estatal produtor de bens e serviços, não coincidente com o socialismo. Logo, não apenas os Estados Sociais de Direito seriam superados, mas, também, os Estados onde reinava o socialismo real, revogando-se os monolitismos e dogmatismos ali existentes, de acordo com DÍAZ<sup>27</sup>.

Dando um passo adiante, desvinculando-se ideologicamente, HABERMAS<sup>28</sup> procura, em sua teoria discursiva do Estado Democrático de Direito, apresentar contornos mais nítidos desta tipologia. Concebe o mencionado autor uma idéia de autolegislação cidadã, desvinculada da

---

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Op cit.*, p. 43.

<sup>27</sup> DÍAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedade democrática*. Madri: Taurus, 1992, p. 111-116. *Apud*. SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Op cit.*, p. 41-42.

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 163 e ss. *Apud*. SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Op cit.*, p. 45-47.

autolegislação moral de pessoas singulares, para a qual os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito. Para tanto, HABERMAS elabora um princípio de discurso, que deve assumir, pela via da institucionalização jurídica, um princípio da democracia, passando a conferir força legitimadora ao processo de normatização <sup>29</sup>.

MOREIRA, em estudo conexo ao tema, assevera:

*O Direito é, ao mesmo tempo, criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade dos membros de uma dada comunidade jurídica. O processo legislativo vem a ser a instância que se constitui como síntese entre os direitos que cada cidadão tem de se atribuir e à sua autonomia política. Em uma palavra, através desse princípio do discurso, neutro do ponto de vista normativo, Habermas poderá fundamentar o Direito de modo a estabilizar a tensão entre autonomia privada e pública através do procedimento legislativo.* <sup>30</sup>

Portanto, para HABERMAS, em uma democracia a legitimidade das leis e normas é garantida por processos de validação discursiva, somente podendo ser assegurada no interior de processos argumentativos, que obedeçam ao princípio D (princípio Discursivo), compreendido, não como as práticas usuais nos parlamentos, na elaboração das Constituições, mas como processos argumentativos livres de coação, acessíveis a todos os afetados/interessados, tendo como princípio norteador *boas razões*, ou seja, razões convincentes que obtenham a aceitação de todos, com base no entendimento mútuo, contextualiza DIX SILVA <sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op cit.*, p. 157-158.

<sup>30</sup> MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 157.

<sup>31</sup> SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Op cit.* p. 45-47.

Nesse contexto, esboça-se a idéia de uma sociedade descentralizada, com espaço público/político que sirva para manifestação, identificação e tratamento dos problemas sociais, sendo possível interações da vontade materializada constitucionalmente e a opinião pública mobilizada culturalmente, sustentada por associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia, complementa DIX SILVA<sup>32</sup>.

Sendo assim, a gênese dos direitos se inicia com a aplicação do princípio do discurso à forma jurídica, e termina com a institucionalização das condições para um exercício discursivo da autonomia política. O Direito deverá englobar os princípios aos quais os indivíduos devem estar submetidos, quando pretendem orientar a vida social através do mesmo, lembra OLIVEIRA<sup>33</sup>.

O princípio da separação de poderes deve ser interpretado no estabelecimento das condições de possibilidade de um entendimento mútuo acerca, não só da justificação ou elaboração das normas de ação, mas, também, da aplicação e da observância de tais normas, conclui OLIVEIRA<sup>34</sup>.

Observa-se, pois, que, na teoria discursiva Habermasiana, o cidadão passa a ter outro *status*, inatingível no Estado Social de Direito: de uma posição filial, como receptor de benesses estatais, ele passa para uma posição ativa, atuante e participativa do processo político.

Note-se, que tal paradigma se encontra em construção. Além dos direitos sociais, são valorizados os direitos e garantias individuais. Procura-se uma sociedade participativa, com iniciativas de sociedades não governamentais. Os direitos coletivos e difusos são dotados de instrumentos hábeis a difundi-los. Os conflitos sociais são explicitados, como forma de

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, mesmas páginas.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Op cit.*, p. 52-55.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 53-55.

construção do próprio Direito, explica SOUZA<sup>35</sup>. O conceito de maioria deve ser reinterpretado, visto que a crise do Estado e sua legalidade abrem caminhos para novas técnicas de resolução de conflitos, conclui CAMPILONGO<sup>36</sup>.

#### 1.4 – O Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal de 1988.

O Constituinte de 1988 fez inserir, no preâmbulo da Carta Magna brasileira e no seu Art. 1º<sup>37</sup>, a constituição da República em Estado Democrático de Direito. A recepção a respeito da abrangência de tal conceito foi conservadora, na medida em que, imiscuída em idéias liberais, como sói acontecer quando se apresenta um novo paradigma.

Tal expressão foi inspirada na Constituição da República Portuguesa (Estado de Direito Democrático), onde seu ineditismo causava polêmica. Embora se considerasse que haveria uma íntima imbricação entre os termos (não haveria Estado de Direito que não fosse Estado Democrático), tal ligação material não impediria a consideração específica de cada componente, esclarece CANOTILHO<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> SOUZA, Patrus Ananias de. *Op cit.*, p. 37.

<sup>36</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 119.

<sup>37</sup> Preâmbulo da CF: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)”

<sup>38</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 2ª ed. Coimbra:Coimbra Editora, 1978, p. 73 *Apud*. BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 420.

No Direito pátrio, seguindo o exemplo português, procurou-se cindir os conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático. Considera-se o primeiro, preso à idéia de uma limitação do Estado pelo Direito e um oposto ao Estado de Polícia, com repúdio a qualquer propósito autoritário. Como a principal crítica a tal estruturação seria o seu caráter formal, deveria o Estado atuar no campo social, gerindo a economia e a ordem social, nos limites do indispensável, conforme opinião de BASTOS<sup>39</sup>. Acolheu, pois, a Constituição, um modelo que se acomoda à forma do Estado Democrático e Social de Direito, conclui DIX SILVA<sup>40</sup>.

A par de tal concepção, concebe-se a idéia de um novo modelo de forma estatal: o Estado Democrático de Direito. Nele, reúnem-se os princípios do Estado de Direito e os postulados da democracia, não a partir de uma visão formal da mera união de seus respectivos elementos, mas a partir da idéia de superação, na medida em que o Estado Democrático de Direito incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. Com tal conceito novo, a Constituição está proclamando e fundando o Estado Democrático de Direito, declara SILVA<sup>41</sup>.

Observa-se, que o preâmbulo constitucional fala em *instituição de um Estado Democrático de Direito*. Se tal Estado deve ser instituído, é porque seus princípios são diferentes dos adotados em formas anteriores. Embora não faça parte da Constituição, ausente sua força coercitiva, é inegável que o preâmbulo auxilia a interpretação do texto, não sendo, pois, ato jurídico irrelevante, afirma BASTOS<sup>42</sup>. Ele tem, pois, força para definir o tipo de sociedade e em que bases os legisladores desejam que ela seja firmada. Sendo tais princípios acolhidos pelo texto, eles passam a ter força

---

<sup>39</sup> BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Op cit.*, p. 420-422.

<sup>40</sup> SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Op cit.* p. 51.

<sup>41</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 113.

<sup>42</sup> BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Op cit.* p. 409.

constitucional e, portanto, a serem de obediência obrigatória a todos os cidadãos, ressalta SYLLA<sup>43</sup>.

Para SILVA<sup>44</sup>, a democracia que se pretende realizar será um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, onde o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, pela sua participação no processo decisório e na formação de atos do governo, respeitando a pluralidade de idéias, culturas e etnias; pressupondo diálogos entre opiniões e pensamentos divergentes e convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; e liberando a pessoa humana de diferentes formas de opressão, pela vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

A Carta Magna de 1988 rompeu com todos os modelos de Estado, até então existentes, e criou um novo paradigma para os operadores do Direito: o Estado Democrático de Direito, procurando, pois, distanciar-se da concepção liberal e de seu aperfeiçoamento pela atuação social estatal, negando-as, por meio da busca de superação ideológica e paradigmática.

## 1.5 – O Paradigma do Estado Democrático de Direito

A crise do Estado Social leva à crise do Direito. Cada modelo de Estado açambarca um modelo de Direito para satisfazer as políticas a que se propõe, e não seria diferente no *Welfare State*. Muitos autores, das mais diversas perspectivas teóricas e ideológicas, compartilham o sentimento de esgotamento das potencialidades do Direito nos Estados intervencionistas, pela impotência da pretensão totalizante do direito estatal e pelo

---

<sup>43</sup> SYLLA, Antonio Roberto. O preâmbulo da constituição brasileira e sua relevância para o direito penal. *Direito penal e constituição*. Coordenadores: Maurício Antonio Ribeiro Lopes & Wilson Donizeti Liberati. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109.

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso. *Op cit.* p. 114.

exaurimento das virtudes do processo reformador, planejador e redistribuidor de recursos a que se propunha, assevera CAMPILONGO<sup>45</sup>.

Em um contexto mais abrangente, FERRAJOLI<sup>46</sup> vislumbra uma crise profunda e crescente do Direito, dividida em três aspectos: o primeiro, *crise da legalidade* ou seja, do valor vinculativo associado às regras pelos titulares dos poderes públicos. Ela se exprime na ausência ou na ineficácia dos controles, e portanto, na variada e espetacular fenomenologia da ilegalidade do poder, perfazendo-se em gigantescos esquemas de corrupção estatal, numa espécie de Estado paralelo, regido por códigos próprios de comportamento, e deslocado para sedes extra-institucionais e extralegais, em crise constitucional, com a progressiva erosão do valor das regras do jogo institucional e do conjunto dos limites, e dos vínculos por elas impostos ao exercício do poder público.

O segundo aspecto é a inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às funções do *Welfare State*, agravada pela acentuação do seu caráter seletivo e desigual, em consequência da *crise do Estado Social*. Esta, nascida na contradição do paradigma clássico do Estado de Direito (com seus limites e proibições impostos ao poder público de maneira certa, abstrata e geral para tutela dos direitos e liberdades dos cidadãos) com o Estado Social (que, ao contrário, exige tais poderes para a satisfação dos direitos sociais, de caráter discricionário ou contingente), gera a deterioração da forma da lei, na incerteza pela incoerência e inflação legislativa e falta de elaboração de um sistema de garantias dos direitos sociais, afirma FERRAJOLI<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op cit.*, p. 56.

<sup>46</sup> FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. *O novo em direito e política*. Traduzido por Eduardo Maia Costa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 90.

O terceiro aspecto, *Crise do Estado Social*, ainda conforme FERRAJOLI<sup>48</sup>, se manifesta na deslocação dos lugares de soberania, na alteração dos sistemas das fontes e, portanto, num enfraquecimento do Constitucionalismo pelo processo de integração mundial, ausente um Constitucionalismo de Direito Internacional, subtraindo-se o controle parlamentar e, portanto, vínculos constitucionais nacionais ou supranacionais.

Não há dúvida, de que esta tríplice crise pode transformar-se em uma crise da democracia, pondo em risco direitos conquistados por parte dos cidadãos. Ela equivale de fato, em todos os três aspectos, a uma crise do princípio da legalidade, isto é, da sujeição dos poderes públicos à lei, princípio este, sobre o qual se fundam, quer a soberania popular, quer o paradigma no Estado de Direito, o que permite a reprodução, no seio dos nossos ordenamentos, de formas neo-absolutistas de poder público, isentas de limites e de controles, e governadas por interesses fortes e ocultos, conclui FERRAJOLI<sup>49</sup>.

Assim, a tão comentada e reconhecida crise do Estado Social leva o constituinte brasileiro à elaboração de um novo paradigma, entendido este, na lição de HABERMAS<sup>50</sup>, como a imagem ou a idéia implícita que determinada sociedade faz de si mesma, o que fornece uma perspectiva da prática legislativa e da prática de aplicação do direito em determinado momento histórico, orientando, assim, o projeto de realização de uma associação de cidadãos livres e iguais. Isto, porque um paradigma é estabelecido apenas em períodos de revolução, surgindo, tipicamente, em

---

<sup>48</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.*, p. 90.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>50</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms – Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Regh. Cambridge: MIT Press, 1996, p. 176. *Apud* GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 79.

resposta à acumulação de anomalias e dificuldades, que não podem ser resolvidas no paradigma vigente, afirma NASSIF<sup>51</sup>.

Neste particular, SOUZA SANTOS<sup>52</sup> vislumbra uma crise de degenerescência no paradigma da ciência pós-moderna como um todo. Define esta, contrapondo-a com a crise de crescimento, vivenciada comumente pela ciência, instalada pela insatisfação perante métodos ou conceitos básicos, até então usados sem qualquer contestação na disciplina, decorrendo da existência, mesmo que pressentida, de alternativas viáveis, o que, na verdade, impulsiona a evolução científica. Ao contrário, a crise de degenerescência apresenta um nível mais profundo, pondo em causa a própria forma de inteligibilidade do real que um dado paradigma proporciona, e não, apenas os instrumentos metodológicos e conceituais que lhe dão acesso.

No campo da ciência jurídica, como anota CANOTILHO<sup>53</sup> a propósito de uma constituição dirigente, não se pode assentar o trabalho *na idéia de uma revolução no sentido Kuhniano, que obrigue à adoção de paradigmas completamente novos para explicar os modernos problemas da Constituição*<sup>54</sup>. Como assegura antecitado autor<sup>55</sup>, tais problemas:

(...) não podem ser equacionados se os arquétipos paradigmáticos continuarem a ser os do Estado Liberal e os da

---

<sup>51</sup> NASSIF, Elaine Noronha. *Fundamentos da flexibilização. Uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho*. São Paulo: LTR, 2001, p. 51, em comentário à obra de KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed.. São Paulo: Perspectiva, 1998.

<sup>52</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p.18.

<sup>53</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 65.

<sup>54</sup> Nota do Autor: Até porque não é possível ao Direito desvincular-se dos conceitos históricos, visto que a sua evolução é gradativa e construtiva, havendo momentos de superação, e não de abandono, das idéias até então defendidas. Nas Ciências Naturais uma nova descoberta pode mudar totalmente o paradigma físico que amparava a pesquisa até então.

<sup>55</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op cit.*, p. 65.

*compreensão imperativística do direito. A perspectiva atual dos problemas constitucionais não implica, porém, que as teorias da constituição e as posturas dogmáticas mais antigas se considerem só inteligíveis a partir de paradigmas ultrapassados.*

Faz-se, pois, necessária uma reestruturação ou releitura, sob a luz do novo paradigma e com novos meios de reflexão epistemológica, de tudo aquilo considerado e assentado no paradigma anterior, repensando a realidade a partir de novos pontos de reflexão, como forma de questionar as bases desta mesma realidade, sugere MARINHO <sup>56</sup>.

Neste diapasão, deve-se aferir a idéia de processo que melhor se adapte, epistemologicamente, conforme visão de LEAL <sup>57</sup>, ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito, conforme será visto na seqüência desta pesquisa jurídico-científica.

---

56 MARINHO, Guilherme. Tutela jurisdicional e tutela legal (aspectos antecipatórios). *Estudos continuados de teoria do processo. A pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Vol. I. Coordenador: Rosemiro Pereira Leal. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 89.

57 Adotamos aqui o conceito de epistemologia de LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2ª ed. ver. e atual. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 53: “Conjunto necessário de conhecimentos, ainda que provisórios, ao entendimento e esclarecimento das fases jurídicas da atividade e interação humanas empreendidas, até a construção das atuais bases histórico-científicas do processo no campo do direito.”

## Capítulo II

### *Natureza jurídica do Processo Epistemologicamente Adequada à Concepção Democrática*

A perquirição acerca da natureza jurídica do processo, apesar de debatida historicamente pelos juristas, é objeto de polêmica até os dias de hoje. Sua importância é patente, visto que a concepção adotada direciona o modo de ser da ciência processual. Como anota COUTURE<sup>58</sup>, o estudo da natureza jurídica do processo consiste em determinar se esse fenômeno faz parte de alguma das figuras conhecidas do direito ou se constitui, por si só, uma categoria especial.

No presente capítulo, procede-se à avaliação de tais concepções, buscando a que melhor se ajuste ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

#### 2.1 – O processo privatístico: contrato ou quase contrato

As primeiras formulações acerca da natureza jurídica do processo estavam impregnadas de conceitos oriundos da civilização romana. Baseado na *litiscontestatio*, acordo celebrado pelas partes diante do Pretor, pelo qual pactuavam submeter-se à decisão proferida, o processo é concebido como um contrato, um negócio jurídico pelo qual as partes se submetem, voluntariamente, ao processo e a seus resultados, conforme CINTRA (*et al*)<sup>59</sup>. De origem francesa, teve como um de seus maiores defensores

---

<sup>58</sup> COUTURE, Eduardo José. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 88.

<sup>59</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 277.

POTHIER<sup>60</sup>, que se inspirou em ULPIANO<sup>61</sup> e ROSSEAU, colocando a vontade individual como única fonte do direito e dever, cabendo ao Estado somente atender aos pactos advindos dos particulares. Para essa teoria, não estavam as partes obrigadas a comparecer em juízo, mas se a tanto fossem, comprometiam-se a cumprir a decisão proferida pelo juiz, esclarece LEAL<sup>62</sup>.

Por volta de 1850, ARNAULT DE GUÉNYVAU<sup>63</sup> e SAVIGNY<sup>64</sup>, observando que o processo não tinha características de contrato, defenderam que deveria ser então um quase contrato, visto que à parte que ingressava em juízo consentia com a decisão judicial, favorável ou desfavorável, ocorrendo umnexo entre autor e juiz, independente da adesão espontânea do réu ao debate da lide, assevera LEAL<sup>65</sup>. Partia tal premissa de erro metodológico fundamental, por se querer enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias de direito privado, esclarece CINTRA (*et al*)<sup>66</sup>.

As críticas lançadas às duas teorias são similares: partes ou autor estão submetidos, coercitivamente, à decisão proferida pelo juiz, que não

---

<sup>60</sup> POTHIER, Robert Joseph. 1699 – 1772. Nota do Autor: Conselheiro do tribunal presidiário da cidade de Orléans, Pothier deixou obra considerável da qual se destacam *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre (Pandectas de Justiniano postas em nova ordem)* (1748) e tratados sobre o direito civil, que influenciaram o código civil francês. Em sua obra *Obligations* expõe a idéia de que a coisa julgada é conseqüência lógica de que as convenções afetam somente os contratantes, e que decorre pois de um contrato judicial, consoante COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Editora Saraiva, 1946, p. 91.

<sup>61</sup> ULPIANO, Danielo. Jurisconsulto romano, n. em Tyro, em 170 e m. em Roma, em 223. Nota do Autor: Figura entre os cinco jurisconsultos dos escritos dos quais a lei das citações tem uma autoridade particular. A sua obra mais conhecida, o *Liber singularis regularum*, é um resumo do direito romano, que foi escrito no tempo de Caracalia. Também escreveu *Institutiones*, de que resultam alguns fragmentos.

<sup>62</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Op. cit.*, p. 75.

<sup>63</sup> GUÉNYVAU, Arnaut de. *Du quase-contrat judiciaire*. Poitiers, 1859.

<sup>64</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von. (1779 – 1861). Nota do Autor: Criou a escola histórica alemã, combatendo a teoria do direito natural e substituindo-a pelo estudo da evolução histórica do direito positivo. Acreditando nessa força evolutiva, combateu a codificação do direito. Sua obra pioneira, *Gechichte des römischen Rechts im Mittelater (História do direito romano na idade média)*, 1815-1831, foi completada pelo *System des heutigen römischen Rechts (Sistema do direito romano atual)*, 1840-1849. Foi profunda e duradoura a sua influência sobre o pensamento jurídico dos tempos modernos.

<sup>65</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>66</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 278.

necessita de prévio assentimento de qualquer daqueles para impor a sentença. Ademais, permanecia o processo no plano do direito material, sem qualquer tratamento científico e confundido com o procedimento, interessando apenas o seu aspecto evolutivo, na seqüência de atos coordenados até a sentença, esclarece FERNANDES<sup>67</sup>.

## 2.2 – O processo como relação jurídica

Deve-se a OSKAR VON BÜLOW a autonomia do processo frente ao direito material, em face da publicação, em 1868, do clássico: *Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais*. Inspirado em BULGARO, para quem o processo seria ato de três personagens – juiz, autor e réu – BÜLOW estabeleceu pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo por meio da relação entre tais atores, visto que, para a validade e legítima constituição do mesmo, deveriam aqueles cumprir o disposto em lei processual, remetendo o direito disputado para a matéria de mérito. Afirmou o autor, que:

*Nunca se há dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes e al tribunal. Pero, de esa manera , se já afirmado, también, que el processo es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica.*

*Esta simples, pero, para el derecho científico, realidad importantíssima, desde todo punto de vista, no há sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho*

---

<sup>67</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

*privado. A éstas , sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se les toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública.*

*La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común. Y también esta ulterior actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación.<sup>68</sup>*

---

<sup>68</sup> BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964, p. 1-3.

Sistematizando a relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas, BÜLOW deu realce a duas situações distintas: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela. A relação jurídico-processual se distinguiria da de direito material por três aspectos: pelos seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz), pelo objeto (prestação jurisdicional) e pelos seus pressupostos (pressupostos processuais), conforme registro de CINTRA (*et al*)<sup>69</sup>.

Distingue, ainda, BÜLOW<sup>70</sup>, os conceitos de processo e procedimento. Observa que a relação jurídica processual, que considera de natureza pública, está em constante movimento e transformação, fato a que a ciência processual de então dava extrema importância, destacando, unicamente, aquele aspecto que saltava à vista da maioria: sua marcha ou andamento gradual, ou seja, o procedimento, descuidando-se de mostrar a relação processual como a outra parte do conceito. Em tal lapso, nem os juristas romanos incorreram, visto que não admitiam a idéia superficial de processo como mera série de atos do juiz e das partes, mas a conceberam como uma relação jurídica unitária (*judicium*).

Muito ainda se debateu acerca das maneiras de se considerar esta relação processual. WACH<sup>71</sup> entendia a relação processual entre o juiz e as partes como de direito público, e das partes entre si como de direito privado, graficamente representada como triangular, assevera TORNAGHI<sup>72</sup>. KOHLER<sup>73</sup> afirmou que a relação seria de natureza privada, estabelecendo-se somente entre as partes, sendo o juiz mero colaborador e não partícipe,

---

<sup>69</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 278.

<sup>70</sup> BÜLOW, Oskar von. *Op cit.*, p. 03-04.

<sup>71</sup> WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen civilprozessrechts*. Lípsia, 1885.

<sup>72</sup> TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 17.

<sup>73</sup> KOHLER, Josef. *Der process als rechtsverhältniss*. Mannheim, 1888.

numa perspectiva linear (autor-réu), registra ARAÚJO<sup>74</sup>. O sistema concebido por PLANCK<sup>75</sup> e HELLWIG<sup>76</sup> demonstrava que as partes não estavam vinculadas uma à outra, mas ligadas ao juiz, sendo, pois, uma relação exclusivamente de direito público e angular, explica TORNAGHI<sup>77</sup>. A idéia linear foi, de plano, descartada, visto que o interesse do juiz no processo é prestar a jurisdição, solucionando a pendenga, e sua participação o insere na relação processual, transformando-a em pública. Em nosso meio jurídico, os tratadistas de processo penal manifestam sua predileção, ora pela teoria angular, conforme TORNAGHI<sup>78</sup>, ora pela teoria triangular, conforme TOURINHO FILHO<sup>79</sup>.

Com o acréscimo do conceito de direito subjetivo feito através do debate entre WINDSCHEID e MUTHER<sup>80</sup> à teoria da relação jurídica, com importantes reflexos também para a conceituação do direito de ação, esta se aperfeiçoa, sendo conceituada como o vínculo normativo que liga sujeitos em dois pólos – passivo e ativo – atribuindo ao sujeito ativo o poder de exigir do sujeito passivo uma determinada conduta, e impondo a este o dever de prestá-la, conforme assevera GONÇALVES<sup>81</sup>.

Hodiernamente, os juristas não discrepam da idéia primeva, vislumbrando, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e, igualmente, pelo aspecto das relações entre os sujeitos.

---

<sup>74</sup> ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 51.

<sup>75</sup> PLANCK, Julius Wilhelm Von. *Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts*. Nördlingen, 1887.

<sup>76</sup> HELLWIG, Konrad. *Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts*. Vol. 3. Lúpsia, 1903/1909.

<sup>77</sup> TORNAGHI, Hélio. *Op cit.*, p. 23.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>79</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 16ª ed. ver. e atual. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 18.

<sup>80</sup> WINDSCHEID, Bernhard. & MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

<sup>81</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 77.

Procedimento, seria o meio extrínseco pelo qual se instaura, se desenvolve e se conclui o processo; é a manifestação extrínseca do processo, sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é teleológica, pois se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder, como instrumento da jurisdição para eliminar conflitos, e fazer justiça mediante a atuação concreta da lei, prossegue GONÇALVES<sup>82</sup>.

A teoria da relação jurídica é encampada pela maioria dos processualistas brasileiros, inspirando o *digesto* e a *processualística civil* por obra de LIEBMAN. Também os penalistas a adotam, pois retira o acusado da condição de mero objeto do processo e o transforma em sujeito de direitos, vinculado às determinações da lei e não à discricção do juiz. As relações entre acusado, acusador e juiz são relações jurídicas com direitos, faculdades, encargos e obrigações específicas, defende TORNAGHI<sup>83</sup>.

Observa-se que, em uma concepção democrática, o processo não é instrumento da jurisdição, mas seu validador e disciplinador, mormente, quando o direito de ação instaura o procedimento, e não, a jurisdição. Esta concepção peca, ainda, por não conseguir distinguir o procedimento do processo, além do conceito de direito subjetivo ser ultrapassado, na medida em que o autor não pode, à margem da lei, exigir uma contraprestação do réu, registra LEAL<sup>84</sup>.

### **2.2.1 – A escola instrumentalista do processo como relação jurídica**

Notadamente, no Direito brasileiro, a concepção da relação jurídica vem sofrendo constante evolução, através do movimento conhecido como Escola Instrumentalista do Processo, nascido no Estado bandeirante. Em

---

<sup>82</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op cit.*, p. 77.

<sup>83</sup> TORNAGHI, Hélio. *Op cit.*, p. 13.

<sup>84</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 77.

obra clássica, DINAMARCO<sup>85</sup> eleva os ensinamentos da escola do processo como relação jurídica, impondo argutas observações. Concebe, o doutrinador, a jurisdição como poder do Estado e centro da teoria processual, numa perspectiva publicista, onde o processo é concebido como instrumento de exercício daquele poder, para cumprimento de seus objetivos. Advém a sua instrumentalidade, por não ser um fim em si mesmo, mas um meio para a consecução dos fins jurisdicionais.

Por estar destituído de uma maior expressão substancial dentro do sistema que integra, uma vez marcado pelo formalismo (aspecto negativo da instrumentalidade), é que o processo não merece ser colocado como fonte substancial de emanção e alvo de convergência de idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual. Portanto, deve ser extraído dele o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos, os escopos do sistema e a efetividade processual (aspecto positivo da instrumentalidade).

O exercício da jurisdição, por meio do processo, deve observar o devido processo legal, mediante o qual é imposta, ao juiz, uma estrutura de oportunidades e respeito a faculdades e poderes processuais, pela Constituição e pela lei. Portanto, a jurisdição não pode ser vista apenas no seu aspecto jurídico, pois sendo expressão do poder estatal, tem implicações com a estrutura política do Estado. Está inserida em um contexto de poder, e não como um poder, devendo ser descortinado o panorama sócio-político em que inserida sua real função. Passa a ter *escopos* jurídicos e extrajurídicos.

---

<sup>85</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Sendo assim, o principal escopo jurídico do processo seria a atuação da vontade concreta do direito, não pela composição das lides ou o estabelecimento da regra que as disciplina e soluciona, no caso concreto, mas pela efetividade à regra, no caso concreto, que lhes pré-existia.

São dois, os escopos sociais do processo:

a) a pacificação com justiça, pela solução dos conflitos por meios reconhecidos como idôneos, gerando o aceite da decisão (mesmo pelo contrariado), e o alcance da segurança jurídica (terminado o processo, cessa qualquer estado anímico desfavorável);

b) a conscientização dos membros da sociedade para seus direitos e obrigações, educando o Poder Judiciário através do adequado exercício da jurisdição. Havendo confiança da população, as insatisfações serão levadas a juízo, aumentando a segurança jurídica, como vem ocorrendo na jurisdicionalização de conflitos no sistema de pequenas causas, que não tinha, até então, sede própria.

Quanto aos escopos políticos do processo, eles são três:

a) afirmação da capacidade estatal de decidir imperativamente, sendo esta a síntese da atividade jurisdicional, exercida diuturnamente em número indefinido de casos. O melhor dos sistemas jurídico-substanciais não seria de valor, se o Estado deixasse cada um à sua própria sorte, no caos da autotutela, sem a jurisdição pacificadora;

b) limitação e observância dos contornos do poder e seu exercício, para a dignidade dos indivíduos e concretização da liberdade, com a promessa do Estado Democrático de observar as garantias públicas e limitar o exercício de poder, para não invadir a esfera individual;

c) garantia da participação dos cidadãos nos destinos da sociedade, seja por si mesmos (ação popular), seja por meio de associações (proteção de interesses coletivos).

Na problemática da efetividade do processo, são quatro os aspectos fundamentais: a admissão em juízo, seja para a postulação seja para a resistência; o modo de ser do processo, correlacionando os princípios e garantias processuais, com prevalência do contraditório efetivo e da igualdade das partes; a justiça nas decisões, devendo o juiz optar pelo seu senso social de justiça, em caso de ser possível mais de uma interpretação razoável; e a utilidade das decisões, no sentido de serem as esperadas pela ordem social, política e jurídica.

Avançando aos conceitos adotados até então pela teoria da relação jurídica, passa o processualista a adotar a idéia fazzalariana de processo como um procedimento em contraditório, pautado pela regra da paridade de armas e participação dos interessados. Serve tal premissa, além da resolução da tormentosa questão da diferença entre processo e procedimento, ao escopo social, visto que, com a participação das partes na preparação do provimento, por meio da influência permitida pelo procedimento adequado, haverá uma predisposição para acatamento de eventual decisão desfavorável.

Muitas são as críticas formuladas a tal concepção, visto que, embora permita ela a evolução da distinção entre processo e procedimento, permanece o senso do exercício da jurisdição pelos vínculos de subordinação, comando, autoridade e ordenação, que na prática forense se degeneram em vínculos de autoritarismo. Sendo o juiz colocado como órgão *suprapartes* ou *superpartes*, as partes, verdadeiros interessados, sofrerão os efeitos do provimento final, pois são desprezadas, amesquinhas, convertendo-se em súditos, pois sujeitos a atos de império emanados do juiz, conclui ARAÚJO<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Op cit.*, p. 124.

## 2.3 – O processo como situação jurídica

Imputa-se a GOLDSCHMIDT<sup>87</sup> a formulação da teoria do processo como situação jurídica, por volta de 1925, em obra publicada na Alemanha, teoria esta, alavancada por BONNECASE<sup>88</sup> e ROBIER<sup>89</sup>.

Utilizando um paralelo entre a guerra e o processo, GOLDSCHMIDT ensina que o vencedor da batalha desfruta de situações vantajosas pela simples conquista, tendo ou não direito anterior. O processo seria o direito numa condição dinâmica, mudando estruturalmente: o que era direito subjetivo, transforma-se em meras possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter o reconhecimento do direito), perspectivas (de uma sentença desfavorável) e ônus (encargo de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar a sentença desfavorável), conforme registro em CINTRA (*et al*)<sup>90</sup>.

Nesse contexto, o processo seria realizado pela atividade jurisdicional, na qual o provimento final definiria, simplesmente, um duelo entre as partes, como se fosse um jogo em que os contendores buscassem uma vitória espetacular. A sentença sequer necessitaria de fundamentação jurídica, pois não teria relação causal com o processo, aproveitando, ou não, os prognósticos trazidos pelos direitos processuais em prol de um dos debatedores, explica LEAL<sup>91</sup>.

A teoria da situação jurídica significou o rompimento com a idéia de relação jurídica, estruturando-se o processo, a partir dela, em fato ou ato jurídicos, produzido segundo a lei que governa a sua constituição, e não

---

<sup>87</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona, 1936.

<sup>88</sup> BONNECASE, Julien. *Introduction à l'étude du droit*. 2ª ed. Paris: Sirey, 1931.

<sup>89</sup> ROBIER, Paul. *Théorie générale du droit*. Paris: Sirey, 1946.

<sup>90</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 279.

<sup>91</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 78.

como um vínculo jurídico entre dois sujeitos, com o poder de exigibilidade de um sobre a conduta do outro. Constituída, a situação jurídica passa a ser o complexo de direitos e deveres de uma pessoa, vistos concretamente na perspectiva de determinado sujeito, esclarece GONÇALVES<sup>92</sup>. Logo, o fato ou ato jurídico produzido pela norma determinaria a situação do sujeito no processo, conferindo-lhe um complexo de direitos e deveres. A situação jurídica de filho é que daria, ao sujeito, o direito de pleitear alimentos dos ascendentes, exemplifica o mesmo autor.

Nesse raciocínio, as normas de direito material são concebidas como normas de julgamento (e não de conduta), como medidas para a decisão judicial, que não estabelecem relações jurídicas, mas que representam uma promessa ou ameaça relativa à conduta do juiz, o qual decide por dever funcional, sem que aí resida qualquer direito do autor ou do réu. Quando o direito material assume uma condição dinâmica (o que ocorre no processo), opera-se a mutação estrutural do mesmo, pois aquilo que numa visão estática era um direito subjetivo, degrada-se em meras possibilidades, perspectivas e ônus, afirma JARDIM<sup>93</sup>.

Mal comparando, o processo como situação jurídica assemelha-se a uma luta de boxe, em que o juiz apenas afere qual dos boxeadores foi melhor na contenda, na utilização dos meios lícitos postos a seu dispor. Daí, advém as maiores críticas à teoria, visto que o direito subjetivo migrou para a atividade jurisdicional do juiz, esclarece LEAL<sup>94</sup>. Também argumenta pela exceção, utilizando-se como regras as deformações do processo, sendo este um complexo de situações jurídicas, que seriam os compostos da relação jurídica. Ademais, o que é posto em dúvida não é o processo, mas o direito subjetivo material.

---

<sup>92</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op cit.*, p. 88.

<sup>93</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 30.

<sup>94</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 78.

Embora pouco adotada pelos doutrinadores, esclareceu tal doutrina as idéias de ônus, sujeição e relação funcional do juiz com o Estado, acredita CINTRA (*et al*)<sup>95</sup>.

## 2.4 – O processo como instituição

Essa teoria não tem inspiração jurídica, mas sociológica, sendo desenvolvida pelo espanhol GUASP<sup>96</sup>, por volta de 1940, e tem seu relevo e citação nos manuais jurídicos em razão de sua adoção por COUTURE<sup>97</sup>, que logo a abandonou, para integrar a escola do processo como relação jurídica.

No dizer de GUASP, instituição seria:

*(...) um complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma idéia comum objetiva, à qual surgem ligadas, seja ou não aquela a sua finalidade específica, as diversas vontades individuais dos sujeitos, dos quais procede a referida atividade.*<sup>98</sup>

Assim, a instituição se compõe de uma idéia objetiva, fora da vontade dos sujeitos e acima dela, e do conjunto das vontades que se vinculam àquela idéia. Aplicando o conceito ao processo, a idéia objetiva comum que nele aparece é a afirmação ou a negação da pretensão, as vontades ligadas a essa idéia são as dos diversos sujeitos que figuram no processo, entre os quais, a idéia comum cria uma série de vínculos de caráter jurídico. Ao

---

<sup>95</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 280.

<sup>96</sup> GUASP, Jaime. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Madrid, 1943.

<sup>97</sup> COUTURE, Eduardo José. *Op cit.*, p. 103.

<sup>98</sup> GUASP, Jaime. *Op cit.*, p. 22. *Apud*. COUTURE, Eduardo José. *Op cit.*, p. 101.

encampar tal teoria, COUTURE conceitua o processo como *uma instituição submetida ao regime da lei, a qual regula a condição das pessoas, a situação das coisas, e o ordenamento dos atos que tendem à obtenção dos fins da jurisdição*<sup>99</sup>, considerando que da mesma forma que a família, a associação e a comuna entram pela multiplicidade de suas relações na categoria de instituições, também é acertado incluir, no gênero, o processo.

Essa teoria concebe o processo como uma instituição histórico-cultural (e portanto, existente na realidade sociológica), um complexo de atos, um método, um modo de ação unitário que é regulado pelo direito, para obter um fim, esclarece LEAL<sup>100</sup>. Porém, por seu fundo sociológico e sua concepção primária, ela foi afastada por COUTURE, com a ressalva de que o fazia, até o dia que a concepção institucional do direito projetasse suas idéias em planos mais rigorosos, explica ASSIS<sup>101</sup>.

No Direito brasileiro, trata-se de uma teoria pouco estudada (até pelas razões de COUTURE, e pela adoção, da grande maioria dos processualistas, da idéia do processo como relação jurídica), mas que deve ser aqui citada, em face de ter rompido com a idéia da relação jurídica processual, embora identificasse a instituição do Processo em conceitos extrajurídicos.

## 2.5 – O processo como procedimento em contraditório

A diferenciação entre processo e procedimento sempre representou uma árdua tarefa para os processualistas. Para os adeptos da escola da relação jurídica, um permanecia no campo metafísico, e outro, no campo naturalístico, o que representava, muitas vezes, conceitos antinômicos.

---

<sup>99</sup> COUTURE, Eduardo José. *Op cit.*, p. 103.

<sup>100</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 79.

<sup>101</sup> ASSIS, Jacy. *Couture e a teoria institucional do processo*. Uberlândia: Faculdade de Direito de Uberlândia, 1959. *Apud*. LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 79.

Coube a FAZZALARI<sup>102</sup> a correta individuação dos conceitos, criticando o inadequado “clichê” pandetístico da relação jurídica processual e amparando-se em estudos de administrativistas, gravar o contraditório como característica própria do processo, explica NASSIF<sup>103</sup>, representando marco evolutivo daquela ideação, como se pode constatar na obra GONÇALVES<sup>104</sup>.

Concebia FAZZALARI o procedimento como uma série de atos normatizados, que levariam a um provimento final dotado de imperatividade. Em tal seqüência normativa, o ato só é validado se baseado na norma, ou seja, se atendido seu pressuposto, que é um ato anterior válido. O provimento, ato final do procedimento, só é válido se amparado neste, pois este é o meio de sua preparação. A noção de processo começa a ser construída com a participação dos interessados na preparação do provimento, considerados estes, como aqueles em cuja esfera particular o provimento interferirá. Mas tal participação deve ser em contraditório entre as partes, com simétrica paridade. Parte, pois, da noção de procedimento como gênero, e do processo como espécie daquele, gravado pela característica do contraditório. Logo, o processo é um procedimento.

Com tal definição, pode haver processo administrativo, legislativo e judicial, como também procedimentos em tais esferas. O pedido de licença de porte de arma ou o pleito de jurisdição voluntária se incluem nesta última exegese. Mas, se porventura, surgir o contraditório em um pedido de tutela, por exemplo, instalar-se-á o processo (nesta hipótese, a matéria administrativa deve estar submetida à jurisdição). Assim, o processo é um procedimento, no qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeitos: *em*

---

<sup>102</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Ottava Edizione, Milano: CEDAM, 1996, p. 75-76.

<sup>103</sup> NASSIF, Elaine Noronha. *Op cit.*, p. 111.

<sup>104</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op cit.*, p.102-132.

*contraditório, e de modo que o autor do ato final não possa obliterar a atividade deles, enfatiza FAZZALARI* <sup>105</sup>.

Melhor explicitando, o procedimento equivale a uma estrutura técnica normativa, sendo construído pelas partes, em contraditório, com vistas a uma sentença – conseqüência e expressão jurídica racionalizada e conclusiva dos atos realizados, explica LEAL<sup>106</sup>. A preocupação atual atendida por tal teoria, que a dota de extraordinária legitimidade, é que a sociedade não quer apenas que as decisões sejam justas, mas que também haja justiça no processo, enfatiza ARAÚJO<sup>107</sup>. A relação jurídica processual é retirada do conceito de processo, inserindo-se o módulo processual representado pelo procedimento realizado em contraditório, conclui CINTRA (*et al*)<sup>108</sup>.

Reformula ainda GONÇALVES o conceito de direito subjetivo, que ele considera uma posição de vantagem assegurada pela norma incidente sobre uma faculdade ou poder dela derivados, e não como um poder sobre a conduta alheia ou direito à prestação decorrente da relação jurídica. Caracteriza o ônus processual a falta do exercício de um poder ou faculdade, quando a lei processual liga uma conseqüência processual desfavorável ao titular do ato. <sup>109</sup>

Tal argumentação vem merecendo aquiescência dos adeptos da idéia do processo como relação jurídica, que, não se afastando desta, adotam o conceito de procedimento aqui explicitado como um modo distinto de se ver a mesma realidade, enfatiza FERNANDES<sup>110</sup>. Isto porque, na opinião de

---

<sup>105</sup> FAZZALARI, Elio. *Op cit.*, p. 82. *Apud.* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Op cit.*, p. 143.

<sup>106</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 81.

<sup>107</sup> ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Op cit.*, p. 124.

<sup>108</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 283.

<sup>109</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op cit.*, p. 105 e ss.

<sup>110</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Op cit.*, p. 42.

DINAMARCO<sup>111</sup>, a introdução do contraditório seria uma exigência política para a instrumentação jurídica da relação processual.

## 2.6 – Teoria constitucionalista do processo

Hodiernamente, a estreita vinculação entre Processo e Constituição vem sendo observada por vários juristas, visto determinar muitos dos institutos básicos processuais, originando o ramo do Direito Processual Constitucional, com detença no estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais consagradas nos dispositivos da Constituição, considerada como fundamento de validade das normas processuais, informa BARACHO<sup>112</sup>. Tal imbricação é explícita no tocante ao Processo Penal, em face da estruturação das garantias processuais do acusado.

Culmina, tal corrente, nos estudos de ANDOLINA & VIGNERA<sup>113</sup>, idealizadores de um modelo constitucional do processo, estruturado em normas e princípios constitucionais que se referem ao exercício das funções jurisdicionais, se considerados na sua complexidade, permitindo ao intérprete a determinação de um verdadeiro e próprio esquema geral do processo. Assentam as características gerais de tal sistemática:

a) na expansividade, consistente na sua idoneidade (acerca da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes), para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo;

b) Na variabilidade, a indicar sua atitude em assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (da obra do legislador

---

<sup>111</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *Op cit.*, p. 314.

<sup>112</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op cit.*, p. 122 e ss.

<sup>113</sup> ANDOLINA, Ítalo & VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.

ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais, possa advir-se, segundo várias modalidades, em vista da realização de finalidades particulares;

c) na perfectabilidade, a designar sua idoneidade, a ser aperfeiçoada pela legislação infraconstitucional, a qual (*scilicet*: no respeito comum de qual modelo, e em função da consecução dos objetos particulares) bem pode construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas garantias (ulteriores) e pela instituição de institutos ignorados pelo modelo constitucional.<sup>114</sup>

Nesse contexto, seria o processo uma instituição constitucionalizada na principiologia do devido processo legal e seus colorários (reserva legal, ampla defesa, isonomia e contraditório), convertendo-se em direito-garantia impostergável e referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição, assevera LEAL.<sup>115</sup>

## 2.7 – A teoria do Garantismo e sua aplicação ao processo

A idéia do Garantismo vem sendo elaborada pelo professor italiano LUIGI FERRAJOLI, encontrando-se inserta nas obras *Derecho y Razón – Teoria del Garantismo Penal e Derecho y Garantias – La Ley del Más Débil*, buscando uma nova perspectiva do Direito, visto como um sistema de garantias individuais em contraposição ao Estado. A matriz da teoria se encontra na seara penal, derivando para uma abstração geral, com reflexos no modelo de Direito, na teoria jurídica das normas e na filosofia do Direito.

---

<sup>114</sup> ANDOLINA, Ítalo & VIGNERA, Giuseppe. *Op cit.*, p. 13-15. *Apud.* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Op cit.*, p. 148.

<sup>115</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 82.

Para um estudo metodológico, observar-se-á primeiramente as assertivas afeitas à teoria geral do Garantismo, e, em seguida, suas repercussões no campo penal e processual penal.

Epistemologicamente, ela se embasa no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem deve o poder constituir-se e servir. O Estado, concebido como Estado de Direito, é um artifício criado pela sociedade, que é logicamente anterior e superior ao poder político, explica CADEMARTORI.<sup>116</sup>

Pelo acima exposto, o conceito de Garantismo é constituído de três acepções: um modelo normativo de Direito, uma teoria jurídica das normas e uma abordagem da filosofia do Direito.

O modelo normativo de Direito, aplicado ao direito penal, é um modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito. No campo epistemológico, caracteriza-se como um sistema cognoscivo ou de poder mínimo; no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência do sistema penal e maximizar a liberdade; e no plano jurídico, como um sistema de limites impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos do cidadão. Neste sentido, o Garantismo é distinguido em graus medidos entre as determinações do modelo constitucional e o funcionamento prático do sistema – quanto mais observadas as disposições constitucionais pelo sistema infraconstitucional, maior o grau de Garantismo. Uma dada Constituição pode ser avançadíssima principiologicamente, mas carecedora de técnicas coercitivas, ou com práticas infraconstitucionais em desacordo, atesta FERRAJOLI.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72.

<sup>117</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998, p. 851.

O modelo de Estado de Direito transcende o plano formal e atinge uma perspectiva substancial. O primeiro caracteriza-se pela adoção do princípio da legalidade, onde todo poder público está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam a forma de exercício, e cuja observância é submetida a controle de legitimidade judicial; subordina todos os atos à lei, qualquer que seja esta. Em claro avanço, no plano substancial, todos os poderes do Estado estão a serviço dos direitos fundamentais dos cidadãos, com previsão constitucional das proibições de lesão aos direitos de liberdade (como no Estado Liberal), e obrigações de dar satisfação aos direitos sociais (como no Estado Social), com a possibilidade dos cidadãos ativarem a tutela judicial. Todos os atos e leis estão submetidos aos conteúdos dos direitos fundamentais, inderrogáveis, mesmo que pela maioria.

O Garantismo seria, portanto, uma técnica de limitação e de disciplina dos poderes públicos, dirigida a determinar o que os mesmos devem ou não decidir. O Estado de Direito concebido por tais premissas seria um modelo de ordenamento que permitiria a deslegitimação jurídica ou interna do funcionamento dos poderes públicos, dentro de uma democracia substancial, com garantias efetivas, e não somente com base no princípio da maioria, assevera FERRAJOLI.<sup>118</sup>

O projeto garantista propõe, pois, um Estado minimizador das restrições das liberdades dos cidadãos dentro de um Estado Social maximizador das expectativas sociais, com correlatos deveres, do próprio Estado, de satisfazer tais necessidades, conclui CADEMARTORI.<sup>119</sup>

No tocante à teoria jurídica, esta encampa uma distinção entre validade e efetividade, entre existência e vigência da norma. Em níveis baixos de práticas institucionais, vislumbra-se a validez/invalidade da norma.

---

<sup>118</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.*, p. 855 e ss.

<sup>119</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Op cit.*, p. 161.

No plano constitucional, é possível aferir sua efetividade/inefetividade, explica FERRAJOLI.<sup>120</sup>

Rejeita-se o conceito tradicional de validade da norma pela sua simples existência, vigente até que seja declarada a sua ineficácia, sendo substituído por diferentes predicados: justiça, vigência, validade e eficácia (efetividade):<sup>121</sup>

a) uma norma é *justa*, quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico);

b) uma norma é *vigente*, quando é despida de vícios formais, ou seja, quando emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;

c) uma norma é *válida*, quando está imunizada contra vícios materiais, ou seja, quando não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;

d) uma norma é *eficaz*, quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).

Tais distinções induzirão uma crítica interna ao Direito positivo vigente, questionando a fidelidade do juiz à lei, como também, a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação ao direito positivo, assevera CADEMARTORI.<sup>122</sup> A tarefa do jurista, para deslindar as antinomias e lacunas do ordenamento jurídico, será a aferição da invalidade das normas inferiores e a ineficácia das superiores.

Enquanto o juízo de vigência é de caráter descritivo, face ao formalismo do procedimento de promulgação de uma determinada lei, o juízo de validade importa em subjetividade, face a necessidade de se

---

<sup>120</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.*, p. 852.

<sup>121</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Op cit.* p. 79.

<sup>122</sup> *Ibidem.*, p. 82.

demonstrar a adequação valorativa da norma. Esta discricionariedade é imputada ao aplicador da lei, afirma CADEMARTORI.<sup>123</sup>

Nesse contexto, o juiz estaria sujeito à Constituição, com o papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, sendo este o principal fundamento da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos demais poderes, exigindo-se um juiz terceiro independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes, assevera FERRAJOLI.<sup>124</sup>

Como filosofia do Direito e crítica da política, o Garantismo impõe ao Direito e ao Estado o ônus da justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia de valores, bens e interesses que justificam sua existência. Adotando a concepção heteropoiética, o Estado é um meio que se legitima unicamente pela finalidade de preservar e promover os direitos e garantias individuais. O ponto de vista da aferição da legitimação é externo ao Estado, partindo da sociedade e dos indivíduos que a compõem, explica CADEMARTORI<sup>125</sup>.

Assim, o Garantismo se caracterizaria:

- a) pelo caráter vinculado do poder público no Estado de Direito;
- b) pela divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e, conseqüentemente, um grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das práticas normativas de níveis inferiores;
- c) pela distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico), com a correspondente divergência entre justiça e validade; e

---

<sup>123</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Op cit.*, p. 83.

<sup>124</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 26-27.

<sup>125</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Op cit.*, p. 155.

d) pela autonomia e precedência do primeiro em relação ao segundo, e um grau irreduzível de ilegitimidade política com respeito àquele.<sup>126</sup>

No que tange ao Garantismo aplicado ao Direito Penal, parte-se da análise das vicissitudes do sistema penal, que não oferece a segurança jurídica necessária ao cidadão comum, caracterizando-se pela criminalização excessiva de condutas, em nome de uma hipotética intervenção estatal contra a violência em detrimento dos direitos básicos individuais, ocasionando pouca ou nenhuma efetividade das leis penais, com grave lesão aos princípios constitucionais. Elabora o ideário do Direito penal mínimo, redutor da intervenção estatal penal, por meio da criação de mecanismos de controle social não abusivos.

A situação é demonstrada pelo próprio FERRAJOLI, ao comentar o reflexo que a aplicação desproporcional das penas tem tido sobre a humanidade<sup>127</sup>, concebendo o Direito penal mínimo como modelo garantista, que se assenta no respeito aos seguintes axiomas:

*A1 Nulla poena sine crimine*

*A2 Nullum crimen sine lege*

*A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate*

*A4 Nulla necessitas sine iniuria*

*A5 Nulla injuria sine actione*

*A6 Nulla actio sine culpa*

*A7 Nulla culpa sine iudicio*

*A8 Nullum iudicium sine accusatione*

---

<sup>126</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Op. cit.*, p. 156.

<sup>127</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998, 385-386: “La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia la producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos.”

A9 *Nulla acusatio sine probatione*

A10 *Nulla probatio sine defensione.*<sup>128</sup>

Afetos ao tema de que se ocupa este estudo jurídico, os axiomas A7, A8, A9 e A10 são garantias processuais, para as quais o mencionado autor dedica um dos capítulos de sua obra, intitulado: *El juicio. Cuando y Como Juzgar.*<sup>129</sup>

Neste particular, assevera FERRAJOLI que todo modelo de legitimação interna dos pressupostos da pena remete a um correlato modelo de legitimação do processo penal, que estipula como cognoscivo ou de estrita jurisdicionalidade, orientando-se para a averiguação de uma verdade processual mínima empiricamente controlável e controlada por cânones do conhecimento, como a presunção de inocência, o ônus da prova da acusação, o princípio do *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o princípio do contraditório e conseqüente direito de defesa, corolários do sistema acusatório. Contraposto, se encontra o modelo decisionista, que busca alcançar a verdade substancial sem qualquer limite normativo e análise probatória por juízos de valor indefensáveis, próprios do sistema inquisitório, em que o fim (busca da verdade) justifica os meios. Ao contrário, é a natureza do meio que deve garantir a obtenção do fim.

Embora não aborde, explicitamente, a polêmica da natureza jurídica do processo, o Garantismo encampa a idéia do processo como relação processual triangular entre três sujeitos, dois em condição de partes na causa (acusador e defensor) e o terceiro como super-partes (o juiz).

---

<sup>128</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op cit*, p. 93. Complementa o citado autor: “Llamo a estos principios, además de a las garantías penales y procesales por ellos expresadas, respectivamente: 1) principio de *retributividad* o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de *legalidad*, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de *necesidad* o de economía del derecho penal; 4) principio de *lesividad* o de la ofensividad del acto; 5) principio de *materialidad* o de la exterioridad de la acción; 6) principio de *culpabilidad* o de la responsabilidad personal; 7) principio de *jurisdicionalidad*, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio *acusatorio* o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la *carga de la prueba* o de verificación; 10) principio del *contradictorio*, o de la defensa, o de refutación.”

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 537-692.

Inspirado por tal concepção, o papel do juiz é muito valorizado, posto que o processo é concebido para o descobrimento da verdade, mas em uma estrutura acusatória e cognoscitiva, sendo o magistrado vetor e canalizador das garantias.

É certo que tal concepção não representa um avanço na discussão, até aqui empreendida, acerca da natureza jurídica do processo. Todavia, como se verá a seguir, os subsídios aqui enfocados serão de grande ajuda para a conclusão da polêmica.

## 2.8 – Natureza jurídica do processo

O paradigma do Estado Democrático de Direito, que nos orienta no presente trabalho e significa uma nova visão para toda a ciência do Direito, impõe uma concepção de Processo epistemologicamente adequada.

A idéia do processo como relação jurídica se perfaz em relações de poder, hoje, incompatíveis com uma concepção democrática. O autor teria direito de exigir do réu uma contraprestação, e este, teria o dever de prestá-la, enquanto o juiz seria um observador privilegiado da contenda, intervindo para que tal relação atendesse aos ditames legais, manipulando o processo como instrumento de sua vontade jurisdicional. A impregnação de princípios do Estado Liberal e Estado Social é evidente, chegando a ser autoritária, no sentido da intervenção estatal se mostrar como principal característica de tal concepção. Como forma de atender o avanço teórico necessário ao estudo do Processo, procura-se conceder à jurisdição maiores poderes para a aplicação de uma interpretação legal condizente com a democracia, aumentando-lhe a discricionariedade, permanecendo o processo como instrumento a serviço do poder.

O Constitucionalismo, tal como resulta da positivização dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais para a legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do Direito, que se traduz em uma alteração interna do paradigma positivista clássico. Considerando a primeira revolução como a afirmação da onipotência do legislador, ancorada no princípio da legalidade formal, esta segunda revolução apregoa uma legalidade substancial, submetendo a lei a vínculos não só formais, mas também, impostos pelos direitos fundamentais. Neste sentido, a Constituição, como conjunto de normas substanciais, passa a garantir a divisão dos poderes e direitos fundamentais de todos, assevera FERRAJOLI.<sup>130</sup>

Especialmente no processo penal, o Garantismo do sistema apresentará maior grau com a adoção do modelo constitucional do processo, que se vislumbra na Constituição Brasileira, se estudada epistemologicamente com base na idéia democrática. Os princípios ali erigidos, que serão abordados em seguida, e que se iniciam no devido processo legal, estão a indicar a adoção do processo como instituição, não no sentido trazido por GUASP, mas como direito-garantia fundamental; não mais como direito adjetivo, e sim, como direito substancial; não mais como instrumento da jurisdição, e sim, como seu limitador e balizador; não mais limitado ao processo judicial, e sim, estendido ao processo legislativo e administrativo. A participação, principal característica da democracia, passa a integrar a idéia do Processo, concebido como queria FAZZALARI, ou seja, como procedimento em contraditório, com participação das partes na preparação do provimento final em simétrica paridade.

Não se quer, com isso, desmerecer a contribuição da jurisdição para o avanço da idéia democrática. Porém, como todo poder deve ser limitado por

---

<sup>130</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 66-68.

vínculos constitucionais, sua discricionariedade é dirigida para a consecução dos fins estabelecidos pelo devido processo legal, com a observância do contraditório, ampla defesa e isonomia das partes. O juiz continua no exercício de seu mister a procurar a pacificação social, mas passa a contar com a participação dos interessados conflitantes, o que fará com que o provimento final tenha legitimidade substancial democrática.

## Capítulo III

### *Os Princípios Institutivos do Processo e a Citação do Réu*

Como decorrência da premissa estabelecida acerca da natureza jurídica do processo, de acordo com o modelo que determinada Constituição estabelece, insta conceituar e delimitar os princípios institutivos do processo na Constituição Federal de 1988, bem como sua correlação com a necessidade de citação do réu.

No presente capítulo, pois, analisar-se-á o devido processo legal e seus corolários do contraditório, ampla defesa e isonomia. Em seguida, e baseando-se nos argumentos coligidos, procurar-se-á entender como a citação do réu se insere no devido processo legal. É certo, que decorrem notadamente do processo penal várias outras garantias de cunho constitucional, que não serão abordadas por fugir ao objetivo do presente estudo. Leia-se registro de TUCCI<sup>131</sup>.

#### 3.1 – Devido processo legal e princípios institutivos do processo

Para um correto estudo do devido processo legal, deve-se inicialmente particularizar o que se considera como princípios institutivos do processo, ancorado na lição antedita de LEAL<sup>132</sup>, que complementa:

---

<sup>131</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 70-88, enumera as garantias, em face do art. 5º, da CF, do qual cita os incisos: a) de acesso à justiça penal (LXXIV e LXXVII); b) do juiz natural em matéria penal (XXXVII, XXXVIII e LIII); c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal (art. 5º, *caput* e inciso I); d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes (LV e LVI); e) da publicidade dos atos processuais penais (art. 5º, LX e art. 93, IX); f) da motivação dos atos decisórios penais (art. 5º, LX e art. 93, IX); g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal (art. 5º, § 2º), observância das garantias decorrentes de tratados internacionais, aplicando-se pois o art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre direitos humanos); e, h) da legalidade da execução penal (XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, XL, LXXV).

<sup>132</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 82.

*O processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que pela principiologia do instituto constitucional do devido processo legal que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas históricas da humanidade na luta secular empreendida contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição.*<sup>133</sup>

Tais princípios, pois, exteriorizam o modelo constitucional do processo. Sequer se considera um processo, no Estado Democrático de Direito, sem que se estabeleça com anterioridade o *due process of law*, notadamente, quando a Constituição Brasileira o traz expresso no Art. 5º, LIV: *ninguém poderá ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. E estabelecido este, os princípios regedores devem ser adotados pela legislação infraconstitucional, como referentes da constitucionalidade da regra.

NERY JR<sup>134</sup> considera o devido processo legal um postulado constitucional fundamental do processo, historicamente nascido na *Magna Charta* de João Sem Terra e encampado pela Constituição Federal Americana de 1787. Com o avanço temático do conceito, sua caracterização se dá de forma bipartida, em face do aspecto substancial (*substantive due*

---

<sup>133</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 87-88. Define ainda o citado autor: “Princípio é marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como referente lógico-indutivo, genérico e fecundo (desdobrável), é balizador dos conceitos que lhe são inferentes. (...) Enquanto, portanto, o princípio é referente de invariância perene ou “memória” legal da teorização do discurso jurídico por ele regido, as demais conseqüências lógicas dessa operação interpretativa expressam-se em pressupostos e fundamentos.”

<sup>134</sup> NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 31.

*process*) e da tutela processual (*procedural due process*). Nesta última acepção, considera que:

*(...) o devido processo legal em sentido processual importa no processo civil em igualdade das partes, garantia do direito de ação, respeito ao direito de defesa e contraditório. A cláusula “procedural due process of law” nada mais é do que a possibilidade efetiva da parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível. A amplitude da cláusula tornaria desnecessária qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao processo civil, embora seja uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicá-la sem maiores indagações.*<sup>135</sup>

Tal princípio não é aplicado somente em direito processual, mas constitui princípio basilar do direito penal, assevera LOPES<sup>136</sup>, referindo-se ao *substantive due process*. Segundo este autor, o direito de defesa não se manifesta apenas no curso do processo, mas o antecede ao momento anterior ao do cometimento do ilícito, o do prévio conhecimento deste, face aos princípios da estrita legalidade e anterioridade da lei penal. Distinguindo os dois conceitos, discorre SILVEIRA, que:

*(...) o devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo, ou a ordem judicial, são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou regulamento, viola o devido processo legal,*

---

<sup>135</sup> NERY JR, Nelson. *Op cit.*, p. 38.

<sup>136</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 160-161.

*sem se cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se a um conjunto de procedimentos (como informar alguém do crime de que está sendo acusado, ou seu direito de consultar advogado), que devem ser aplicados sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica.*<sup>137</sup>

Continuando sua explanação, SILVEIRA ensina que o substantivo *devido processo legal*:

*(...) refere-se ao conteúdo ou à matéria tratada na lei ou no ato administrativo, ou seja, se a sua substância está de acordo com o devido processo, como cláusula constitucional garantidora das liberdades civis. Envolve, desse modo, aspectos mais amplos da liberdade, como o direito à privacidade ou a uma educação igualitária. O governo tem que demonstrar uma razão imperativa antes de infringir tais liberdades.*<sup>138</sup>

Refere-se, ainda, SILVEIRA<sup>139</sup>, aos conceitos do Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, conceitos estes definidores do substantivo *devido processo legal* e do *devido processo legal procedimental*.

Como registram CINTRA (*et al*)<sup>140</sup>, o procedimento deve realizar-se em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias, para que

---

<sup>137</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 82-83.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 82-83.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 84, citando o Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal: “*Due process of law*, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.” (ADIN – 1.511-7 DF – Medida Liminar)

<sup>140</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 84.

as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. O procedimento, garantido pelo devido processo legal, legitima o exercício da função jurisdicional.

O devido processo legal é, pois, o primeiro princípio de cunho garantístico aplicável ao processo.

### 3.2 – Princípio do contraditório

Determina o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal que: *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*<sup>141</sup>

Segundo lição de NERY JR<sup>142</sup>, o princípio do contraditório é manifestação do Estado de Direito, visto que, garantindo o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações daquele.

Por contraditório, deve-se entender, de um modo, a necessidade de se dar conhecimento às partes da existência de ação e de todos os atos do processo, e de outro, a possibilidade das partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, e de realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, o direito de serem ouvidos, paritariamente, no processo, em todos os seus termos, complementa NERY JR<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Na ordem constitucional anterior vigia tal princípio na esfera processual penal (§ 16 do art. 153 da CF de 1969). Todavia, a doutrina, em uníssono, defendia a sua aplicação ao processo civil e administrativo. Hoje, como se vê, a redação da disposição é explícita.

<sup>142</sup> NERY JR, Nelson. *Op cit.*, p. 126.

<sup>143</sup> *Ibidem.*, p. 130.

Deve-se dar ao réu a oportunidade de ser ouvido, de apresentar sua contrariedade ao pedido do autor. Essa oportunidade tem de ser real, efetiva, pois o princípio constitucional não se contenta com o contraditório meramente formal.

Na processualística civil, alguns autores mitigam tal princípio, considerando tão somente a bilateralidade de audiência, ou seja, a oportunidade dada ao réu, para que se manifeste processualmente, visto que, decretada a revelia, o processo segue seu curso sem a ciência dos atos posteriores.<sup>144</sup>

Na seara penal, todavia, o contraditório deve ser máximo, segundo FERNANDES, que assegura:

*No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente que se dê às partes a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível que lhe sejam proporcionados os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, que as duas partes estejam munidas de forças similares.*<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> NERY JR, Nelson. *Op cit.*, p. 131.

<sup>145</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Op cit.*, p. 52.

### 3.3 – Princípio da ampla defesa

A Constituição Federal de 1988, ao definir o princípio da *ampla defesa*, quis aumentar a esfera de atuação do instituto. Como aduz LEAL<sup>146</sup>, o princípio da ampla defesa é co-extenso aos do contraditório e isonomia, porque a amplitude da defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não significa infinitude de produção, porém, que esta se produza nos limites do tempo processual oportunizado em lei. Deve ser ampla, porque não deve ser comprimida pela sumarização do tempo, a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. Não se pode, a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, sacrificar o tempo da ampla defesa, que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova. Deve haver sumarização do procedimento, e não, da jurisdição. A garantia de plenitude da defesa se traduz em tempo e modo suficientes para sustentá-la, assevera NASCIMENTO<sup>147</sup>.

Observa-se, pois, que o conceito de ampla defesa estende o conceito de defesa, não sendo pleonástico o termo *ampla*.<sup>148</sup> A defesa é feita no procedimento de caráter infraconstitucional e a ampla defesa tem cunho de garantia. Sem o termo *ampla*, há restrição, diminuição da intensidade da defesa, e sendo princípio garantidor, deve atuar a partir do modelo constitucional para baixo. A defesa deve ser inteira, posto que não é possível a existência de meia defesa.

---

<sup>146</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 89.

<sup>147</sup> NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. O instituto das liminares e a ampla defesa constitucional. *Estudos continuados de teoria do processo. A pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. .Coordenador: Rosemiro Pereira Leal. Vol. I. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 47.

<sup>148</sup> Nota do autor: Até porque utilizado pela primeira vez pelo constituinte.

### 3.4 – Princípio da isonomia

Não é o bastante, todavia, facultar à parte o direito ao contraditório e à ampla defesa, se ocorrente desnível processual, visto que, em tal situação, o peso de uma das partes fará a balança pender para seu lado. Logo, é também expressão do contraditório a simétrica paridade das partes, como preleciona NERY JR:

*Como decorrência do princípio da paridade das partes, o contraditório significa dar as mesmas oportunidades para as partes (Chancengleichheit) e os mesmos instrumentos processuais (Waffengleichheit) para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, requerendo e realizando provas, recorrendo das decisões judiciais, etc.*<sup>149</sup>

Hodiernamente, busca-se uma igualdade substancial só obtida, na medida em que sejam tratados, desigualmente, os desiguais, visando equilibrar o vínculo. Embora aparentemente haja a quebra do princípio da isonomia, adota-se um conceito realista, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente, para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial, consoante CINTRA (*et al*)<sup>150</sup>.

Segundo FERNANDES, a igualdade processual, no processo penal, se manifestaria em duas linhas:

*1ª exigência de mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo, como, por exemplo, o mesmo tratamento a todos os que ostentem a posição de*

---

<sup>149</sup> NERY JR, Nelson. *Op cit.*, p. 144.

<sup>150</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 54.

*testemunha, só se admitindo desigualdades por situações pessoais inteiramente justificáveis e que não representem prerrogativas inaceitáveis;*

*2ª) a igualdade de armas no processo para as partes, ou “par condicio”, na exigência de que se assegure à s partes equilíbrio de forças; no processo penal, igualdade entre Ministério Público e acusado.* <sup>151</sup>

Nesta segunda assertiva, encontra-se a idéia de paridade de armas, que, especialmente, no processo penal, possibilita tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada, a fim de resguardar tal paridade, aplicando-se os princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*. A acusação, geralmente afeta ao órgão oficial, tem todo o aparelhamento estatal para ampará-la, enquanto o acusado pode contar com suas forças e de seu advogado, estando em jogo a sua liberdade, complementa FERNANDES <sup>152</sup>.

Aumentando a discussão do tema, no processo penal vige o princípio do *favor rei*, atenuador do princípio da isonomia, pelo qual o acusado goza de prevalente proteção no contraste com a pretensão punitiva, anotam CINTRA (*et al*) e TOURINHO FILHO <sup>153</sup>. No conflito entre o *jus puniendi* do Estado por um lado, e o *jus libertatis* do acusado por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste, se se quiser assistir ao triunfo da liberdade,

---

<sup>151</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Op cit.*, p. 47.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 50-51.

<sup>153</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 54. Consideram manifestações deste princípio expressos no CPP: “a absolvição por falta de provas (Art. 363, VI, do CPP); a existência de recursos privativos da defesa (arts. 607 e 609, par. único); revisão criminal somente em favor do réu (arts. 623 e 626, par. único)”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16ª ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 70, acrescenta: “proibição da *reformatio in pejus* (art. 617), art. 615, § 1º, (prevalência de decisão mais favorável ao réu em caso de empate na votação de decisão em tribunal), os princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII), de direito ao silêncio (art. 5º, L XIII), infranqueabilidade do domicílio (art. 5º, XI) e sigilo da correspondência e outras formas de comunicação (art. 5º, XII).”

preleciona BETTIOL<sup>154</sup>, para quem deve o *favor rei* constituir princípio inspirador da interpretação, como nos casos em que se conclua por duas interpretações antagônicas de uma norma legal, em que a obrigação é de se escolher a interpretação mais favorável ao réu.

### 3.5 – A citação e os princípios institutivos do processo

Os princípios institutivos do processo só são efetivados através da citação. Esta é a porta de entrada para o devido processo legal, visto que para o manejo de toda a sua principiologia necessita-se da ciência pessoal do acusado, sendo, pois, a comunicação prévia um antecedente lógico e imprescindível.

MARQUES<sup>155</sup> conceitua a citação como o ato processual com que se dá conhecimento ao réu da acusação contra ele intentada, a fim de que possa defender-se, ficando vinculado à instância com todos os ônus daí decorrentes, constituindo-se, pois, em ato imprescindível para o início do processo e imperativo do contraditório, sendo sua ausência causa de nulidade absoluta.

TUCCI considera a citação válida dentro de um contexto de garantia do direito à informação, que se desdobra em três aspectos:

- a) *informação sobre o conteúdo do ato introdutório do processo;*
- b) *incitação do citando para comparecimento em juízo;*
- e c) *propiciação de atuação judicial pertinente à respectiva defesa, em contradição com as alegações do peticionário.*<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal*. Tradução: Miguel da Costa Trindade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 295. *Apud*. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op cit.*, p. 70.

<sup>155</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II. 1ª ed. rev. e atual. Campinas: Bookseller, 1997, p. 171-172.

<sup>156</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Op cit.*, p. 207-208.

FERNANDES considera que:

*(...) por meio da citação, fica o réu ciente da acusação contra ele formulada, podendo preparar a sua defesa. Com o conhecimento dos nomes das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, pode o advogado do imputado avaliar como desenvolverá a sua linha defensiva.*<sup>157</sup>

Anotam CINTRA (*et al*)<sup>158</sup> que, no processo penal são indispensáveis tanto a defesa técnica, exercida por advogado, quanto a autodefesa, pela possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e presenciar todos os atos instrutórios. A autodefesa é renunciável pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII, CF). Decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário, pois somente conhecendo-os, poderá ser efetivado o contraditório.

### 3.6 – A citação como pressuposto de existência do procedimento em contraditório

Tão importante se apresenta a citação na contextualização do devido processo legal, que necessário se faz o seu estudo frente aos pressupostos de existência e validade do processo, vistos em face do modelo constitucional e da idéia do procedimento em contraditório.

Decorre a teoria dos pressupostos processuais da autonomia do processo em face do direito material, já há muito estipulada por BÜLOW, que teve como conseqüência a necessidade de elaboração de requisitos para a defendida relação processual penal, distintos do crime praticado.

---

<sup>157</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Op cit.*, p. 57.

<sup>158</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 56.

Pela doutrina tradicional defendida por MARQUES<sup>159</sup>, seriam condições mínimas imprescindíveis para a existência da relação processual, três elementos: a) um órgão jurisdicional penal legitimamente constituído, de acordo com a órbita traçada pela Constituição Federal; b) uma causa penal, ou seja, uma pretensão punitiva que deva ser julgada; c) a presença do órgão acusatório e intervenção da defesa, partes que se apresentem como sujeitos de direito.

Quanto aos pressupostos de validade, prossegue MARQUES<sup>160</sup>, são circunstâncias e elementos indispensáveis para que o processo se constitua e se desenvolva de forma regular, possibilitando o julgamento da pretensão punitiva, que, por sua vez, se resumem na inexistência de nulidades processuais descritas no CPP, quanto ao procedimento (art. 564, III), constituição do juízo (art. 564, I), ilegitimidade *ad processum* (art. 564, II) ou qualquer outra que haja influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (art. 566), incluindo, portanto, a citação válida como pressuposto de validade. No mesmo talante TOURINHO FILHO<sup>161</sup>, para quem pressupostos processuais de existência permitem o surgimento da relação processual, e pressupostos de validade permitem a apreciação do *meritum causae*.

Embora opinião minoritária, alguns tratadistas consideram a citação como pressuposto de existência da relação processual. Assim, AMARAL SANTOS<sup>162</sup> entende constituída a relação processual civil após a efetivação de três atos: iniciativa do autor mediante protocolo da petição inicial, distribuição desta e despacho do juiz, e por último, a citação do réu, visto que: *feita a citação do réu, considerar-se-á constituído o processo, formada*

---

<sup>159</sup> MARQUES, José Frederico. *Op cit.*, p. 355-357.

<sup>160</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>161</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op cit.*, p. 17.

<sup>162</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1, 5ª ed., p. 273 -274.

a relação processual, qualquer que seja o tipo de procedimento. Analisando os pressupostos de existência, BARCELOS DE SOUZA assevera:

*Um outro pressuposto de existência é de ser considerado, mas tão somente em relação ao réu. É o da citação, quando for caso dela, salvo se, independentemente dela ou de sua validade comparecer o réu, assim suprimindo-lhe a falta ou sanando-lhe a nulidade.*<sup>163</sup>

Trazendo a discussão com ênfase constitucional, VARGAS<sup>164</sup> entende que a citação é que integra o acusado na relação processual, pois sem ela não se inicia o processo, não sendo possível o contraditório.

Tal polêmica é discutida em um contexto de processo como relação processual, que como se vê, cinge os conceitos de pressupostos de existência e de validade. Adotando-se o modelo constitucional do processo, que com clarividência sobrepõe o devido processo legal, e a idéia Fazzalariana do processo como procedimento em contraditório, a conclusão óbvia é que, hodiernamente, a citação válida integra o rol dos pressupostos para a existência do processo. Isto porque, se o conceito de processo é tido como espécie de procedimento gravado pelo contraditório, que, por sua vez, é corolário do devido processo legal, e sendo a citação o único ato capaz de adimpli-lo, passa, pois, a anteceder a formação do processo, sendo pressuposto de existência deste, e não, de validade.

A modificação do art. 366 do CPP trazida pela Lei 9.271/96, objeto do presente estudo, e que será abordada com vagar nos capítulos vindouros, embora disponha que, em caso de não-comparecimento do réu citado por edital ficam suspensos o processo e a prescrição, corrobora a presente

---

<sup>163</sup> SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 30.

<sup>164</sup> VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 162.

assertiva. Embora o legislador tenha se referido à suspensão do processo, ao nosso ver, o que existe é procedimento, visto que o contraditório somente se materializará com a citação pessoal do acusado. Portanto, possibilitando, a lei, a suspensão do procedimento até que se realize a citação, considera-a pressuposto de existência do processo.

## Capítulo IV

### *Evolução Histórica da Citação e da Revelia e a Suspensão do Processo pela Revelia no Direito Comparado*

Seguindo o presente estudo, será abordada a evolução histórica dos conceitos de citação e revelia nos processos civil e penal, face uma preponderante influência do primeiro sobre o segundo, neste aspecto específico, e a correlação do tema dentro da premissa estabelecida em uma teoria geral unitária do processo.

Considerar-se-á como citação qualquer forma empregada de chamamento a juízo, e revelia a conseqüência derivada pela ausência do réu, chamada também de contumácia, embora, modernamente, os conceitos sejam distintos no processo civil, como informa GIANESINI<sup>165</sup>, visto que a contumácia consistiria na inatividade do autor, do réu (salvo no tocante a não apresentação da contestação), ou de ambos, ou de terceiro interveniente na prática de algum ato processual, na forma e prazo determinados por lei. A revelia consistiria na não apresentação da contestação na forma e prazo legais.

#### 4.1 – Evolução histórica da citação e da revelia

##### 4.1.1 – Antiguidade

O estudo científico da evolução histórica da citação e revelia, na antiguidade, é prejudicado pela inexistência da idéia de processo, mesmo que embrionária. Isto porque, a forma de composição de conflitos se fazia

---

<sup>165</sup> GIANESINI, Rita. *Digesto de processo (verbeta revelia)*. Uberlândia: Forense, 1988, p. 156.

por meio da autodefesa ou autotutela. Assim, cabia ao indivíduo reagir ao mal sofrido por seus próprios meios, de sua família ou através do grupo social. Tal forma, apesar de coibida pela autoridade com a formação do Estado, que monopoliza a distribuição de justiça, vai sobreviver até a Idade Média, especialmente nos povos germânicos.

Reduzindo a violência da justiça privada, empregava-se, também, a autocomposição das partes, com a transação do objeto de litígio, forma que iria derivar posteriormente no processo arbitral. Verificando que a vingança individual causava danos irreversíveis à paz social, visto que as querelas tendiam a se reproduzir indefinidamente, o soberano passa a aplacar a ira dos lesados, açambarcando a distribuição da justiça, que se transmuda em vingança por parte do Estado.

Face aos poucos documentos escritos que vieram até a modernidade, é difícil especificar, com certeza, como as partes compareciam a juízo. Na Babilônia, analisando as tabletas encontradas, CUQ<sup>166</sup> observa que, nas causas relativas a direito patrimonial, o demandante deveria conduzir o demandado ao tribunal, que não poderia deixar de acompanhá-lo, sendo permitido o uso da violência. Tal arbitrariedade deu lugar a uma forma mais branda e civilizada: presente o litígio, e não sendo possível solução amigável, dirigiam-se ambas as partes ao tribunal, para que o juiz, após ouvi-las, autorizasse, ou não, a abertura do processo. Se o demandado não vinha espontaneamente ao tribunal, era compelido a fazê-lo, por meio do chamamento ou citação requerida pelo autor aos juízes da causa. No período neobabilônico, o sacerdote da cidade era encarregado de enviar o demandado.

---

<sup>166</sup> CUQ, Edouard. *Études sur le droit babylonien*. Paris: Lib. Orientaliste Paul Geuthner, 1929, p. 341-369. *Apud* AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado*. São Paulo: Resenha Universitária, 1980, p. 61-63.

AZEVEDO<sup>167</sup> assinala que, no direito hebraico, pelas passagens constantes na Sagrada Escritura, havia a preocupação, no sentido de se fazer ouvir, sempre e em qualquer hipótese, o acusado, antes de submetê-lo a julgamento. O primeiro fundamento da citação tem instância divina, quando Deus procura Adão, submete-o a interrogatório e profere sentença, impondo a punição de expulsão do paraíso (Gênesis, III, 9-23). Procedimento semelhante é adotado com Caim (Gênesis, IV, 9-10). No Novo Testamento, o administrador tem direito de se defender, prestando contas de suas funções junto ao patrão, se chamado por este (Evangelho de São Lucas, XVI, 2); e Nicodemos pergunta aos sacerdotes e fariseus: *Acaso nossa lei julga alguém sem primeiro ouvir e conhecer o que ele fez?* (Evangelho de São João, VII, 51).

#### **4.1.2 – Direito grego**

A citação na Grécia era oral, segundo AZEVEDO<sup>168</sup>, sendo ato inicial de qualquer ação ordinária. Decorridos cinco dias, as partes compareciam em juízo, sendo este intervalo utilizado para a formulação de defesa pelo demandado, enquanto o demandante fornecia ao magistrado os fatos e fundamentos de sua pretensão, prestando caução. Se o réu não fosse encontrado, a citação era feita na presença de familiares e vizinhos, tendo o citado dever de comparecer perante o Magistrado. Não o fazendo, e aí surge o instituto da contumácia, era o ausente condenado a menos que justificasse a falta.

Em sede penal, distinguiam os atenienses os crimes privados e públicos. Nos primeiros, a repressão dependia da iniciativa da parte. Nos outros, pela gravidade da lesão e prejuízo coletivo, eram processados pelo Estado. Após um juízo de prelibação da seriedade da acusação feito pelo

---

<sup>167</sup> AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op cit.*, p. 58.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 76-77.

Arconte, o julgamento se procedia perante um tribunal designado por este, composto por cidadãos, segundo TOURINHO FILHO<sup>169</sup>.

#### 4.1.3 – Direito romano

No que tange ao processo penal, os romanos também dividiam os crimes em públicos e privados. No primeiro, a persecução era do lesado, atuando o Estado como simples árbitro, examinando as provas apresentadas e decidindo. Foi abandonado com o passar dos anos. Nos crimes ofensivos aos interesses do Estado, cabia ao magistrado proceder por ofício, instaurando e conduzindo as investigações na fase conhecida como *inquisitio*, e determinar a prisão do autor da infração, para que se aplicasse, imediatamente, a pena correspondente, que tinha caráter administrativo, pois se encontrava na esfera do *imperium* e da *coercitio* inerentes ao cargo. Em decorrência das inevitáveis injustiças do sistema, admitiu-se, posteriormente, a *provocatio ad populum*, permitindo ao acusado recorrer ao julgamento da assembléia popular, como recurso à sentença proferida. Este procedimento era conhecido como *cognitio*, registra TOURINHO FILHO<sup>170</sup>.

A necessidade de reprimir melhor as infrações levou ao surgimento, no último século da república, de um novo procedimento: a *accusatio*. Qualquer cidadão poderia levar ao conhecimento do pretor a existência de um crime através da *postulatio*. Se fosse acolhido o pedido, procedia-se a citação do acusado, que deveria comparecer obrigatoriamente, com inteiro arbítrio do magistrado para sua coerção em caso de desobediência, inclusive com o emprego de força e outras sanções, registra AZEVEDO<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op cit.*, p. 74.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 74-75.

<sup>171</sup> AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op cit.*, p. 143-145.

O acusador deveria acompanhar a causa até o final, sendo punido caso fosse falsa a acusação.

No período do processo extraordinário, assegura TOURINHO FILHO<sup>172</sup>, ocorre a publicização do processo. Procedia-se a uma inquirição preliminar, a cargo de funcionários estatais. O Magistrado assumia suas funções como juiz e acusador, podendo inclusive determinar a tortura do réu e testemunhas.

A evolução histórica do processo civil romano ocorreu em três fases distintas, embora em certos períodos fossem aplicadas concomitantemente: as ações da lei, o processo formulário e o processo extraordinário.

Na fase das *leges actiones*, os romanos não possuíam um direito e, por via de consequência, uma ação para tutelá-lo, mas apenas uma ação, ou seja, só existia direito se houvesse a expressa previsão de uma ação para tutelá-lo. Após a citação (*in ius vocatio*) para comparecer perante o Magistrado, o demandado, a menos que oferecesse um *vindex* (que se obrigava a litigar em seu lugar), estava obrigado a se apresentar sob pena de ser levado à força.

Inadmissível a contumácia nesta fase, visto que o processo só se realizava com a presença de ambas as partes, à exceção da *pignoris capio*, onde o credor, por suas próprias mãos, se apoderava dos bens móveis pertencentes ao devedor, ainda que não presente este ao ato, assegura TUCCI e AZEVEDO<sup>173</sup>. Não se admitia a representação em juízo. Aquele que pretendia valer o seu direito devia assegurar, pelos meios de que dispunha, o comparecimento do demandado.

---

<sup>172</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op cit.*, p. 76.

<sup>173</sup> TUCCI, José Rogério Cruz & AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 55.

A *in ius vocatio* só poderia efetivar-se em lugar público (termas, teatro, via pública, porta da casa – o domicílio era inviolável), devendo o autor empregar termos solenes (*uerba certa*). Caso o réu se recusasse a atender, o autor tomava testemunhas e empregava a força (*manus iniectio*).

No período do processo formular, visando evitar o constante uso da violência na citação, já que, às vezes, era necessário arrastar o demandado “pela gola do manto”, cria-se o *edito formula*, uma comunicação prévia da pretensão do demandante ao réu, como condição primeira de seu exame pela autoridade, sendo ato extrajudicial que devia preceder a citação, e que poderia ser escrito, definido como *instrumentum*.

A *in ius vocatio* era promovida pelo demandante sem emprego de força, pela concessão de uma *actio in factum* contra aquele que, chamado a juízo, não comparecesse ou apresentasse *vindex*, obrigando-o a pagar uma multa<sup>174</sup>. O demandado ficava sujeito, além do pagamento de multa, à penhora e até à perda de seus bens, caso insistisse em não se apresentar. Não sendo possível ao réu comparecer ou a causa ser decidida no mesmo dia, deveria prestar, o demandado, um *vadimonium* (caução, juramento) de que compareceria na data aprazada. Não comparecendo o réu, era considerado o *vadimonium desertum*, podendo o autor exigir a caução ou a *missio in possessionem* dos bens do faltoso, com direito a vendê-los em hasta pública, face evidência do dolo.

A *in ius vocatio* seria substituída, em várias oportunidades, por pessoas de nível social mais elevado, pelo *vadimonium*, iniciando-se o processo, a partir de então. Era permitida a representação em juízo por mandatários (*cognitores* ou *procuratores*), leciona TUCCI & AZEVEDO<sup>175</sup>. Não havia contumácia, porque para a celebração da *litiscontestatio* era

---

<sup>174</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 265.

<sup>175</sup> TUCCI, José Rogério Cruz & AZEVEDO, Luiz Carlos. *Op cit.*, p. 80.

imperiosa a presença física das partes junto ao Pretor, e sua participação ativa e efetiva no processo. Não deviam ser chamados a juízo: o cônsul, o prefeito, o pretor, o procônsul e os magistrados que dispunham de *imperium*, tampouco, o pontífice, durante o exercício de suas funções sagradas, nem aqueles que estivessem em lugar de caráter religioso, exercendo funções públicas, nem os nubentes, o juiz no ato de julgar, o que estava sendo demandado perante o pretor, nem os acompanhantes de enterro ou familiares do morto. Algumas destas regras são adotadas até hoje.

Na fase do processo extraordinário, informa TUCCI & AZEVEDO<sup>176</sup>, na citação, o demandante passa a solicitar o concurso do Magistrado, mediante a *evocatio*, convite verbal feito ao demandado autorizado pelo magistrado e cumprido por seus *lictors*. Também poderia ser feita pelo próprio autor, após ter obtido a aprovação do Magistrado. Se o réu não fosse encontrado ou desconhecido o seu paradeiro, expediam-se editais, proclamas de viva voz ou eram afixados avisos em lugares próprios. Se não comparecesse após os anúncios por edital, era emitido o *edictum peremptorium*, pelo qual o Magistrado advertia que o demandado iria proceder a *cognitio* sem a sua presença. Somente a comprovação de motivo relevante afastava a imposição de pena ao faltoso. Poderia ser alegado em sede recursal ou, se decorresse de dolo da parte contrária, obrigava ao *restitutio in integrum*.

Com a evolução do processo extraordinário, surge a *litis denuntiatio*, que consistia na comunicação feita pelo autor a um funcionário público, que concedia fé pública à citação e acompanhava o demandante na prática do ato, ou ele mesmo procedia à citação, aguardando-se o prazo de quatro meses.

---

<sup>176</sup> TUCCI, José Rogério Cruz & AZEVEDO, Luiz Carlos. *Op cit.*, p. 143-146.

No início do século V d.C, modifica-se a citação com o *libellus conventionis*. O autor fazia um requerimento por escrito ao juiz, que examinava sumariamente o conteúdo e ordenava a comunicação ao réu, ou o indeferia se contrário ao direito. Ao autor, também cabia prestar caução de que levaria a demanda até o fim. O *executor* apresentava cópia ao réu, que podia contestar a ação com o *libellus contradictionis* e garantir o seu comparecimento em juízo. O descaso ou desobediência à intimação, pelo réu, acarretava sanções como a execução dos fiadores, prisão do demandado e impossibilidade de apelar, mas o juiz podia concluir pela absolvição do réu, mesmo ausente, não estando obrigado a julgar o pedido procedente. Também o autor sofria sanções no caso de abandonar o processo, podendo ser condenado a pagar ao réu as despesas que provocou com sua atitude.

#### **4.1.4 – Idade Média**

Nesta fase temporal, as mais estranhas e disparatadas formas surgiram para regular o procedimento em contumácia. De modo geral, as leis estabeleciam o número de citações, variando de três a sete, e no caso de não comparecimento do demandado, penas lhe eram impostas, como multa, seqüestro de bens, procedência do pedido e até desterro para o demandado contumaz.

Assim, relata MELO E SILVA<sup>177</sup>, no direito germânico as antigas leis bárbaras regulavam o processo, possibilitando ao demandante comparecer à casa do demandado e efetivar a citação pessoal ou através de outro membro da família, para que comparecesse, em determinada data, em assembléia judiciária. Caso não o fizesse, sua ausência acarretava sanção

---

<sup>177</sup> SILVA, Nanci de Melo e. *Op cit.*, p. 50-51.

pecuniária, salvo motivo justo, esclarece AZEVEDO<sup>178</sup>. Posteriormente, a citação passou a ser determinada pelo juiz após o pedido do interessado. Era possível ainda, à parte, durante a assembléia judiciária, lançar acusação, requerendo desagravo, que se deferido pelos juízes, iniciava o processo com princípio acusatório. O julgamento poderia ser feito através dos juízos de Deus (ordálias) ou duelos judiciais.

O direito canônico considerava a revelia como desobediência, ato desrespeitoso e que deveria ser combatido. Para coibi-la, permitia a apreensão dos bens do revel. Isto, porque numerosas regras eram impostas para se evitar o litígio, pois prevalecia a conciliação, a transação e a arbitragem, considera PRATA<sup>179</sup>. Neste sentido, MELO E SILVA<sup>180</sup> argumenta que a função apaziguadora de ânimos e o espírito conciliatório da Igreja exigiam o comparecimento de ambas as partes, preferindo renovar, por duas ou mais vezes, a citação, do que desde logo declarar a contumácia. A partir do século IV, sendo o procedimento escrito, a citação era realizada por meio de oficial do tribunal.

No processo penal canônico, preleciona TOURINHO FILHO<sup>181</sup> que até o século XII o processo era acusatório, não havendo juízo sem acusação. O acusador se apresentava perante os bispos, arcebispos ou oficiais encarregados da função julgadora, sendo punido por calúnia. Não era possível o processo do réu ausente. A partir do século XIII, surge o processo inquisitivo, prenunciando os abusos do Santo Ofício. A acusação e a publicidade são abolidas nos crimes de ação pública. O magistrado age *ex officio* e em segredo, prevalecendo a tortura como forma de se conseguir a confissão, supervalorizada.

---

<sup>178</sup> AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op cit.*, p. 164: Dependendo da gravidade do caso, poderia haver ainda penhora, perda dos bens e até perda da paz (exclusão do grupo social).

<sup>179</sup> PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 118-119.

<sup>180</sup> SILVA, Nanci de Melo e. *Op cit.*, p. 52.

<sup>181</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op cit.*, p. 78.

Somente no século XVIII, com as denúncias contra o direito penal até então empregado, é que se verifica profunda mudança, conforme registra MIRABETE:

*O objetivo é a humanização da Justiça, procurando-se conciliar a legislação penal com as exigências da justiça e os princípios da humanidade. Montesquieu elogiava a instituição do Ministério Público, que fazia desaparecer os delatores; Beccaria condena a tortura, os juízos de Deus, o testemunho secreto, preconiza a admissão em Juízo de todas as provas, investe contra a prisão preventiva sem prova da existência do crime e de sua autoria. Voltaire censurava a lei que obrigava o juiz a portar-se não como magistrado, mas como inimigo do acusado.*<sup>182</sup>

Após a Revolução Francesa, o processo penal passa a se preocupar com as garantias do acusado, levando a era do Estado de Direito.

#### **4.1.5 – Direito lusitano**

A península ibérica esteve submetida a vários conquistadores. No império romano, era conhecida como Hispânia, e após a sua queda foi dominada pelos Visigodos e, posteriormente, pelos Árabes. O reino lusitano é estabelecido somente após a expulsão dos Sarracenos.

A respeito, informa MELO E SILVA<sup>183</sup> que os bárbaros invasores eram influenciados pela autoridade moral dos bispos e pela superioridade das leis romanas. Os Árabes não afetaram o direito das populações conquistadas. No século XIII, redescobre-se o processo romano irradiado pela Escola de

---

<sup>182</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Atlas, 1992, p. 36.

<sup>183</sup> SILVA, Nanci de Melo e. *Op cit.*, p. 53.

Bolonha, que, juntamente com os fundamentos do direito canônico, possibilitou a submissão do poder à Coroa e a criação de leis gerais conhecidas como ordenações.

Nas Ordenações Afonsinas, descreve AZEVEDO<sup>184</sup>, havia quatro modos de citação, mas a modalidade mais comum era a efetuada por porteiro (oficial de justiça), que deveria apresentar mandado. De caráter pessoal, não podia o procurador recebê-la. Admitia-se sua efetivação por hora certa. Após a citação, apresentada a resposta, se houvesse adição do pedido pelo autor, nova citação deveria ser feita. As Ordenações Manoelinas não modificaram substancialmente tal disciplina, continua o referido autor, asseverando que a principal modificação introduzida foi uma suavização dos severos efeitos da revelia: *o autor não era mais imitado na posse dos bens do réu que, citado, não atendera ao chamamento; embora revel, este podia ingressar no feito, a qualquer tempo, apanhando-o no pé em que o mesmo se encontrasse*<sup>185</sup>. Este critério teve aplicação na Colônia Brasileira, com Martim Afonso de Souza, sendo possível iniciar-se o processo criminal através de querelas, delações feitas por particular, ou por denúncias feitas em casos de devassas. Estas e o processo se faziam sem o concurso do acusado, considera MIRABETE<sup>186</sup>.

As Ordenações Filipinas consideravam a citação como princípio e fundamento do processo, resultando em vício insanável ao julgado, embora fosse dispensada em várias hipóteses (agindo o juiz *ex-officio*, ou se assim determinasse a sua consciência, ou quando não coubesse defesa à parte). Possibilitava-se a citação na pessoa do procurador, até porque o período era o dos descobrimentos, ausentando-se, os cidadãos, por longo tempo.

---

<sup>184</sup> AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op cit.*, p. 278-296.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 294-295.

<sup>186</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op cit.*, p. 37.

Previa-se a citação por editos, inclusive para processos criminais, sendo o prazo dilatado na medida de distância do ausente, conclui AZEVEDO<sup>187</sup>.

#### 4.1.6 – Direito brasileiro

O Direito brasileiro obedeceu as Ordenações Filipinas e legislação especial durante o período de dependência da Corte Portuguesa e mesmo após a Constituição do Império de 1824. Somente após a vigência do Código de Processo Criminal, de 29/11/32, alterado pela Lei nº 261, de 3/12/41, ocorreram modificações. Consoante MIRABETE<sup>188</sup>, deixaram de existir as devassas e querelas, que assumiram o nome de queixas. As denúncias podiam ser oferecidas pelo Promotor Público ou cidadão, cabendo, ainda, o procedimento *ex officio*, sendo regra geral a submissão ao Júri. O Código do Império não trazia menção à citação editalícia. SIQUEIRA<sup>189</sup>, amparando-se nas ordenações e leis extravagantes, defendia a sua existência, embora registre que João Mendes de Almeida e Cândido Mendes viam a omissão como exclusão. Para o primeiro, somente havia a citação pessoal, evitando o curso do processo sem oitiva do réu. Para o segundo, se determinada a citação por edital, o processo era nulo.

Com o Código Comercial e Regulamento 737 de 1850, inovações foram inseridas na processualística civil. Assim, por estes, a citação, embora pessoal, podia ser feita na pessoa dos mandatários, administradores, feitores e gerentes das sociedades comerciais. Vieram posteriormente a Consolidação de Ribas (1876) e os Códigos Processuais Estaduais permitidos pela Constituição de 1891, que mantiveram, em geral, as formas de citação: despacho ou mandado do juiz por precatória, por editos ou por hora certa.

---

<sup>187</sup> AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op cit.*, p. 307-313.

<sup>188</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op cit.*, p. 38.

<sup>189</sup> SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Livraria Guimarães, 1937, p. 445.

O Código de Processo Civil de 1939, unificador do processo civil, considerava revel o citado que não apresentasse defesa no prazo legal. Autorizava sua intervenção no processo enquanto não constituída a coisa julgada, recebendo-o no estado em que se encontrasse, com os prazos correndo independentemente de sua intimação. Dispunha o art. 209: *O fato alegado por uma das partes quando a outra o não contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto da prova.*

Tal artigo gerou ampla polêmica entre os doutrinadores, que discutiam se a revelia exonerava o autor do ônus de provar suas alegações. O que se pode dizer, é que, neste caso, a presunção era *juris tantum*, mitigada em relação às disposições do art. 319 do Código de Processo Civil de 1973. Este dispõe que: *Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.*

Para GIANESINI<sup>190</sup>, tal presunção seria absoluta, devendo ser provado o fato auxiliar, que é o não controvertido e não objeto de prova. As exceções legais à aplicação de tal presunção não a transformam em relativa, porque presente a presunção, mas sem a incidência da regra, sem eliminar a natureza jurídica do instituto. Não é confissão ficta, pois o réu não está admitindo os fatos, mas submetido a um dos efeitos da revelia. Ademais, o réu deve contradizer todos os fatos afirmados pelo autor (presumem-se verdadeiros todos os fatos não impugnados – art. 302 do CPC). Tem, pois, dois ônus: o de se defender e o de apresentar uma contestação apta.

Em conferência proferida na PUC/SP, DINAMARCO<sup>191</sup> considerou que o efeito da revelia seria uma presunção relativa, pois é uma vantagem que se dá ao autor no campo fático, não significando, necessariamente,

---

<sup>190</sup> GIANESINI, Rita. *Op cit.*, p. 158.

<sup>191</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Ônus de contestar e o efeito da revelia. *Revista de Processo*. São Paulo. Vol. 11, nº 41, p. 185-197, jan/mar, 1996.

vitória daquele, visto que, inverossímil, o fato não fica coberto pelo efeito da revelia.

O atual Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689, de 30/10/41) entrou em vigor em janeiro de 1942 e prevê as seguintes modalidades de citação (arts. 351 a 369): por mandado, por precatória, por edital e por carta rogatória. A citação por edital se dá nos casos em que o réu não é encontrado, se oculta para ser citado, quando inacessível o lugar onde estiver em virtude de epidemia, guerra ou outro motivo de força maior, e quando incerta a pessoa a ser citada. Em tal contexto, o processo seguia à revelia do acusado, que citado inicialmente ou intimado para qualquer ato, deixava de comparecer. Em face da indispensabilidade de defesa no processo penal, ao contrário do processo civil, a nomeação de defensor dativo é imprescindível.

A constitucionalidade do dispositivo, no tocante à citação editalícia, era discutida em face de criar uma ficção jurídica que atendia apenas aos interesses estatais, lesando o princípio do devido processo legal. Sob a vigência do Código anterior, era criticada na visão de MENDES JR<sup>192</sup>, para quem *a citação-edital é inútil, e até mesmo perigosa, para a segurança da ação pública e mesmo da ação privada*. MARQUES<sup>193</sup> considerava o instituto inconstitucional.

Atento a tais questionamentos, o art. 14, nº 3, alínea 45 a, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, aprovado pela Assembleia-Geral da ONU, assegura a informação ao réu da acusação formulada. A Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - 1969) incorporada ao direito pátrio pelo Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992, consoante o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal,

---

<sup>192</sup> MENDES JR, João. *Direito judiciário brasileiro*. 1918, p. 425-426. *Apud.* MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 189.

<sup>193</sup> MARQUES, José Frederico. *Op cit.*, p. 189.

dispõe em seu artigo 8º, §§ 1º e 2º, especialmente, aliena *b*, a necessidade de comunicação ao acusado<sup>194</sup>.

Encampando a tendência mundial, a Lei 9.271, de 17 de abril de 1996, com vigência a partir de 17 de junho de 1996, nasce como parte da reforma setorial do Código de Processo Penal, modificando a redação dos arts. 366 a 370<sup>195</sup>, dando novo tratamento ao acusado citado por edital e por

---

<sup>194</sup> “Art. 8º - Garantias judiciais.

§ 1º - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determine seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

§ 2º - Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado; e direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”

<sup>195</sup> “Art. 366 – Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

§ 1º - As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo.

§ 2º - Comparecendo o acusado, ter-se-á por citado pessoalmente, prosseguindo o processo em seus ulteriores atos.

Art. 367 – O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

Art. 368 – Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo da prescrição até o seu cumprimento.

Art. 369 – As citações que houverem de ser feitas em legações estrangeiras serão efetuadas mediante carta rogatória.

Art. 370 – Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no capítulo anterior.

§ 1º - A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado.

carta rogatória. A referida lei resultou do trabalho empreendido pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, nomeada pelo Ministro da Justiça, destinada à realização de estudos e apresentação de propostas de modificação do Estatuto Processual. Do dito trabalho, foram elaborados dezesseis projetos. O Projeto de Lei 4.897/95 converteu-se na Lei 9.271/96.

Importante a menção da exposição de motivos à mensagem 1.269<sup>196</sup>, no sentido da proposta integrar *um elenco de medidas destinadas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional penal, proporcionando-lhe maior celeridade, racionalidade e eficácia, o que também trará reflexos na redução da impunidade*. Registrando que a citação editalícia *leva à incerteza quanto ao conhecimento, pelo acusado, da acusação a ele imputada, o que pode motivar a alegação, posterior, de cerceamento de defesa*, ela considera que:

*(...) os princípios da ampla defesa e do contraditório, emanados do ordenamento jurídico brasileiro, e a previsão da Constituição Federal de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LVII) conferem o respaldo legal à nova pretensão do artigo 366, ainda mais quando a ela se acrescenta (§ 1º) a autorização para que se produzam, antecipadamente, as provas, consideradas de maior urgência.*

A par das inovações procedidas, no que tange à citação editalícia, que serão apreciadas em capítulo próprio, observam-se outras inovações processuais. Assim, o réu pode deixar de comparecer e constituir procurador, visto que não está obrigado à autodefesa, prosseguindo o

---

§ 2º - Caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo.

§ 3º - A intimação pessoal, feita pelo escrivão, dispensará a aplicação a que alude o § 1º.

§ 4º - A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal.”

<sup>196</sup> PRODASEN – Senado Federal. Site [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br). Internet, 2001.

processo com defesa técnica. Ainda, expedida carta rogatória, suspende-se a prescrição até seu cumprimento. A revelia continua a existir, mas apenas para o acusado que tiver ciência da acusação, e se restringe a não comunicação dos atos processuais.

#### 4.2 – A suspensão do processo em face da revelia no Direito Comparado

A condenação à revelia vem merecendo reparo na maioria dos países de índole democrática, em que a preocupação com o devido processo legal é patente. Registra GRINOVER<sup>197</sup> que, nestes ordenamentos mais sensíveis às garantias constitucionais, não é possível a condenação à revelia, citando Alemanha e Áustria, Reino Unido e Canadá, Holanda, Suécia, Suíça, Noruega e Finlândia. Quase todos os países da América Latina e Portugal suprimiram o processo à revelia, suspendendo-o, até que o acusado compareça. No Brasil, a regra já era adotada no Tribunal do Júri, onde não se realiza o julgamento sem a presença do réu. Repercute, inclusive, no direito internacional, pela vedação contida em tratados bilaterais de extradição e respectivas leis internas de cooperação judicial com outro Estado, no caso do réu tiver sido condenado à revelia, podendo a extradição somente ser concedida, se houver submissão de novo julgamento com as garantias do contraditório, atesta GRINOVER<sup>198</sup>.

Sobre os países que vedam a condenação à revelia, proceder-se-á um breve estudo do mecanismo legal empregado, baseado em artigo de CHOUKR<sup>199</sup>, especialmente acerca das causas de suspensão, buscando

---

<sup>197</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Fundamentos políticos do novo tratamento da revelia. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n° 42/01, junho, 1996, p. 1.

<sup>198</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>199</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Suspensão do processo em face da revelia. Comentários à lei 9.271/76, de 17 de junho de 1996. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. n° 23, jul-set, 1998, p. 45-49.

uma correlação com a modificação introduzida pela Lei n.º 9.271/96 na processualística penal brasileira.

No sistema da *common law* (Inglaterra e Estados Unidos), inexistia a possibilidade de início da persecução criminal sem a presença do acusado, em face da audiência para o exercício da admissão ou não de culpa (*plea of guilt*), não se falando, pois, em suspensão do processo, mas na sua não instauração.

Dentre os países que adotam o *civil law*, também a Alemanha não admite persecução penal na ausência do acusado, desde que não seja esta voluntariamente causada pelo réu, suspendendo a prescrição durante o tempo em que a ação penal não puder ser iniciada ou prosseguida.

Na Espanha, os procedimentos abreviados, afetos a crimes de menor significação, não se suspendem. No processo de crimes de maior gravidade, não pode o juiz sentenciar, se o acusado tiver sido declarado revel.

Em França, pode haver decisão final, mas esta não pode ser objeto de execução, enquanto o condenado não tiver pleno conhecimento de seu teor e refutá-la, se assim o desejar.

Portugal tem a disciplina de maior semelhança com o Direito brasileiro, visto que, não comparecendo o “argüido” citado por edital, o processo é suspenso (art. 335 do Estatuto Processual), possibilitando a produção de provas urgentes (art. 320 do Estatuto Processual). Tal regra, todavia, não é aplicada às hipóteses previstas para o rito sumaríssimo. Prevê, ainda, como causa interruptiva da prescrição, a declaração da contumácia, voltando a correr a prescrição, a partir do dia em que cessar a causa da suspensão (art. 125, 1, *b*, do Estatuto Processual). Tais disposições inspiraram o legislador brasileiro na elaboração da Lei 9.271/96.

## Capítulo V

### *O Novo Tratamento da Revelia do Acusado Citado por Edital*

O advento da Lei nº 9.271/96, modificando o tratamento do réu citado editaliciamente, vem sendo saudado pela maioria dos juristas como um avanço processual. Isto, porque a suspensão do processo com a correlata suspensão do prazo prescricional para o acusado citado por edital, que não comparece e não constitui advogado, teria dois fundamentos políticos, anota GRINOVER<sup>200</sup>. O primeiro, preponderante, pelo cunho constitucional, visto que:

*Com efeito, as garantias do contraditório e da ampla defesa, sob o aspecto dinâmico (correspondendo à igualdade de armas), indicam a necessidade de sua observância efetiva e concreta, não se satisfazendo com um enfoque meramente formal. O contraditório, em seu primeiro momento, deve corresponder à informação, pela qual se fará possível o exercício da defesa, e essa necessidade de informação fica praticamente infirmada pela ficção de uma citação editalícia.*

No segundo aspecto, ligado à polícia judiciária, a prática revela que, se não citado pessoalmente, dificilmente o acusado será encontrado para cumprimento de eventual condenação, gerando, na anterior disciplina, dispêndio de tempo e material judiciário para findar feitos que não teriam qualquer efetividade, mormente, quando se apresentam milhares de mandados de prisão não cumpridos, leciona GRINOVER<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op cit.*, p. 1.

<sup>201</sup> *Ibidem*, mesma página.

Todavia, tal modificação não fica isenta de críticas. Já no início da vigência da nova redação do art. 366 do CPP, manifesta era a preocupação de constituir uma válvula de impunidade, especialmente, para aqueles que, em débito com sua consciência e com a justiça, optariam por foragir ou evitar a citação pessoal, alerta CRUZ<sup>202</sup>. Outros observam um formalismo excessivo, cuja conseqüência é a prosperidade das ações penais somente com a concordância dos denunciados, numa inversão de posições: solto é o acusado que decide, ou não, se vai ser processado pela Justiça Criminal, e não o contrário, esclarece ANDRADA<sup>203</sup>.

Com a nova redação, o art. 366 extingue a figura da revelia do réu citado por edital que não comparece ao processo – sendo tratado como *ausente* – com a suspensão do processo e do lapso prescricional. Apenas, após citado pessoalmente, e não desejando participar do processo, o réu submete-se aos efeitos da contumácia.

No presente capítulo, procurar-se-á analisar todas as polêmicas trazidas pela nova legislação, bem como, criticamente, aferir a sua importância em um contexto de modelo constitucional do processo no paradigma do Estado Democrático de Direito.

## 5.1 – A retroatividade da Lei 9.271/96

A primeira questão a suscitar atenção dos juristas foi a possibilidade de aplicação da novel legislação a processos anteriores a sua vigência. Embora a Lei nº 9.271/96 esteja em vigor há mais de cinco anos, crê-se não se poder furtar a tal estudo, tendo em vista o amplo debate acadêmico e jurisprudencial que tal tema suscitou, imiscuindo-se em aspectos

---

<sup>202</sup> CRUZ, Rogério Schiatti Machado. A citação editalícia e a eficácia do processo. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 43/02, julho, 1996.

<sup>203</sup> ANDRADA. Doorgal Gustavo B. Com o art. 366 do CPP o réu consegue paralisar o processo. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 59/12, outubro, 1997.

constitucionais correlatos com os temas até aqui discutidos, além da possibilidade de reflexos em fatos cuja apuração ainda não se encerrou.

É praticamente unânime o entendimento de que a norma do art. 366 do CPP tem natureza mista processual, no tocante à suspensão do processo, e natureza penal, quando se refere à prescrição. Tal natureza híbrida permite a perquirição acerca da retroatividade, ou não, da parte mais benéfica da disposição de natureza processual (suspensão do processo), enquanto que a parte mais prejudicial, de cunho penal (suspensão da prescrição), seria aplicada somente a partir da vigência, conforme o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, adotado pela Carta Magna em seu art. 5º, XL.

Derivam, pois, três correntes de pensamento acerca da aplicabilidade da Lei nº 9.271/96: irretroatividade total da nova lei; retroatividade da parte benéfica (processual) e irretroatividade da parte prejudicial (penal); e retroatividade integral da lei nova<sup>204</sup>.

Pugnou-se, pois, pela incindibilidade da disposição, que não se aplicaria a infrações penais anteriores à vigência legal, registra JESUS<sup>205</sup>. Em face do princípio da isonomia das partes e seu corolário – a paridade de armas – deve haver equilíbrio entre acusação e defesa. Ele trata, assim, a polêmica:

*É sob esse fundamento que o art. 366, caput, do Código de Processo Penal em sua nova redação, concedeu uma arma à defesa, a suspensão do processo. Não deixou, porém, a*

---

<sup>204</sup> FELIPETO, Rogério. O artigo 366 do CPP e sua aplicação intertemporal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. nº 762/487, abril, 1999; e GUIBO, Vitor Luiz de Oliveira. Lei 9.271/96. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. nº 17/161, jan-mar, 1997: registram uma quarta corrente, que defenderia a suspensão da prescrição, sem a suspensão do processo, refutando-a de plano, porque vulnera tanto o art. 5º, XL, da CF, quanto o art. 2º do CPP, por fazer retroagir a aplicação de lei em prejuízo ao réu e deixar de aplicar a regra processual do *tempus regit actum*.

<sup>205</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Notas ao art. 366 do código de processo penal com redação da lei nº 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 42/03, junho, 1996.

*acusação desprevenida: conferiu-lhe a suspensão do prazo prescricional como instrumento de combate. Assim, no tema em foco, enquanto a defesa do réu revel citado por edital tem a seu favor a suspensão do processo, a acusação tem a arma da suspensão do prazo prescricional. (...) Por isso, a corrente que se orienta no sentido da suspensão dos processos em andamento, permitindo, porém, o curso do prazo prescricional, desequilibra a balança, dando à defesa, como arma, uma metralhadora e, à acusação, um revólver calibre 32 sem balas. É como colocar os autos do processo no armário, aguardando-se a prescrição.*<sup>206</sup>

Haveria, neste particular, um desequilíbrio da relação processual, até porque, enquanto o Estado é manietado, a prescrição corre solta em favor do réu, no dizer de FÜHRER. Este ainda assevera que, muitas vezes, a suspensão do processo pode não ser benéfica para alguém, existindo situações em que pode ser conveniente ou não:

*É costume dizer que o processo é leve para o criminoso habitual e pesado para o pai de família pego em pequeno deslize. Um ou outro pode desejar que o processo acabe e a situação instável termine. Uma condenação pode ser o elo para o reconhecimento da continuidade delitiva.*<sup>207</sup>

Aduz FÜHRER, ainda, que ao aplicar-se o dispositivo legal cindido, estaria o intérprete selecionando parte do diploma legal, negando aplicação do restante do texto, que lhe é logicamente decorrente, redundando, na prática, em criação de novo texto legal.

---

<sup>206</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Revelia e prescrição penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n° 732/504, outubro 1996.

<sup>207</sup> FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Op cit.*, mesmas páginas.

Anota ALMEIDA<sup>208</sup>, que pela *mens legis*, não foi intenção do legislador prestigiar o contraditório e a ampla defesa em detrimento da aplicação da lei penal, com o abandono do esforço estatal de responder, mediante a aplicação de sanção de natureza penal, ao ato criminoso perpetrado pelo réu. Lembra, ainda, que a mensagem do projeto que originou a lei em exame consignava como *mens legis* o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional penal, dando maior celeridade, racionalidade e eficácia, trazendo reflexos na redução da impunidade, que aumentaria acaso adotada a corrente contrária.

CAZETTA<sup>209</sup> vislumbra a impossibilidade de cisão da norma, por ser interdependente, ofendendo tal mister a lógica interna da regra jurídica, observando ainda, que caso adotada tal posição pelo Ministério Público, este estaria mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, face iminente prescrição de inúmeras ações penais em andamento. Ademais, o sentido teleológico da norma estaria centrado no binômio efetividade do processo e fortalecimento do contraditório, em um todo harmônico que não poderia ser separado em partes autônomas sem prejuízo da organicidade, complementa CAZETTA<sup>210</sup>. Neste sentido, GUIBO<sup>211</sup> vê nítida a intenção legislativa, de que a providência da suspensão do processo não pode ser tomada sem a outra, a suspensão do curso do prazo prescricional, já que indicada pela conjunção coordenativa aditiva “e”.

Baseando-se no art. 2º do CPP, e observando que a Lei 9.271/96 buscou regular a revelia daquele que, citado por edital, não comparece ao chamado judicial, ARAÚJO DA SILVA<sup>212</sup> considera que tal instituto é de natureza estritamente processual, e seus efeitos correlatos (suspensão do

---

<sup>208</sup> ALMEIDA, André Vinícius de. Questões polêmicas na lei n.º 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n.º 42/06, junho, 1996.

<sup>209</sup> CAZETTA, Ubiratan. Da impossibilidade de aplicação da lei 9.271/96 aos processos pendentes. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n.º 51/07, fevereiro, 1997.

<sup>210</sup> *Ibidem*, mesmas páginas.

<sup>211</sup> GUIBO, Vitor Luiz de Oliveira. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>212</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. Da irretroatividade da suspensão do processo (Lei n.º 9.271/96). *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n.º 47/04, outubro, 1996.

processo e da prescrição) servem a tal desiderato, não podendo retroagir para anular ou rescindir revelia regularmente decretada antes de sua vigência, pois tal ato processual mantém plena eficácia mesmo em face de lei nova.

Dada a impossibilidade de retroação da disposição de cunho processual para regular fatos que já produziram efeitos sob a égide da lei anterior, e por isso se tornaram irrevocáveis em face do devido processo legal que era previsto para a aplicação da revelia do acusado, não há como emitir raciocínio diferente, acredita ALMEIDA<sup>213</sup>.

Uma segunda corrente, nascida em estudos do jurista GOMES<sup>214</sup>, ampara-se na doutrina portuguesa expressa em obra de CARVALHO<sup>215</sup>, que trata da ponderação unitária ou diferenciada da norma. A primeira significa:

*Que é a lei na sua totalidade, na globalidade das suas disposições, que deve ser aplicada; a ponderação diferenciada, considerando a complexidade de cada uma das leis e a relativa autonomia de cada uma das disposições, defende que deve proceder-se ao confronto de cada uma das disposições de cada lei, podendo, portanto acabar por aplicar ao caso “subjudice”, disposições de ambas as leis.*<sup>216</sup>

No que tange ao problema em comento, parte GOMES da premissa de que o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, pelo qual *a lei penal não retroagirá*, salvo para beneficiar o réu, determina dois comandos jurídicos: irretroatividade da lei penal (nova) prejudicial e irretroatividade da lei penal

---

<sup>213</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo. *Suspensão do processo e da prescrição penal. Doutrina, jurisprudência e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 76.

<sup>214</sup> GOMES, Luiz Flávio. Da irretroatividade (parcial) da Lei 9.271/96 (citação por edital). *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 42/04, junho, 1996.

<sup>215</sup> CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>216</sup> CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Op cit.*, p. 154.

benéfica, que alcança, inclusive, as leis processuais penais materiais, importando a afetação de direitos e garantias fundamentais da pessoa, e não a natureza da norma, se penal propriamente dita ou processual. Interessa, pois, saber, se em sucessão de leis um substancial direito do acusado foi ou não atingido<sup>217</sup>. Registrando que, no Direito brasileiro, a possibilidade de combinação de leis penais sucessivas<sup>218</sup> (ponderação diferenciada) é motivo de controvérsia antiga, GOMES sugere sua aplicação no que tange às disposições da Lei nº. 9.271/96, por encontrar assento constitucional, sendo admitida pela jurisprudência brasileira, quando da nova Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368/76), com combinação de partes benéficas desta lei com a anterior (Lei nº 5.726/71). Ele registra, ainda, que não pode ser eficaz, no Estado de Direito, o disposto no art. 2º, § 2º, do Código Penal Militar<sup>219</sup>, definindo assim a questão:

*A doutrina da irretroatividade total da nova lei, respaldada embora em maior segurança jurídica, no que se refere à sua parte benéfica, deixa de atender o preceito constitucional da retroatividade da lei nova benéfica (ferindo, com isso, o que dispõe o art. 5º, § 1º, da CF). A posição da retroatividade total da lei nova, incluindo o que se relaciona com a suspensão do*

---

<sup>217</sup> É a doutrina constitucionalista americana do *substancial right*, pela qual se observa se um direito ou garantia constitucional foi afetado, e não, a natureza da norma, caso em que haverá inconstitucionalidade. Conforme CHUT, Marcos André. Aspectos polêmicos da lei 9.271/96. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. nº 734/559, dezembro, 1996, que adota a posição exposta por Luiz Flávio Gomes.

<sup>218</sup> Sobre combinação de leis penais sucessivas, TORON, Alberto Zacharias. A combinação de leis no tempo no direito comparado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. nº 772/445, fevereiro, 2000, observa que Basileu Garcia e José Frederico Marques a admitiam ainda na vigência do Código Penal de 1940. Na legislação italiana, portuguesa e espanhola, há norma legal vedando expressamente tal combinação, o que incorre na lei penal brasileira, exceto no Código Penal Militar. Conclui pela possibilidade de tal simbiose, visto que o Magistrado não está criando *terza legge*, mas exercendo a função de intérprete de leis. A respeito, vide, ainda, FRANCO, Alberto Silva, Retroatividade penal benéfica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. nº 589/285, novembro, 1984.

<sup>219</sup> “Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.

§ 1º - A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevivido sentença condenatória irrecorrível.

§ 2º - Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato.”

*curso prescricional, viola também a CF, visto que admite a retroatividade de uma lei prejudicial. A única postura que não faz tabula rasa da Constituição é a intermediária, segundo a qual deve retroagir a parte benéfica (processual garantista) e não retroagir a parte prejudicial (suspensão do curso da prescrição).*<sup>220</sup>

Neste particular, o direito à informação passa a ter caráter absolutista, sendo necessário oferecer aos réus revéis citados por edital a oportunidade de conhecer a acusação, sendo aplicável aos processos pendentes no estado em que se encontram, considera IBIAPINA<sup>221</sup>.

Ademais, ressaí mais vigoroso o espírito de se garantir o exercício do direito de defesa, consoante exposição de motivos da Lei 9.271/96 e do Pacto de São José da Costa Rica, aduz FELIPETO<sup>222</sup>, lembrando que o art. 413 do CPP suspende o processo, enquanto não for o réu intimado da pronúncia sem suspensão do prazo prescricional, não sendo, em nenhum momento, considerado fator de impunidade<sup>223</sup>.

JARDIM<sup>224</sup> considera, que pretensa impunidade decorre da inoperância do Estado em localizar e prender o réu:

*De nada vale processar e condenar alguém, violando-se o contraditório e a ampla defesa, que, no caso, é meramente formal, e depois restar o mandado de prisão sem cumprimento, porque não se localiza o réu. Há milhares de mandados de*

---

<sup>220</sup> FELIPETO, Rogério. *Op cit.*, mesmas páginas, adota a mesma posição, registrando uma imprecisão terminológica ao se falar em retroatividade da norma mais benéfica, visto que a suspensão do processo reclama a sua aplicação imediata aos processos em curso, consoante art. 2º do CPP, excetuados, portanto, os feitos amparados pelo manto da coisa julgada.

<sup>221</sup> IBIAPINA, Humberto. O artigo 366 e sua nova redação. Porque aplicá-lo nos processos em curso. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 61/19, dezembro, 1997.

<sup>222</sup> FELIPETO, Rogério. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>223</sup> *Ibidem*, mesmas páginas.

<sup>224</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Op cit.*, p. 362.

*prisão para serem cumpridos e, talvez, a impunidade decorra disto e não de garantir ao réu o devido processo legal.*<sup>225</sup>

Baseados também na impossibilidade de cisão da lei, os partidários da retroatividade total do art. 366 do CPP pugnam pela sua aplicação retroativa integral, pois não se pode escolher qual parte de lei deva ser aplicada, pois, se assim fosse, haveria desequilíbrio processual, retirando-se o direito do Estado de perseguir a punição, mantendo-se o agente beneficiado com o decurso do tempo<sup>226</sup>. O réu seria beneficiado com tal retroação, considera SAMPAIO JR<sup>227</sup>, posto que mera ameaça de uma condenação, ainda que perdurando maior tempo em relação ao tempo de suspensão da prescrição, é menos que uma efetiva condenação<sup>228</sup>.

Note-se, que com o advento da Lei n.º 9.099/95 não se negou retroatividade ao art. 89, que trata da suspensão condicional do processo. Ademais, desde a entrada em vigor, em nosso ordenamento jurídico, do Pacto de São José da Costa Rica, através do Decreto 678/92, já não seria possível a prolação de sentença em processo em que o réu é ausente, conforme CUNHA<sup>229</sup>.

A discussão deve ser procedida em face do modelo constitucional do processo, baseado em seus princípios institutivos. A aferição da norma do art. 366 do CPP transcende a discussão acerca da sua natureza penal ou processual, visto que, em face do *substantive due process*, o que importa saber é a lesão ou possibilidade de lesão de um direito ou garantia individual.

---

<sup>225</sup> Encampa tal posicionamento: SAMPAIO JR, Denis Andrade. *Suspensão do processo e da prescrição penal. Comentários à lei n.º 9.271/96*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 74.

<sup>226</sup> FELIPETO, Rogério. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>227</sup> SAMPAIO JR, Denis Andrade. *Op cit.*, p. 64-65.

<sup>228</sup> Nota do Autor: É interessante notar que não se observou a defesa desta corrente por nenhum jurista específico, e sim, menção a tal pensamento pelos estudiosos da pendenga.

<sup>229</sup> CUNHA, J.L. Fagundes. A aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal e o Pacto de São Jose da Costa Rica. Decreto n. 678/92. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 21/251, jan-mar, 1998.

Neste patamar, observa-se que a suspensão do processo beneficia o acusado, enquanto a suspensão da prescrição o prejudica. Não é possível a retroação da norma, como exposto pelo princípio consagrado da retroatividade da lei penal somente se benéfica.

O cerne da questão aí se encontra, visto que tratando a multicitada modificação ao art. 366 de dúplici consequência, que visa equilibrar o jogo de forças entre defesa e acusação, a lógica seria a aplicação dos dois institutos de pesos iguais em qualquer caso (suspensão do processo com suspensão da prescrição). Aplicando-se apenas um, haveria desequilíbrio processual.

Vislumbra-se, pois, um atrito, dentro do devido processo legal, entre os princípios institutivos do processo, digladiando-se o contraditório e a ampla defesa contra a isonomia, trazendo à baila interessante pergunta: é possível, dentro do devido processo legal, a preponderância de um princípio sobre o outro? Notadamente, no processo penal, a resposta deve ser positiva, na medida em que o processo origina-se na Constituição e o contraditório é seu elemento definidor, como referente à participação das partes.

Como antevisto no Capítulo III, a citação pessoal é o ato que possibilitará o adimplemento do contraditório; a possibilidade do acusado se defender. Sua importância processual é enorme, na medida em que poderá o réu presente valer-se da autodefesa e/ou oferecer elementos probatórios para uma defesa técnica eficiente, suplantando-se uma presunção legal muitas vezes viciosa e inefetiva.

Dada tal característica, o princípio da isonomia fica mitigado, no que tange aos fatos ocorridos antes do advento da Lei 9.271/96, pelo desnível corrente, na medida em que somente dever-se-á aplicar a suspensão do

feito, o que, ademais, é possível no processo penal, face ao princípio do *favor rei*, abordado anteriormente.

Em face da adoção pelo direito interno do Pacto de São José da Costa Rica, através do Decreto Presidencial publicado no Diário Oficial da União em 09.11.92, que determina a citação pessoal do acusado antes mesmo da vigência da Lei 9.271/96, tal entendimento se apresenta aplicável aos fatos ocorrentes, a partir de tal data, cujos processos ainda não transitaram em julgado. Aqueles em que tal ocorreu podem ser objeto de revisão criminal, para que seja procedida a nova colheita probatória com a presença do acusado, excetuando-se os que tenham sido extintos pelo cumprimento integral da pena. Não obstante, a jurisprudência, tanto do STF quanto do STJ, caminha pela impossibilidade de retroatividade da lei<sup>230</sup>.

## 5.2 – Prazo de suspensão da prescrição

No advento da Lei n.º 9.271/96, grassou também a polêmica acerca do prazo de duração da suspensão da prescrição, em sendo omissa acerca da limitação temporal. Antes mesmo de entrar em vigor, alguns doutrinadores sugeriam soluções para o desate da pendenga.

Assim, FRANCO<sup>231</sup> observava que a equivocidade legal poderia ser corrigida, ou por outro texto de lei, ou com a admissão por via jurisprudencial de hipótese oblíqua de crime imprescritível sem amparo constitucional, ou

---

<sup>230</sup> STF: HC n. 74.695-1-SP, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11.3.97, DJU 9/5/97, p. 18.130, HC n. 75.284-5-SP, 1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 4.3.97, DJU 9.5.97, p. 18.129, HC n. 75.284-5-SP, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, j. 14.10.97, DJU 21/11/97, p. 60.587, HC n. 76.003 -1-RJ, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.11.97, DJU 19/12/97, p. 44.

STJ: RHC n. 6.262, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 1/4/97, DJU 5/5/97, p. 17 .067, ementa parcial, RHC n. 6.372 – SP, 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 9/6/97, DJU 30/6/97, p. 31.083, RHC n. 6.981-RJ, 6ª Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 2/12/97. DJU 3/8/98, p. 325, Resp n. 142.251-SP 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 16/9/97, DJU 13/10/97, p. 51.630. citados por VILAS BOAS, Alberto. Código de Processo Penal anotado e interpretado. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.307-309.

<sup>231</sup> FRANCO, Alberto Silva. Suspensão do processo e suspensão da prescrição. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n.º 42/02, junho, 1996.

com a criação pretoriana de termo final para a causa de suspensão instituída.

Mais longe, JESUS<sup>232</sup> antevia o surgimento de seis correntes acerca do tema<sup>233</sup>. O citado doutrinador considera que o prazo de suspensão da prescrição não pode ser eterno, pois, caso contrário, estar-se-ia criando uma causa de imprescritibilidade por via oblíqua. Os casos que não admitem prescrição são enumerados pela Constituição Federal<sup>234</sup> e, portanto, não podem ser alargados pela lei ordinária. Neste caso, somente a morte do agente extinguiria a punibilidade. Se em face do crime, o Estado perde, pelo decurso do tempo, a pretensão punitiva, não é lógico que diante da revelia pudesse exercê-la indefinidamente. Logo, entende que o limite do prazo prescricional corresponde aos prazos do art. 109 do CP, no tocante ao máximo da pena privativa de liberdade imposta abstratamente, sendo justo o critério, uma vez que, se tal prazo é utilizado para a extinção da punibilidade, deve ser o apreciado na suspensão do prazo extintivo da pretensão punitiva

<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Op cit.*: Seriam as seguintes: “1ª - a lei não fixou limite, de modo que o termo final do prazo suspensivo ocorre na data em que o réu comparece em Juízo, qualquer que seja o tempo decorrido; 2ª - deve ser considerado o máximo abstrato da pena privativa de liberdade cominada à infração penal; 3ª - leva-se em conta o mínimo abstrato da pena privativa de liberdade cominada; 4ª - tem-se em vista o limite máximo do prazo prescricional previsto em nossa legislação, que é de vinte anos (CP, art. 109,I); 5ª - o limite temporal da suspensão é o mesmo da prescrição (CP, art. 109), em atenção ao mínimo abstrato da pena privativa de liberdade; 6ª - o limite extremo superior da suspensão da prescrição é o mesmo do art. 109 do CP, regulado pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada à infração penal.”

<sup>233</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Op cit.*, p. 363: considera artificial e arbitrária a criação doutrinária de um prazo de suspensão, por estar-se legislando no lugar do legislador, questionando, em termos constitucionais, a aplicação das duas normas do art. 366, mesmo aos crimes cometidos após a sua vigência.

<sup>234</sup> São imprescritíveis os crimes de prática de racismo (art. 5º, XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

<sup>235</sup> Neste sentido, o seguinte acórdão: “O período máximo de suspensão da fluência do prazo de prescrição, na hipótese do art. 366 do CPP, corresponde ao que está fixado no art. 109 do CP, observada a pena máxima cominada para a infração penal.” (RHC n. 7.052-RJ, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 7/4/98, DJU de 18/5/98, p. 114, ementa parcial), citado por VILAS BOAS, Alberto. *Op cit.*, p. 310.

Encampa tal posicionamento, GOMES<sup>236</sup>, para quem deve o juiz declarar, quando da suspensão do processo, o prazo de suspensão da prescrição, indo contra corrente jurisprudencial, para a qual, sendo evento futuro e incerto, não seria necessário tal mister<sup>237</sup>.

CHOUKR<sup>238</sup> se apóia na possibilidade de reconhecimento da prescrição antecipada, ainda antes do exercício da ação penal, com base na presumível pena em concreto, para atestar a aplicação do art. 109 do CP pelo mínimo da pena como base para cômputo do prazo prescricional, além do que, o art. 7º, § 5º, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determina que os processos devem terminar em prazo razoável, concluindo como noção de razoabilidade a pena mínima em abstrato. SAMPAIO JR<sup>239</sup> considera, que não se estaria combinando os dispositivos dos arts. 109 do CP e 366 do CPP, mas legislando outro dispositivo, pois nenhuma norma manda aplicar a pena mínima para incidência da prescrição.

Não padeceria, a lei, de vício de inconstitucionalidade, por não estabelecer prazo de suspensão, até porque o art. 53, § 2º, da CF, e art. 116, do CP, também não o fazem, defende DOTTI<sup>240</sup>. Nestes casos, o prazo máximo de suspensão seria de vinte anos, adotando-se a regra do art. 109, I, do CP, qualquer que seja a pena aplicada ao delito, sem qualquer injustiça material, visto que se resume a *quaestio*, em razões de política criminal, conforme TOURINHO FILHO:

---

<sup>236</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 169.

<sup>237</sup> RJD 32/460, RJD 33/422, RJD 34/477, RJD 35/442, RJD 35/446, todos os arrestos do TACRIM-SP citados por BETANHO, Luiz Carlos. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. 1ª ed. Alberto Silva Franco e Rui Stoco, (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1540.

<sup>238</sup> CHOUKR, Fauzi Hasan. A prescrição na Lei n.º 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n.º 42/07, junho, 1996. Também em: Suspensão do processo em face da revelia. Comentários à lei 9.271, de 17 de junho de 1996. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo. n.º 23/41, jul-set, 1998.

<sup>239</sup> SAMPAIO JR, Denis Andrade. *Op cit.*, p. 48.

<sup>240</sup> DOTTI, René Ariel. A ausência do acusado e a suspensão do processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n.º 730/401, agosto, 1996.

*Com efeito, basta verificar que a Constituição de 1988 prevê a imprescritibilidade do crime decorrente de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). E a lei ordinária que definir as hipóteses típicas de tal ilícito, poderá cominar penas moderadas para algumas modalidades, tanto em nível de autoria como de participação. Assim, o responsável por uma infração de menor consequência lesiva, mas integrada no aludido rol, sofrerá os ônus decorrentes da imprescritibilidade.*<sup>241</sup>

GUARAGNI<sup>242</sup> considera ilógica tal premissa, visto que, mesmo no Direito Penal da culpabilidade, suas funções preventivas devem guardar correlação com a proporcionalidade em relação ao fato. SAMPAIO JR<sup>243</sup> exemplifica com a lesão corporal leve, prescrita em quatro anos e com prazo suspenso de vinte anos, por seu autor ter sido citado por edital.

VIVEIROS<sup>244</sup> não vê a suspensão do prazo prescricional como norma genuína de direito material, mas como sanção processual, não sendo exigível, portanto, um termo delimitado. Em sendo a ausência quase sempre uma opção do processado, estabelecer-se-ia um sistema de sanção-prêmio: reaparecendo, ele ganharia o bônus da contagem do prazo anterior ao despacho anterior, em compensação, o prazo de suspensão não possuiria limite.

No mesmo talante, FUHRER<sup>245</sup>, para quem não se trataria de imprescritibilidade a não definição do prazo suspensivo prescricional. Isto,

---

<sup>241</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol III. 21ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, 196-201: modificando entendimento anterior, que considerava a ausência de fixação de prazo como sinal de imprescritibilidade, e, portanto, inconstitucionalidade, espera que o direito pretoriano perfaça uma interpretação condizente, que pode até ser o prazo de vinte anos.

<sup>242</sup> GUARAGNI, Fábio André. *A revelia e a suspensão do processo penal. Aspectos controvertidos do artigo 366 do CPP e outras questões sobre a Lei 9.271/96*. Curitiba: Juruá Editora, 1997, p. 84.

<sup>243</sup> SAMPAIO JR, Denis Andrade. *Op cit.*, p. 44.

<sup>244</sup> VIVEIROS, Mauro. Suspensão do processo e suspensão do prazo prescricional. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 48/03, novembro, 1996.

<sup>245</sup> FÜHRER. Maximiliano Roberto Ernesto. *Op cit.*, mesmas páginas.

porque a lei traz outros casos de suspensão em que não se discute tal questão, como é o daqueles que exercem mandato eletivo em casas legislativas, e que não podem ser processados sem licença (art. 53, §§ 1º e 2º, da CF). O sentido do texto seria consignar, à vontade do acusado, o termo final da suspensão, não se tratando, pois, de vingança estatal. Também CHUT<sup>246</sup>, que além de referir-se ao exemplo antecitado, acrescenta a hipótese da suspensão da ação penal em face de questão prejudicial devolutiva absoluta (art. 94 do CPP) e correspondente impedimento do curso prescricional (art. 116 do CP), estando, pois, a hipótese condizente com o ordenamento jurídico em geral.

Em via contraposta, TREDINNICK<sup>247</sup> taxa de inconstitucional a suspensão da prescrição, sendo despiciendo, pois, encontrar-se um lapso temporal. Arrima seu entendimento em face do que denomina imprescritibilidade virtual da nova redação do art. 366 do CPP, visto que, trazendo a Constituição Federal os dois únicos casos de delitos imprescritíveis, não poderia o legislador infraconstitucional alargar o leque. Ademais, o Poder Judiciário não poderia apreciar a questão, ferindo o princípio da inafastabilidade do judiciário, prescrito pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF, além do que a persecução criminal não encerraria em prazo razoável, como determina o Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos (acatado pelo Decreto Legislativo nº 592/92, art. 9º, nº 3). Aponta ainda questões de ordem prática, como o acúmulo físico de processos, com respeito a fatos que, no futuro, teriam ocorrido há mais de cem anos sem deslinde, face ausência da certidão de óbito do réu<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup> CHUT, Marcos André. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>247</sup> TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. *A revelia e a suspensão do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 36-54.

<sup>248</sup> Decorre de tal raciocínio, que subsiste somente a suspensão do processo como decorrência da revelia do citado por edital. Logo, caracterizado o caráter benéfico da norma, esta seria retroativa aos processos pendentes, e aplicável, inclusive, aos processos com trânsito em julgado, com sentença condenatória em execução, podendo o condenado produzir novamente a prova, com o fim de ensejar revisão criminal. Conforme TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. *Op cit.*, p. 88-93.

Não é crível inferir inconstitucionalidade da disposição, na medida em que é possível uma interpretação legal compatível com o modelo constitucional do processo, razão pela qual encontra-se, a disposição, em plena vigência.

A criação de novos casos de imprescritibilidade pelo legislador infraconstitucional é que pode ser considerada inconstitucional, e deve, de plano, ser rechaçada, visto que, pelo princípio do *substantive due process*, estabelecido pelo constituinte os delitos imprescritíveis, o rol não pode ser estendido, até porque, nesta hipótese, em tese, qualquer crime poderia, por via oblíqua, se tornar imprescritível, aguardando o comparecimento do acusado citado por edital.

O que se apresenta discutível é, exatamente, qual o prazo de suspensão seria o mais viável, e o primeiro critério a ser adotado seria a regulação da prescrição pela pena em abstrato, visto que a adoção de prazo único de vinte anos igualaria todos os delitos que já foram desigualados pelo legislador, quando da fixação da respectiva sanção.

Aferindo-se, pois, os prazos previstos no artigo 109 do CP, seria o prazo da suspensão calculado em face da pena máxima ou da pena mínima cominada a determinado delito? Deve-se socorrer, novamente, das premissas estabelecidas no tocante ao modelo constitucional do processo e dos princípios do devido processo legal.

A fixação do prazo de suspensão pelo prazo máximo de prescrição da pena abstrata cominada ao delito apresenta-se como a condizente lógica, não só pelos argumentos coligidos pelos defensores de tal corrente, especialmente, pela aplicação por analogia das regras da citada disposição, mas, também, pelo fato de que, quanto maior o prazo de suspensão, maior a possibilidade de comparecimento do acusado ao processo e sua participação no procedimento para a elaboração do provimento final. Na

verdade, está se aumentando a garantia do contraditório, na medida em que, para o modelo constitucional, importante não é a prescrição do processo, importante é a ciência pessoal do acusado, para que, assim o desejando, efetive ampla defesa.

É certo que, na seara penal, o processo, em si, representa um constrangimento ao indivíduo, devendo terminar em prazo razoável, o que justifica a adoção da pena mínima abstrata para cálculo da prescrição. Todavia, ainda não existe tal constrangimento, visto que o acusado não sabe que está sendo processado. Ademais, o entendimento discrepante garante tanto o contraditório e ampla defesa quanto a isonomia, razão pela qual deve ser o adotado.

Findo o prazo de suspensão, recomeça o curso normal do prazo prescricional, não sendo o caso de dar andamento ao processo, visto que pode, ainda, o réu, ser citado pessoalmente, e iniciar-se o contraditório efetivo.

### 5.3 – Medidas cautelares da Lei n.º 9.271/96

Dispõe a modificada redação do art. 366 do CPP que, ausente o citado por edital, pode o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

A produção antecipada de provas e a prisão preventiva disciplinadas pela Lei n.º 9.271/96 são vistas por GOMES FILHO<sup>249</sup> como medidas cautelares, com seus requisitos concernentes à razoável probabilidade de reconhecimento do direito posto como cautela (*fumus boni iuris*) e o perigo de insatisfação daquele direito pela demora da prestação jurisdicional

---

<sup>249</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares da Lei 9.271/96: produção antecipada de provas e prisão preventiva. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n.º 42/05, junho, 1996.

definitiva (*periculum in mora*)<sup>250</sup>. Dentro desta premissa, é que se desenvolverá o tema.

### 5.3.1 – A produção antecipada de provas

No tocante à produção antecipada de provas, logo surgiu a discussão acerca da sua obrigatoriedade, em sendo ausente o citado por edital, visto que toda prova corre o risco de se extinguir pelo decurso do tempo, ou se subordinaria à colheita somente em caso de considerada urgente.

Acerca da prova testemunhal, uma primeira corrente a aceita nos casos do art. 225 do CPP, não admitindo a antecipação imotivada, por ser comum a mudança de endereço da testemunha, ou sua morte, pois, despicienda seria a palavra *urgentes* empregada no texto <sup>251</sup>. Não havendo tal avaliação de urgência, tais disposições não teriam eficácia quanto à economia processual ou garantia de defesa efetiva <sup>252</sup>, além de ofender a *ratio legis*, cuja finalidade é a efetiva e concreta observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa <sup>253</sup>.

Relembra CHOUKR<sup>254</sup>, que, em face da natureza cautelar da medida, tem esta, fundamentos distintos dos processos de conhecimento e executivo, sendo que a mera suspensão do processo não constitui situação que gere *periculum in mora*, ainda que o *fumus boni iuris* possa ser identificado. Complementa o autor:

---

<sup>250</sup> Contra: GUARAGNI, Fábio André. *Op cit.*, p. 96, para quem a produção antecipada de prova não serviria para assegurar a pretensão punitiva, pois poderia levar à sua insatisfação, além de ter caráter satisfativo, caracterizando-a como uma tutela de urgência diversa da tutela cautelar.

<sup>251</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Notas ao art. 366 do código de processo penal com redação da lei n.º 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n.º 42/03, junho, 1996.

<sup>252</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>253</sup> PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Prova testemunhal: a urgência do art. 366 do CPP. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n.º 95/05, outubro, 2000.

<sup>254</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Suspensão do processo em face da revelia. Comentários à lei 9.271, de 17 de junho de 1996. *RBCCRIM*. São Paulo, n.º 23/41, jul-set, 1998.

*É importante frisar este ponto, vez que, se o objetivo da lei é a plena participação do acusado na construção da verdade processual, a prova produzida antecipadamente de forma inadequada pode servir para frustrar o objetivo da lei que é por demais saudável e, na verdade, servir – metaforicamente – apenas como uma cilada processual, onde o réu ausente, ao ser localizado, já encontrará um acervo definido apenas aguardando a valoração final.*<sup>255</sup>

JARDIM<sup>256</sup> adota tal pensamento, batendo-se pela ilegalidade e inconstitucionalidade da colheita de prova oral sob o pretexto de sempre ser urgente:

*Tal entendimento implicaria em negar vigência concreta ao art. 366 do CPP, porque importaria em suspender tão-somente o prazo das alegações finais. O que a lei deseja, evidentemente, é que a fase mais importante do processo, ou seja, a instrutória, não se realize sem que o réu dela tenha conhecimento, sem que o réu tenha contato com Defensor Público, fornecendo-lhe o nome das testemunhas e informações sobre as testemunhas arroladas na denúncia ou na queixa, permitindo-lhe, à época própria, requerer diligências. Tudo isto fica prejudicado se o processo não for suspenso após a citação por edital, consoante determina a lei. Dizer-se que toda prova oral é urgente é sofismar com o sistema processual. Tanto assim não é, que, quando a prova oral for realmente urgente, naquele caso específico, caberá à parte requerer a*

---

<sup>255</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>256</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Op cit.*, p. 363-364.

*medida cautelar de antecipação de prova testemunhal, prevista no art. 225 do CPP.*<sup>257</sup>

Se a eventual perda da memória for admitida, não haverá suspensão do processo, afirma TREDINNICK<sup>258</sup>, visto que a produção de prova antecipada será a regra em todo feito, com decretação da revelia do acusado citado por edital, além do que tal hipótese não está elencada no art. 225 do CPP.

Lembra SAMPAIO JR<sup>259</sup>, que a decisão que deferir a produção antecipada de provas deve ser devidamente fundamentada (art. 93, IX, da CF). Todavia, alguns firmam o posicionamento de que sempre dever-se-á ouvir as testemunhas pelos riscos iminentes de desaparecimento da prova, como: mudança de endereço, esquecimento quanto aos fatos e falecimento, que impossibilitariam o alcance da verdade real, registra RIOS GONÇALVES<sup>260</sup>.

MALULY<sup>261</sup> demonstra que, pela experiência forense, inúmeros depoimentos são perdidos com o decurso do tempo, citando o exemplo dos policiais civis e militares que atendem a inúmeras ocorrências no dia a dia, e, muitas vezes, são as únicas testemunhas do fato. Ele assevera que os arts. 92 e 93 do CPP<sup>262</sup>, ao tratarem de questões prejudiciais, consideram a prova testemunhal urgente<sup>263</sup>.

---

<sup>257</sup> FERRARI, Eduardo Reale & CUSTÓDIO, Rosier B. A lei 9.271/96 e sua aplicação prática. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n.º 56/10, julho, 1997. Anotam a postura de vários juízes que suspendem o processo apenas após a oitiva das testemunhas de acusação.

<sup>258</sup> TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. *Op cit.*, p. 64-65.

<sup>259</sup> SAMPAIO JR, Denis Andrade. *Op cit.*, p. 86.

<sup>260</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Aspectos relevantes da lei 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n.º 42/08, junho, 1996. No mesmo sentido: CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>261</sup> MALULY, Jorge Assaf. Lei n.º 9.271/96: provas urgentes e o depoimento testemunhal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n.º 52/08, março, 1997.

<sup>262</sup> “Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute 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.** (grifo do autor)

Parágrafo único. 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.

SÍCOLI<sup>264</sup> vislumbra na postergação da colheita da prova oral por prazo indefinido um fomento ao descrédito da sociedade no Poder Judiciário e a consagração da impunidade. Colhida a prova com o réu ausente, este estará representado por defensor dativo, o que atenderia ao princípio do contraditório, e acaso compareça, poderá demonstrar a ocorrência de prejuízo e conseqüente nulidade da instrução processual.

Por sua vez, CHUT<sup>265</sup> acredita que se deva reservar a urgência para as demais provas, colhendo-se a prova testemunhal por inteiro. Mesmo as provas materiais (pericial e documental) poderiam justificar a busca e apreensão pelo perigo de seu desaparecimento, assevera GOMES FILHO<sup>266</sup>, com exceção daquelas produzidas em sede administrativa e irrepetíveis, que seriam submetidas ao contraditório posterior pela elaboração de quesitos, conforme TREDINNICK<sup>267</sup>.

Em face da medida antecipatória implicar em contraditório formal, com a presença de defensor dativo, defende TREDINNICK<sup>268</sup> o direito do acusado, fazendo-se presente, de vê-la produzida novamente, à semelhança do disposto no art. 152, § 2º, do CPP, que trata da faculdade de reinquirição

---

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 das outras provas de natureza urgente.** (grifo do autor)

§ 1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

§ 2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.

§ 3º Suspendo o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.”

<sup>263</sup> Consoante art. 116, I, do Código Penal: antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime.

<sup>264</sup> SÍCOLI, José Carlos Meloni. A produção antecipada da prova testemunhal em face da revelia, no código de processo penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. nº 733/44, novembro, 1996.

<sup>265</sup> CHUT, Marcos André. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>266</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>267</sup> TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. *Op cit.*, p. 66.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 68.

de testemunhas do réu que padeça de doença mental posterior à infração, e que tenha se restabelecido.

Esta específica disposição, que causou acalorado debate, poderia ser aclarada com a interpretação literal do dispositivo, que dispõe não somente a possibilidade de produção de provas urgentes, mas as *consideradas* urgentes. Ora, se a prova deve ser considerada urgente pressupõe um juízo de ilação sobre a mesma. E se um juízo é necessário, é porque deve ser feito em face de um caso concreto, e não como presunção legal. Possível até, que, para tal conclusão, se utilize a lógica do art. 225 do CPP, mas este não contém toda a casuística. O intérprete deve ser cuidadoso no deferimento da produção antecipada, visto que o contraditório, neste caso, é formal, e se dirige para assegurar a existência da prova. Caso esta seja daquelas em que se apresenta possível uma repetição, comparecendo o acusado, ele pode requerê-la, com base no direito constitucional ao contraditório efetivo e o corolário da ampla defesa. Todavia, a jurisprudência do STJ vem entendendo que a mera revelia do acusado é justificativa para a produção da prova testemunhal<sup>269</sup>.

### **5.3.2 - Prisão preventiva**

Acerca da prisão cautelar, a pendenga se refere a sua imperiosa necessidade como único meio de conseguir-se a presença processual do ausente ou a aferição da sua necessidade caso a caso.

Para alguns, a novel disposição não restaurou a prisão preventiva obrigatória, de nefasta lembrança no ordenamento jurídico, visto que sua decretação poderá ocorrer, quando presentes os pressupostos do art. 312,

---

<sup>269</sup> RHC 6.343 – DJU 29.09.97, p. 48.236 – Rel. Min. Cid Fláquer Scartezini, RHC 7.101 – DJU 27.4.98, p. 175, j. 10.03.98 – Rel. Min. José Arnaldo, RHC 6.342 – DJU 28.09.98, p. 81, j. 6.8.98 – Rel. Min. Édson Vidigal, RMS 7.995 – DJU 20.04.98, p. 108, j. 19.3.98 – Rel. Min. Vicente Leal citados por BETANHO, Luiz Carlos. *Op cit.*, p. 1540.

313 e 314 do CPP <sup>270</sup>. Não pode sê-lo, somente pelo fato do réu citado por edital ter deixado de comparecer em interrogatório, ou não ter constituído defensor<sup>271</sup>. Devem, pois, ser aferidos os demais requisitos da processualística penal, vedada tal coerção para crimes culposos ou apenados com detenção, declara GOMES FILHO<sup>272</sup>, considerando, ainda, que a prisão processual obrigatória foi banida da legislação pela Lei 5.349/67, e entendimento discrepante colidiria com o preceito constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF). Observa-se o temor, expressado por RIOS GONÇALVES <sup>273</sup>, de que os juízes sejam mais rigorosos na outorga da liberdade provisória, concedendo-a, somente, após o interrogatório, visando o curso normal do processo. Outros há, que entendem, que ela seria de regra obrigatória, por conveniência da instrução criminal e visando assegurar a aplicação da lei penal, mas restrita ao efetivo chamamento do réu e à comunicação da acusação. Realizados tais atos, não se manteria a coerção, conforme FÜHRER<sup>274</sup>.

Assevera SAMPAIO JR <sup>275</sup> que a prisão anterior à sentença condenatória transitada em julgado é odiosa, em face do princípio da presunção da inocência, pois representa um extremo perigo ao cidadão, ainda não reconhecidamente culpado, sendo irreversível o encarceramento por um dia que seja, que pode causar um mal eterno, visto os erros e absurdos encontrados no sistema penitenciário.

Neste tópico, a menção ao art. 312 do CPP, feita pelo art. 366, leva para a órbita toda a sua casuística legal, prevista nas disposições seguintes. Hodiernamente, a prisão processual vem sendo discutida pela sua lesão aos direitos e garantias individuais, e não é possível compactuar com aqueles

---

<sup>270</sup> Neste sentido: STJ – HC n. 6.378-SP, 5ª Turma, rel. Min. José Dantas, j. 5/2/98, DJU de 16/3/98, p. 185. citado por VILAS BOAS, Alberto. *Op cit.*, p.309.

<sup>271</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>272</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>273</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>274</sup> FÜHRER. Maximiliano Roberto Ernesto. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>275</sup> SAMPAIO JR , Denis Andrade. *Op cit.*, p. 91.

que presumem a sua necessidade pela ausência do acusado, levando a uma prisão obrigatória que vilipendia os mais comezinhos princípios da ordem democrática. Além da análise das disposições legais, somente a detida aferição do caso concreto poderá justificar a utilização do gravame.

#### 5.4 – Do recurso cabível da decisão que suspende o processo

Caracterizada a decisão suspensiva do processo como interlocutória, em face do princípio da recorribilidade das decisões com assento constitucional, deve-se perquirir acerca do cabimento recursal. Em princípio, a grande maioria dos juristas entende incabível a apelação, visto que tal decisão não é definitiva ou não tem força de definitiva, nos termos do art. 593 do CPP<sup>276</sup>.

Analisando a hipótese da retroatividade parcial da Lei 9.271/96, STOCO<sup>277</sup> firma entendimento da impossibilidade da aplicação da correção parcial, posto que não há *error in procedendo*, mas *error in judicando* do Magistrado, que desenvolve raciocínio jurídico ao interpretar disposição legal. Permite, pois, a aplicação do art. 581, XVI, do CPP<sup>278</sup>, que prevê o recurso em sentido estrito para decisão que suspende o processo por questão prejudicial, pois segundo ele:

*A lei não esclareceu qual a questão prejudicial que justifica o cabimento do recurso, quando implique na suspensão do processo. Tanto pode ser em razão de controvérsia a ser resolvida no juízo cível (CPP, art. 92),*

<sup>276</sup> Contra: TACRIM-SP – REC. – Voto vencido Márcio Bártoli – j. 6.11.96 – RJD 33/422, citado por BETANHO, Luiz Carlos. *Op cit.*, p. 1539.

<sup>277</sup> STOCO, Rui. Recurso cabível da decisão que suspende o processo e o curso da prescrição (art. 366 do CPP). *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n° 66/04, maio, 1998.

<sup>278</sup> “Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;”

*como a decisão de questão no cível para o reconhecimento de infração penal no juízo criminal (CPP, art. 93), como também, a suspensão de que trata o art. 366 do C.P.P. ou o art. 89 da Lei n.º 9.099/95. Questão prejudicial será toda aquela que prejudica a marcha regular do processo e impede o julgamento.*<sup>279</sup>

Em igual talante, SAMPAIO JR<sup>280</sup> desenvolve o raciocínio da possibilidade de interpretação extensiva e analogia, para estender ao recurso em sentido estrito uma situação nova criada por lei superveniente.

CHOUKR<sup>281</sup> considera incabível o recurso em sentido estrito, por ser *numerus clausus*, a não ser no tocante à decisão que decreta a prisão preventiva (art. 581, V, do CPP). Para tal mister, deve ser aviada a correição parcial, visto que a suspensão processual e a produção antecipada de provas atingem a marcha do procedimento, caracterizando *error in procedendo*<sup>282</sup>. Ainda, nas hipóteses em que tal suspensão vier acompanhada da decretação de prisão preventiva, o manejo de *habeas corpus* seria o primeiro remédio empregável<sup>283</sup>.

A jurisprudência inclina-se pela admissibilidade do recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, XVI, do CPP, por analogia<sup>284</sup>, posição que se apresenta como coerente, na medida em que se afasta de uma análise meramente formal da processualística daquela modalidade recursal. O fato

---

<sup>279</sup> STOCO, Rui. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>280</sup> SAMPAIO JR, Denis Andrade. *Op cit.*, p. 111.

<sup>281</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>282</sup> Registra-se decisão do TACRIM-SP, admitindo correição parcial in RJD 34/495, citado por BETANHO, Luiz Carlos. *Op cit.*, p. 1539.

<sup>283</sup> No mesmo sentido: TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. *Op cit.*, p. 96-104, que ainda vislumbra a possibilidade de interposição de mandado de segurança, dependendo da natureza da decisão.

<sup>284</sup> Neste sentido: RJD 32/460, RJD 34/383, RJD 34/380, RJD 34/511, RJD 34/514, RJD 34/481, RJD 34/477, RJD 36/473, RT 756/543, citados por BETANHO, Luiz Carlos. *Op cit.*, p. 1539.

de surgir lei posterior com hipótese que possibilita tal medida não transcende a taxatividade do rol, mas o adequa a uma nova realidade <sup>285</sup>.

## 5.5 – Aplicação da Lei n.º 9.271/96 à legislação extravagante

A Lei n.º 9.613/98, conhecida como Lei de Lavagem de Capitais, veda, em seu art. 2º, § 2º, a aplicação do art. 366 do CPP aos crimes correlatos. Ela vem sendo considerada inconstitucional, na medida em que impede o avanço processual da cientificação pessoal do acusado, embora o art. 4º, § 3º, a *contrario sensu*, preveja a sua incidência, ao vedar pedido de restituição ao acusado ausente, anota GOMES<sup>286</sup>. Tal disposição retira o princípio da informação ao réu, excluindo, do mesmo, a possibilidade da ampla defesa e contraditório, valorizados na Carta Magna e nos tratados internacionais encampados pelo Brasil, vislumbrando anacronismo legislativo na antecipada disposição, consoante SAMPAIO JR <sup>287</sup>.

No tocante ao processo penal militar, uma corrente entende que é vedada a aplicação do art. 366 do CPP por conter um dispositivo parcialmente lesivo ao acusado (suspensão da prescrição), e o princípio da legalidade impossibilitaria sua aplicação por analogia ou por interpretação extensiva à legislação castrense, que não conta com preceito idêntico, informa BARROS <sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 180, registram acórdão do STJ em RT 762/583, entendendo ser cabível o recurso em sentido estrito com base no inciso XI, do art. 581, do CPP.

<sup>286</sup> GOMES, Luiz Flávio. Art. 366 do CPP e lei de lavagem de capitais. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n° 70/14, setembro, 1998 (edição especial). Considera tal autor uma *contradição autofágica*.

<sup>287</sup> SAMPAIO JR, Denis Andrade. *Op cit.*, p. 116.

<sup>288</sup> BARROS, Marco Antonio de. A situação do réu revel citado por edital na justiça militar. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. n° 81/06, agosto, 1999.

JESUS<sup>289</sup>, entendendo que o legislador brasileiro adotou uma regra mundialmente aceita, baseada no princípio da informação, considera o artigo 366 aplicável a toda legislação, inclusive a militar e a eleitoral, observando que, no Juizado Especial Criminal, a citação deve ser sempre pessoal, e caso não encontrado o autor do fato, os autos são remetidos ao Juízo Comum, onde o processo pode ser suspenso (art. 66 da Lei nº 9.099/95)<sup>290</sup>. Tal posicionamento se coaduna com o modelo constitucional do processo, estendendo a imperiosa necessidade de citação pessoal a todas as modalidades de procedimento em contraditório.

Considerando a Lei nº 9.271/96 fundamental à comunicação pessoal da peça acusatória ao réu, para possibilitar-lhe a autodefesa facultativa, permitindo, posteriormente, que o processo corra à revelia, reforça o entendimento, no sentido de que, diante do art. 5º, LXIII, da CF, tem o direito de não comparecer à sessão de julgamento do Tribunal do Júri o acusado cientificado pessoalmente, mesmo em se tratando de crime inafiançável, anota GOMES<sup>291 292</sup>.

Mesmo patente os avanços noticiados, a Lei 9.271/96 regrediu no tocante à disciplina da intimação dos advogados, ao permitir que seja feita por órgão não oficial e sem a inclusão do nome do causídico, bastando o do réu (art. 370, § 1º), revogando a anterior disciplina que assim determinava, reclama BETANHO<sup>293</sup>.

---

<sup>289</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Revelia e prescrição penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, nº 732/504, outubro, 1996.

<sup>290</sup> Entendendo pela aplicação da nova redação do art. 366 do CPP a todas as espécies de ações penais, procedimentos e leis especiais: TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. *Op cit.*, p. 94-96.

<sup>291</sup> GOMES, Luiz Flávio. Da retroatividade (parcial) da Lei 9.271/96 (citação por edital). *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 42/04, junho, 1996.

<sup>292</sup> Encampando tal posicionamento: RHC nº 2.967, STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (RT 710/344).

<sup>293</sup> BETANHO, Luiz Carlos. Lei nº 9.271/96: problemas na intimação dos advogados. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo, nº 44/01, agosto, 1996. Já SUANNES, Adauto. Lei 9.271/96: intimação obrigatória dos advogados. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 48/02, novembro, 1996, tem entendimento contrário, arguindo que: “será inexistente a intimação, se dela não constar o nome do advogado; será nula, se dela for omitido o nome do acusado.”

## 5.6 – Outras questões correlatas

É motivo de preocupação, entre os doutrinadores, a situação do réu que se oculta para não ser citado, empregando meios artificiosos. Dispõe o art. 362 que, neste caso, a citação se fará por edital no prazo de cinco dias. Discute-se a aplicação do art. 366 e seus corolários, visto que este se refere ao réu ausente, e não, ao réu esquivo.

Uma primeira corrente entende que, neste caso, não se suspende o processo, por não se poder qualificar o réu como ausente, devendo o processo prosseguir com base no art. 367 do CPP, adotando-se uma exegese teleológica e sistemática deste dispositivo, encampa GUARAGNI<sup>294</sup>. Para ensejar a suspensão do processo, o pressuposto é que não tenha, o réu, ciência da acusação, pelo fundamento que norteia a regra do direito de ser o acusado informado da acusação. Dessa forma, se tem o infrator conhecimento da persecução penal, inexistente suporte teleológico necessário para a incidência da medida, e, caso contrário, estar-se-ia premiando um artifício malicioso, garante CUNHA<sup>295</sup>. Assevera ainda CRUZ<sup>296</sup>: *O Estado terá o exercício de sua jurisdição penal sobrestada simplesmente porque o réu, deliberadamente, driblou a lei penal, valendo-se de uma alternativa criada pela lei instrumental.*<sup>297</sup>

DOTTI contra-argumenta:

*Quanto a possibilidade de réus astutos e afortunados possam se valer da suspensão do processo visando a perda ou o enfraquecimento da prova, deve-se responder com três principais objeções: 1) É possível a produção antecipada da prova considerada urgente; 2) A eficácia da defesa fica*

---

<sup>294</sup> GUARAGNI, Fábio André. *Op cit.*, p. 34.

<sup>295</sup> CUNHA, J. L. Fagundes. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>296</sup> CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>297</sup> Tal posição é adotada por JESUS, Damásio Evangelista. *Op cit.*, mesmas páginas.

*naturalmente restrita quando o réu é atendido por defensor dativo; 3º) A prisão preventiva pode ser decretada, no interesse da aplicação da lei penal, quando houver indício suficiente de que a paralisação do processo resulta de malícia ou artifício do acusado.*<sup>298</sup>

Comunga de tal pensamento SAMPAIO JR<sup>299</sup>, defendendo a impossibilidade de interpretação prejudicial ao réu onde a lei foi omissa. Na medida em que as disposições da Lei 9.271/96 são aplicáveis também ao réu que empreende meios de se furtar à citação, não se faz necessário considerá-lo revel com o conseqüente seguimento do processo. Mesmo o réu esquivo não tem o poder de renunciar ao direito-garantia do contraditório e ampla defesa, que se perfaz por meio da citação pessoal. Havendo instrumentos para coagi-lo, a interpretação coerente é aquela que prega pela sua utilização, e não, uma solução que, embora simplista, não atende ao modelo constitucional do processo.

Outra polêmica, que merece análise, apresenta-se na revelia intercorrente, em que ocorre aditamento à denúncia com agravamento da situação do réu. Nos termos do art. 384 do CPP, seria necessária ou não nova citação? SAMPAIO JR<sup>300</sup> conclui pela sua necessidade e conseqüente suspensão do processo. Sendo fatos distintos, o processo pode prosseguir, normalmente, quanto ao fato original do qual o réu tomou ciência, apoiando-se, neste particular, na lição de GOMES<sup>301</sup>.

CHOUKR<sup>302</sup> observa que, em face do parágrafo único do artigo 384, do CPP, tratando-se de possibilidade de imposição de pena mais grave, não

---

<sup>298</sup> DOTTI, René Ariel. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>299</sup> SAMPAIO JR, Denis Andrade. *Op cit.*, p. 25-26.

<sup>300</sup> *Ibidem*, mesmas páginas.

<sup>301</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 156. Em igual sentido, analisando a hipótese de aditamento por força de conexão, CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op cit.*, mesmas páginas.

<sup>302</sup> *Ibidem*, mesmas páginas.

acarreta nova citação, pois o acusado já esteve nos autos e se ausentou, quando a situação se lhe tornou mais gravosa. Resume a questão, TREDINNICK:

*Não se deve confundir, e isto tratam os bons manuais de processo penal com clareza, a “mutatio libelli” do art. 384 com o surgimento de evidências de outro fato, diverso do capitulado na denúncia ou queixa. Neste caso, de acréscimo ou somatório, é inaplicável o art. 384 do CPP, havendo necessidade de nova denúncia ou queixa. Neste novo processo, sendo reputado rever o acusado pessoalmente citado (ou assim considerado) no “processo de origem”, há inteira aplicação do art. 366 do CPP. A citação de um processo não presta para outro.*

303

Com razão, o último doutrinador. O que importa, na hipótese em relevo, é a existência ou não de fato novo, se é o mesmo fato travestido de outra disposição legal, ou se o fato é agravado por outra sanção, não há repercussão no entendimento do acusado, que dele já teve ciência. Se o fato é distinto, há nova acusação, justificando nova citação pessoal.

#### **5.6.1 – Da necessidade de nomeação de defensor dativo ao ausente citado por edital**

Em face das garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia processual, indispensável se apresenta a nomeação judicial de defensor dativo, após o transcurso do lapso temporal editalício, visando manifestar-se sobre as providências cautelares dispostas no art. 366 do CPP. No tocante à

---

<sup>303</sup> TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. *Op cit.*, p. 106.

produção de provas urgentes, tal disposição se refere somente à iniciativa do Magistrado, do Ministério Público ou do Querelante. Ocorre, que pode ser de interesse da defesa a formalização de determinada prova. Neste sentido, SILVA<sup>304</sup> considera que antes do juiz decidir sobre a produção antecipada de prova, deve patrocinar a prévia manifestação das partes, inclusive do defensor dativo.

Para uma correta adequação ao Modelo Constitucional do Processo, em caso de decorrido o prazo editalício sem a manifestação do acusado, ou de seu procurador constituído, obrigatoriamente deve o juiz nomear defensor dativo, que se manifestará após vista ao Ministério Público, e não somente fazê-lo quando da produção de prova urgente. Isto porque a defesa, mesmo em contraditório formal, poderá vislumbrar a necessidade de produção de prova urgente em favor do acusado, que poderia inocentá-lo, ou mesmo minorar a acusação. E mais, caso determinada a prisão preventiva, poderá o defensor dativo arrimar recurso cabível, também na hipótese de outro tipo de decisão conflitiva com os interesses do acusado.

Da maneira como é apregoada pela maioria dos doutrinadores, sem a nomeação de defensor dativo várias providências podem ser tomadas pelo Juízo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, podendo o acusado somente demonstrar irrisignação em momento posterior, face uma situação pré-constituída. Embora, nesta situação, o contraditório não seja efetivo, a participação prévia será necessária para evitar tais dissabores relevadores do devido processo legal. Neste caso, melhor o contraditório formal do que nenhum contraditório.

---

<sup>304</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. A produção probatória antecipada (art. 366 do CPP) em face do devido processo legal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 58/08, setembro, 1997.

# *Conclusão*

Apresenta-se aqui, por capítulo, uma síntese dos raciocínios desenvolvidos na presente pesquisa jurídico-científica, sem prejuízo de outras conclusões abordadas nesta dissertação.

## 1. Capítulo I

O modelo de Direito adotado em determinada época é ditado pelo modo de concepção da noção de Estado. No que tange ao presente estudo, interessa a evolução do conceito de Estado de Direito.

A noção de Estado de Direito nasce após a queda do Absolutismo, com o Liberalismo caracterizando-se pela perspectiva individual e burguesa, retirando o Estado da vida econômica. A liberdade individual passa a ser preponderante, sendo garantida através da regência de normas estabelecidas em uma Constituição. O indivíduo passa a ter direitos contra o Estado, mas, em face da forma capitalista adotada, somente os cidadãos com poder econômico e/ou político são beneficiados, gerando uma igualdade formal.

O Estado Social é regido por uma concepção intervencionista, buscando sanar as desigualdades sociais através de políticas econômicas e criação de direitos sociais. Não se desvincula do sistema capitalista, tendendo ao gigantismo sem oferecer contrapartidas.

Visando a superação do modelo liberal e do modelo social, a concepção de Estado Democrático de Direito, explicitada por JÜRGEN HABERMAS, pretende a participação do cidadão na elaboração do Direito, criando mecanismos de validação discursivos acessíveis a todos os interessados, e valorizando a descentralização social com a oitiva da sociedade civil organizada. Encontrando-se tal concepção em construção,

observa-se o fortalecimento dos direitos e garantias individuais, dos direitos sociais e dos direitos coletivos e difusos.

A Constituição Federal de 1988, ao consignar em seu preâmbulo e artigo primeiro a nomenclatura *Estado Democrático de Direito*, oferece uma tentativa de superação em relação aos modelos até então adotados, instituindo e fundando uma nova forma estatal.

Tal ideário sugere perspectivas para a resolução da crise do Estado Social, que se apresenta em três aspectos definidos por FERRAJOLI: crise da legalidade, inadequação estrutural do Estado de Direito às funções do Estado Social e enfraquecimento do Constitucionalismo pela integração mundial.

Logo, o Estado Democrático de Direito deve ser entendido como um novo paradigma a ser observado para a resolução da crise do Direito, impondo uma releitura epistemológica do ordenamento jurídico, a fim de adequá-lo ao novo modelo.

## 2. Capítulo II

Como decorrência da instituição de um novo paradigma para a ciência do Direito, deve-se rever as idéias que se debruçaram e se debruçam sobre a natureza jurídica do processo, visando encontrar a que melhor se encaixa na novel concepção.

O processo privatístico, concebido como contrato ou quase contrato, incluía em sua conceituação a vontade das partes, inspirado na *litiscontestatio* do Direito romano. Tal teoria foi logo abandonada, visto que as partes se submetem coercitivamente à decisão judicial, independentemente de seu assentimento.

Com a teoria da relação jurídica processual, instaura-se a autonomia do processo em relação ao direito material, estabelecendo pressupostos de constituição e desenvolvimento, e procurando ainda distingui-lo do procedimento. Discute-se a forma que teria tal relação (triangular, angular ou

linear); acrescentando a idéia da relação processual à teoria do direito subjetivo, no qual o autor deve exigir do réu uma contraprestação, aperfeiçoa-se tal concepção.

Encampada pela maioria dos processualistas, a teoria do processo como relação jurídica teve aperfeiçoamento no Direito brasileiro com a escola instrumentalista, onde o objetivo é a maximização da instrumentalidade imanente do processo, visto não como um fim em si mesmo, ausente qualquer substancialidade. O processo deve cumprir escopos jurídicos, sociais e políticos. A busca da efetividade processual é ordenada, visando melhorias na admissão ao juízo, modo de ser do processo, justiça e utilidade das decisões.

A teoria da relação jurídica, mesmo atualizada pela distinção fazzalariana entre processo e procedimento, é extremamente potestativa, concedendo ao juiz excessivos poderes na condução processual, não se adequando ao modelo constitucional participativo exigido pelo Estado Democrático de Direito.

A idéia do processo como situação jurídica, embora signifique um rompimento com a teoria da relação processual, também não explica tal fenômeno. Isto porque o processo é visto como o direito em condição dinâmica, em que as partes se digladiam, tendo o juiz como árbitro da disputa. Permanece o magistrado com amplos poderes de decisão, aumentando o grau de subjetividade.

O processo como Instituição é visto como uma idéia comum, à qual se ligam as partes pela pretensão debatida, gerando vínculos jurídicos. Assemelha-se a outras instituições, como a família, a associação e a comuna. Pelo seu cunho sociológico, não atende ao Direito, na medida que seu embasamento encontra-se em conceitos extrajurídicos.

Coube a FAZZALARI distinguir, com precisão, processo e procedimento. Considerando o procedimento como gênero, o processo seria espécie daquele, quando gravado pelo contraditório. A decisão final é uma construção das partes, que devem ter a possibilidade de ascender ao devido processo legal. Embora a distinção referida permaneça no campo

infraconstitucional, representa evolução na conceituação de processo e procedimento, determinando-a pela aplicabilidade de um dos corolários do devido processo legal.

Pelo modelo constitucional do processo, a Constituição estabelece um esquema geral que deve ser observado e encampado pela legislação infraconstitucional. O processo é instituído, pois, pela Constituição, tendo como principiologia aplicável o devido processo legal.

No campo processual penal, tal principiologia deve ter cunho garantístico, ampliativo das liberdades individuais contra o poder punitivo estatal.

Concebe-se, para o desenvolvimento do estudo, a noção do processo como instituição constitucional, de onde decorre toda a sua principiologia. O devido processo legal e seus corolários são princípios institutivos, sendo que o contraditório é o marco distintivo de processo e procedimento. No processo penal, as garantias devem ser aumentadas, visando equilíbrio com o poder punitivo estatal.

### 3. Capítulo III

Os princípios institutivos do processo exteriorizam o esquema geral trazido pela Constituição. Fundamentam-se no devido processo legal, não mais restrito ao processo, mas derivando para uma acepção substancial, onde são analisados os aspectos de legitimação da norma. Como corolários, temos os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Pelo princípio do contraditório, deve-se dar às partes condições de conhecerem a ação e os atos processuais, além da possibilidade de reagirem a eventual desfavorecimento. A possibilidade do réu em contrariar o pedido do autor deve ser real e efetiva, especialmente na seara penal, onde o poder punitivo estatal ataca a liberdade do indivíduo.

Co-extenso a tal princípio, a ampla defesa se constitui na oportunização de tempo e modo viáveis para sustentá-la, visto que deve ser produzida em toda a sua inteireza.

O princípio da isonomia ou da paridade das partes (ou de armas) busca uma igualdade substancial, na qual as partes desiguais devem ser tratadas com desigualdade, visando fornecer-lhes meios processuais de igual poder. No processo penal, aplicam-se os princípios do *in dubio pro reo* e *favor rei*, que possibilitam uma posição de maior vantagem do acusado frente ao Estado. Este último deve ser considerado como princípio interpretativo, quando ocorrentes posições antagônicas entre indivíduo-Estado.

A citação vista pelo devido processo legal se apresenta como o ato que dá ciência ao réu da acusação que sobre ele pesa, sendo, pois, o ato material que legitima o contraditório.

Embora a doutrina tradicional considere a citação como pressuposto de validade, em face do modelo constitucional do processo, concebido este como o procedimento em contraditório, tal ato é um dos pressupostos de existência do próprio processo, na medida em que somente a sua consecução possibilita o contraditório.

#### 4. Capítulo IV

O estudo da evolução histórica dos conceitos de citação e revelia, desde a antiguidade até os dias de hoje, oferece um panorama geral que possibilita a compreensão epistemológica da normatização vigente.

No Direito Comparado hodierno, a possibilidade de condenação do réu não comunicado pessoalmente da acusação vem sendo paulatinamente extinta, sendo concebidas diferentes formas de regulamentar processualmente a situação do acusado ausente.

## 5. Capítulo V

A Lei n.º 9.271/96, que modificou a redação do art. 366 do CPP, alterando o tratamento da revelia do citado por edital no processo penal, deve ser considerada um avanço jurídico, na medida em que suspende o processo e o lapso prescricional até a ciência pessoal do acusado ou apresentação de defensor constituído, com a produção de medidas urgentes. Isto, porque possibilita um devido processo legal efetivo e substancial, desocupando o Poder Judiciário de desenvolver processos que não resultariam efetivos, na medida em que não localizado o réu citado por edital.

No tocante à possibilidade de retroação ou não da novel legislação, aplicando-se aos fatos anteriores à sua vigência, a par das respeitáveis correntes doutrinárias e jurisprudenciais que estudaram o tema, a solução encontra-se na aferição do atrito entre os corolários do devido processo legal – contraditório e ampla defesa *versus* isonomia. A retroatividade de disposição prejudicial é vedada constitucionalmente. Aplicar-se, tão somente, a suspensão do processo sem a suspensão da prescrição desnivela a balança processual em favor do acusado. Todavia, é a única solução encampada pela idéia desenvolvida de processo, na medida em que, sopesando-se os princípios institutivos, melhor prevalecer o avanço do contraditório e da ampla defesa sobre a isonomia, especialmente no processo penal, em que esta se apresenta mitigada pelo *in dubio pro reo* e *favor rei*. Sendo o Pacto de São José da Costa Rica adotado pelo Direito brasileiro, a partir de 09.11.92, possibilita a aplicação de tal regra, a partir dos fatos ocorridos desde então.

Embora não se disponha o lapso de suspensão do prazo prescricional, tal omissão pode ser suprida pela interpretação teleológica, razão pela qual não se vislumbra inconstitucionalidade. É vedado ao legislador infraconstitucional estabelecer novos crimes imprescritíveis. A única disposição que se apresenta aplicável, pois, é a do art. 109 do Código

Penal vigente, observando-se a pena abstrata para o delito, a ser calculada tendo em vista a sanção máxima, como estabelece o citado artigo, por possibilitar um prazo maior para a satisfação do contraditório.

São consideradas medidas cautelares a produção antecipada de provas e a decretação de prisão preventiva, submetidas aos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Logo, não se pode entender que, pelo perigo de sua extinção, deva a prova testemunhal sempre ser produzida, ou que a decretação da prisão preventiva é obrigatória. Tais presunções lesam o modelo constitucional do processo, na medida em que levam a um contraditório formal e à prisão infundada.

O recurso cabível para a decisão que suspende o processo é o recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, XVI, do CPP.

Aplica-se a nova disciplina a todos os tipos de processo, especificamente, aos processos militar e eleitoral, tendo em vista a garantia do efetivo contraditório.

O réu que se esquivava de ser citado, deve ser localizado, e caso contrário, tem-se o processo e a prescrição suspensos. O direito-garantia trazido pelo art. 366 do CPP se aplica, mesmo àquele que dificulta a ação estatal.

Ocorrendo revelia intercorrente com aditamento de fato novo à acusação, aplicam-se as disposições do art. 366 do CPP ao evento desconhecido pelo acusado.

Sempre que esgotado o prazo editalício sem manifestação do acusado, deve haver nomeação de defensor dativo, para que promova a produção de prova urgente a favor do réu ou se indisponha contra a decretação de prisão preventiva. Na hipótese, o contraditório formal favorece o ausente.

Pelo tudo visto, observa-se que, somente com um novo paradigma, consubstanciado no Estado Democrático de Direito, poderá haver a superação da crise do Direito vivenciada na modernidade. O avanço da ciência processual passa por uma releitura de todo o ordenamento jurídico em face dos princípios constitucionais, visto que de nada adianta uma

Constituição garantista, se a prática infraconstitucional não se amoldar às novas premissas.

A adoção, pelo direito brasileiro, da imperiosa necessidade de conhecimento pessoal da acusação pelo réu, se apresenta como uma nova visão do processo penal, na medida em que o convite à participação do interessado perfaz o adimplemento do devido processo legal e achaca a presunção trazida pela citação ficta, que tantas injustiças causou.

## *Bibliografia*

- ALMEIDA, André Vinícius de. Questões polêmicas na Lei nº 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 42/06, junho, 1996.
- ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo. *Suspensão do processo e da prescrição penal. Doutrina, jurisprudência e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ANDRADA, Doorgal Gustavo B. Com o art. 366 do CPP o réu consegue paralisar o processo. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 59/12, outubro, 1997.
- ANDOLINA, Ítalo & VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado*. São Paulo: Resenha Universitária, 1980.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARROS, Marco Antonio de. A situação do réu revel citado por edital na justiça militar. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 81/06, agosto, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BETANHO, Luiz Carlos. Lei nº 9.271/96: problemas na intimação dos advogados. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo. nº 44/01, agosto, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. 1ª ed. Coordenadores: Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 5ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

- BONNECASE, Julien. *Introduction à l'étude du droit*. 2ª e d. Paris: Sirey, 1931.
- BÜLOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- \_\_\_\_\_. & MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1978.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- CAZETTA, Ubiratan. Da impossibilidade de aplicação da Lei 9.271/96 aos processos pendentes. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 51/07, fevereiro, 1997.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Suspensão do processo em face da revelia. Comentários à lei 9.271/76, de 17 de junho de 1996. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. nº 23, jul-set, 1998.
- \_\_\_\_\_. A prescrição na lei nº 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 42/07, junho, 1996.
- CHUT, Marcos André. Aspectos polêmicos da lei 9.271/96. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. nº 734/559, dezembro, 1996.
- COUTURE, Eduardo José. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

- CRUZ, Rogério Schiatti Machado. A citação editalícia e a eficácia do processo. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 43/02, julho, 1996.
- CUNHA, J. L. Fagundes. A aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal e o Pacto de São José da Costa Rica. Decreto nº 678/92. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. nº 21/251, jan-mar, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. Ônus de contestar e o efeito da revelia. *Revista de Processo*. vol. 11, nº 41, p. 185-197, São Paulo, jan-mar, 1996.
- DOTTI, René Ariel. A ausência do acusado e a suspensão do processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. nº 730/401, agosto, 1996.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Ottava Edizione, Milano: CEDAM, 1996.
- FELIPETO, Rogério. O artigo 366 do CPP e sua aplicação intertemporal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. nº 762/487, abril, 1999.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998.
- \_\_\_\_\_. O direito como sistema de garantias. *O novo em direito e política*. Traduzido por Eduardo Maia Costa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- FERRARI, Eduardo Reale & CUSTÓDIO, Rosier B. A lei 9.271/96 e sua aplicação prática. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 56/10, julho, 1997.
- FRANCO, Alberto Silva. Retroatividade penal benéfica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. nº 589/285, novembro, 1984.
- \_\_\_\_\_. Suspensão do processo e suspensão da prescrição. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 42/02, junho, 1996.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. O art. 366 do CPP e a revolta da doutrina. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, nº 50/07, janeiro, 1997.

- GIANESINI, Rita. *Digesto de processo (verbete revelia)*. 1ª ed. Uberlândia: Forense, 1988.
- GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.
- GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona, 1936.
- GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. Art. 366 do CPP e lei de lavagem de capitais. *Boletim IBCCRIM* (edição especial). São Paulo. nº 70/14, Setembro, 1998.
- \_\_\_\_\_. Da retroatividade (parcial) da Lei 9.271/96 (citação por edital). *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 42/04, junho, 1996.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares da Lei 9.271/96: produção antecipada de provas e prisão preventiva. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 42/05, junho, 1996.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Aspectos relevantes da lei 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 42/08, junho, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Fundamentos políticos do novo tratamento da revelia. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 42/01, junho, 1996.
- \_\_\_\_\_; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 2ª ed. ver, atul. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GUARAGNI, Fábio André. *A revelia e a suspensão do processo penal. Aspectos controvertidos do artigo 366 do CPP e outras questões sobre a Lei 9.271/96*. Curitiba: Juruá Editora, 1997.
- GUASP, Jaime. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Madrid, 1943.
- GUÉNYVAN, Arnaut de. *Du quase-contrat judiciare*. Poitiers, 1859.
- GUIBO, Vitor Luiz de Oliveira. Lei 9.271/96. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. nº 17/161, jan-mar, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- HELLWIG, Konrad. *Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts*. Vol. 3. Lúpsia, 1903/1909.
- HOBBS, Thomas (de Malmesbury) – *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2ª ed. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1979.
- IBIAPINA, Humberto. O artigo 366 e sua nova redação. Porque aplicá-lo nos processos em curso. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 61/19, dezembro, 1997.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Revelia e prescrição penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. nº 732/504, outubro, 1996.
- \_\_\_\_\_. Notas ao art. 366 do código de processo penal com redação da lei nº 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 42/03, junho, 1996.
- KOHLER. Josef. *Der process als rechtsverhältniss*. Mannheim, 1888.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro & LIBERATI, Wilson Donizeti (Coordenadores) *Direito penal e constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MALULY, Jorge Assaf. Lei nº 9.271/96: provas urgentes e o depoimento testemunhal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 52/08, março, 1997.
- MARINHO, Guilherme. Tutela jurisdicional e tutela legal (aspectos antecipatórios). *Estudos continuados de teoria do processo. A pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Vol. I. Coord: Rosemiro Pereira Leal. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1ª ed. rev. e atual. Vol. II. Campinas: Bookseller, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

- MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil* Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 1992.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. O instituto das liminares e a ampla defesa constitucional. *Estudos continuados de teoria do processo. A pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Vol. I. Coordenador: Rosemiro Pereira Leal. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- NASSIF, Elaine Noronha. *Fundamentos da flexibilização. Uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho*. São Paulo: LTR, 2001.
- NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Editora e Livraria Del Rey, 1998.
- PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Prova testemunhal: a urgência do art. 366 do C.P.P. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 95/05, outubro, 2000.
- PLANCK, Julius Wilhelm Von. *Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts*. Nördlingen, 1887.
- PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ROBIER, Paul. *Théorie générale du droit*. Paris: Sirey, 1946.
- SAMPAIO JR, Denis Andrade. *Suspensão do processo e da prescrição penal. Comentários à lei nº9.271/96*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. I. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- SÍCOLI, José Carlos Meloni. A produção antecipada da prova testemunhal em face da revelia, no código de processo penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. nº 733/442, novembro, 1996.

- SILVA, Eduardo Araújo da. A produção probatória antecipada ( art. 366 do CPP) em face do devido processo legal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 58/08, setembro, 1997.
- \_\_\_\_\_. Da irretroatividade da suspensão do processo ( Lei nº 9.271/96). *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 47/04, outubro, 1996.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA, Nanci de Melo e. *Da citação no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Livraria Guimarães, 1937.
- SYLLA, Antonio Roberto. O preâmbulo da constituição brasileira e sua relevância para o direito penal. *Direito penal e constituição*. Coordenação: Maurício Antonio Ribeiro Lopes e Wilson Donizeti Liberati. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SOUZA, Patrus Ananias de. Processo constitucional e devido processo legal. *Estudos continuados de teoria do processo. A pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Vol. I. Coord.: Rosemiro Pereira. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- STOCO, Rui. Recurso cabível da decisão que suspende o processo e o curso da prescrição (art. 366 do CPP). *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 66/04, maio, 1998.
- SUANNES, Adauto. Lei 9.271/96: intimação obrigatória dos advogados. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 48/02, novembro, 1996.
- TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. *A revelia e a suspensão do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

- TORON, Alberto Zacharias. A combinação de leis no tempo no direito comparado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. nº 772/445, fevereiro, 2000.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 16ª ed. ver. e atual. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Processo penal*. Vol III. 21ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- TUCCI, José Rogério Cruz & AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- VILAS BOAS, Alberto. *Código de processo penal anotado e interpretado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- VIVEIROS, Mauro. Suspensão do processo e suspensão do prazo prescricional. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº 48/03, novembro, 1996.
- WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Handbuch des deutschen civilprozenrechts*. LÍpsia, 1885.
- WINDSCHEID, Bernhard. & MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.