

Boletim dos Procuradores da República

Nº 72

ANO VII

JANEIRO 2007

Diário da Justiça - Seção 2

**Impresso
Especial**

1622005 - DR/BSB

Fundação Pedro Jorge
CORREIOS

Daniel de Resende Salgado
**Tráfico Internacional de Seres Humanos -
Bem Jurídico Tutelado**

Juliano Taveira Bernardes
**Declaração Parcial de
Inconstitucionalidade Formal:
Veto Judicial?**

Ricardo Ribeiro Campos
**Jurisdição e o Arquivamento
de Inquéritos Policiais**

**CITAÇÃO POR EDITAL NOS PROCESSOS
POR LAVAGEM DE DINHEIRO**



Fundação Procurador
Pedro Jorge de Melo e Silva



ANPR
Associação Nacional dos
Procuradores da República

EDITAL DE CITAÇÃO
(Com prazo de 15 dias)

Sumário

■ O Bem Jurídico Tutelado pela Criminalização do Tráfico Internacional de Seres Humanos	03
<i>Daniel de Resende Salgado</i>	
■ Declaração Parcial de Inconstitucionalidade Formal e Seus Limites: Veto Judicial?	06
<i>Juliano Taveira Bernardes</i>	
■ As Regras Processuais do Código Civil	09
<i>Alencar Frederico</i>	
■ A Necessidade de Advogado nas Comissões de Conciliação Prévia	14
<i>Isabelli Gravatá</i>	
■ O Art. 2º, § 2º, da Lei n. 9.613/98 e o Devido Processo Legal	16
<i>Érica de Oliveira Hartmann</i> <i>Alessandro José Fernandes de Oliveira</i>	
■ Jurisdição e o Arquivamento de Inquéritos Policiais	25
<i>Ricardo Ribeiro Campos</i>	

Expedientel

Coordenação:

Valtan Furtado
vfurtado@prdf.mpf.gov.br

Supervisão:

Adriana Zawada Melo
amelo@prsp.mpf.gov.br

**Fundação Procurador
Pedro Jorge de Melo e Silva**

Diretoria Executiva:

Célia Delgado
Paulo Jacobina
Antônio Carlos Bigonha

Administração :

Ângela Maria Oliveira

**Associação Nacional dos Procuradores da
República - ANPR:**

Presidente:

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Vice-Presidente:

Ubiratan Cazetta

Diretor Cultural:

João Carlos de Carvalho Rocha

Impressão:

Millennium Editora

Tiragem: 2.700

Internet: www.pedrojorge.org.br

Realização:



Apoio:



Código ISSN: N° 1519-3802
Os artigos são de inteira
responsabilidade de seus autores.

■ O Bem Jurídico Tutelado pela Criminalização do Tráfico Internacional de Seres Humanos ■

Daniel de Resende Salgado
Procurador da República em Goiânia-GO

Sumário: 1 - Intróito. 2 - O bem jurídico tutelado pela criminalização do tráfico internacional de seres humanos. 3 - Referências Bibliográficas.

1 - Intróito

O bem jurídico, apesar da ausência de definição precisa, foi erigido a objeto de extrema relevância para a moderna teoria do crime¹, uma vez que, além de direcionar o legislador a delimitar a matéria objeto da tutela penal, ajuda o intérprete na análise do âmbito de alcance do direito positivado, especialmente auxiliando a busca de diretivas para a concretização dos interesses realmente mercedores de proteção penal. Destarte, somente os bens jurídicos fundamentais, ou seja, os valores mais transcendentais para a coexistência humana, devem ser considerados relevantes penalmente.

Entretanto, os valores protegidos variam segundo o modelo de sociedade. Em razão disso, há de haver um parâmetro para se elevar determinado valor à condição de bem jurídico tutelável penalmente. Com efeito, tais parâmetros encontram-se colmatados na Carta Política, local onde são compilados os fundamentos materiais da estrutura sócio-individual de nosso momento histórico.

Em suma, o bem jurídico-penal deve ser aferido em cotejo com a diretriz constitucional. Nesse sentido, veja a seguinte doutrina:

“O bem jurídico protegido pelo direito penal deve ter, ao menos indiretamente, respaldo constitucional, sob pena de não possuir dignidade. É inconcebível que o direito penal outorgue proteção a bens que não são amparados constitucionalmente, ou colidam com valores albergados pela Carta, já que é nela que são inscritos os valores da sociedade que a reproduz.”²

Dessa forma, a moldura dos valores abrigados na Carta Magna deve ser cabalmente observada pelo legislador e pelo intérprete. Assim, alicerçado nas teorias valorativas constitucionais em sentido amplo “a constituição seria utilizada (pelo legislador e intérprete) como parâmetro de legitimação da lei penal, porém sem exaurir-se na proteção única e exclusiva dos bens nela albergados. Nesta perspectiva, outros, mesmo que não mencionados diretamente pela Constituição, poderiam ser

criminalizados. Para tanto, exige-se, como condição, a **inexistência de antagonismo entre o bem jurídico protegido e a ordem constitucional.**”³ (negritei)

2 - O bem jurídico tutelado pela criminalização do tráfico internacional de seres humanos

Reza o artigo 231, do Código Penal:

“Artigo 231- Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro.

Penal: Reclusão de 03 (três) a 08 (oito) anos, e multa.

§ 1º- Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do artigo 227: Penal: Reclusão de 04 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 2º – Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão de 05 (cinco) a 12 (doze) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.”

Note-se que a forma simples do dispositivo não prevê qualquer engodo, violência ou ameaça. Basta, para a consumação do delito, a entrada ou saída do território nacional para fins de prostituição, independente do consentimento ou ciência da indigitada vítima quanto à prática do meretrício no exterior.

Em análise à norma, a doutrina tradicional, desde os primeiros comentadores do Código Penal, aduz que o bem jurídico tutelado

seria a moralidade pública sexual (Mirabete, Delmanto, Luiz Regis Prado). Alguns chegam a incluir a moral sexual pública internacional (José Carlos Pagliuca, Damásio de Jesus) e os bons costumes.

Iara Ilganfritz da Silva procura definir a moral pública sexual. Anotem-se seus escólios:

“Num sentido amplo, é a relação que tem a vida sexual com as normas morais. Cada sociedade elege normas morais que deverão ser acatadas pelos seus membros. São normas determinadas pelas necessidades

e conveniências do próprio grupo. Então, em sentido mais restrito, a moralidade pública é representada por um conjunto de normas que ditam o comportamento a ser observado pela sociedade, nos domínios da sexualidade. Neste sentido, ‘a consciência ética de um povo em determinado momento’ estabelece a compreensão do que para ele representa o bem e o mal, o honesto e o desonesto, e sobre isso dita suas normas

“O bem jurídico tutelado pela norma penal, é, assim, a dignidade humana dos trabalhadores sexuais, a liberdade da pessoa, o direito à sexualidade, protegendo-a, absolutamente, contra a exploração sexual.”

de conduta, no plano sexual.”⁴

Observe-se que, mesmo indiretamente, a doutrina eleva à categoria de bem jurídico um valor afrontador dos mais mezinhos princípios constitucionais. A afirmação de que o encaminhamento de pessoas ao exterior para fins de prostituição atinge a moralidade pública sexual acaba por gerar a discriminação do próprio labor exercido pelos profissionais do sexo. Isso é claro quando não há tipo análogo criminalizando o encaminhamento de outros trabalhadores, nos moldes estabelecidos no artigo 231, do CP⁵.

Destarte, quando o intérprete entende ser a sociedade atingida em sua moralidade, nada mais faz do que fortalecer a existência de um sistema calcado em valores eminentemente falocráticos e marcados pelo falso moralismo, bem como irradiar os ainda remanescentes preconceitos patriarcalistas que imperam no país (e no mundo). É como se a sexualidade humana fosse somente passível de expressão ou opção se estiver de acordo com a moralidade pública ou com os padrões hegemônicos patriarcalistas. Quanto a esse aspecto segregacional, anote-se o seguinte comentário de Julio Fabrini Mirabete ao dispositivo sob estudo:

“procura-se, com o dispositivo, evitar o **parasitismo da prostituição**, especialmente no que tange às suas implicações.”⁶ (negritei)

Ora, é sabido e consabido que, em nossa democracia, o Estado não deve interferir, mesmo indiretamente, na opção de vida de pessoa maior de idade. Ao contrário. Deve tolerá-la. Não cabe ao Estado Democrático de Direito monitorar pessoas livres ou aceitar a segregação própria do patriarcalismo falocrático, mormente quando nossa Carta Magna é alicerçada em princípios como o da não discriminação (artigo 1º, III, 3º, IV e 5º, *caput*, CF) e do livre exercício da atividade laboral, qualquer que seja (artigo 5º, XIV, CF). Ao entender que o dispositivo tutela a moralidade pública sexual ou, até mesmo, visa a evitar o *parasitismo da prostituição*, nada mais faz o intérprete que propiciar o afastamento dos parâmetros constitucionais na eleição do valor tutelado pela norma e dos adágios norteadores do direito penal estabelecidos pela nova ordem produzida pelo Estado Democrático de Direito, como, por exemplo, o princípio da tolerância⁷/secularização⁸.

Assim, devem-se fazer uma leitura do texto legal, especialmente no que concerne a sua objetividade jurídica, de maneira não afrontosa à Carta Constitucional e mais aproximada aos tempos atuais, considerando, sobretudo, a liberdade e dignidade sexuais.

Afastando-se, portanto, da interpretação conferida pela doutrina tradicional, uma vez que, como visto, afronta o quadro valorativo-normativo insculpido na Carta Política e os princípios penais-constitucionais contemporâneos, urge elegermos o bem jurídico tutelado pelo artigo 231, do Código Penal. Para tanto, creio importante cotejar o mencionado artigo com a definição de

tráfico internacional disposta no artigo 3, “a” e “b”, do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, incorporado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 5.017/2004, *verbis*:

“a- A expressão 'tráfico de pessoas' significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à **situação de vulnerabilidade** ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no

mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.” (negritei).

“b- o consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea “a” do presente artigo será considerado irrelevante **se tiver sido utilizado qualquer dos meios referidos na alínea a) do presente artigo.**” (negritei).

Observa-se que o texto sempre visa à proteção da pessoa contra a exploração sexual. Ademais, vislumbra-se que o traficante se aproveita de situações onde a vontade ou consentimento do aliciado se encontra, de alguma forma, viciada. Portanto, resta claro que, internacionalmente, se busca proteger a liberdade sexual da vítima.

Por tudo já aduzido, da mesma forma deve ser interpretado o artigo 231, do CP. O bem jurídico tutelado pela norma penal, é, assim, a dignidade humana dos trabalhadores sexuais, a liberdade da pessoa, o direito à sexualidade, protegendo-a, absolutamente, contra a exploração sexual.

É importante ressaltar que tal interpretação não esvazia o artigo em sua forma simples, como poderiam achar alguns. Deveras, é irrelevante o consentimento da vítima, para configuração do delito, desde que as fórmulas utilizadas pelo traficante viciem a sua vontade. Portanto, para se atingir o bem jurídico (liberdade sexual) na forma simples do dispositivo e, destarte, existir a tipicidade em sua vertente material, o agente, em sua conduta, deve se aproveitar, de alguma forma, **de situações de vulnerabilidade da vítima** (quer financeira, familiar, psicológica, social, cultural), uma vez que o fator viciante não se restringe a coação, ameaça ou violência (estes, quando presentes, possibilitam a apenação da conduta de forma mais grave - § 2º do artigo 231, do CP).

Três casos concretos enfrentados pelo Ministério Público Federal em Goiás são elucidativos.

1- M. D., moradora da periferia de Goiás, é encaminhada ao

“...para se atingir o bem jurídico (liberdade sexual) na forma simples do dispositivo e, destarte, existir a tipicidade em sua vertente material, o agente, em sua conduta, deve se aproveitar, de alguma forma, de situações de vulnerabilidade da vítima (quer financeira, familiar, psicológica, social, cultural), uma vez que o fator viciante não se restringe a coação, ameaça ou violência...”

exterior para fins de prostituição. Lá chegando, depois de algum tempo, é escolhida pelo gerente da boate onde exerce seu labor sexual para regressar a território nacional com o fim específico de recrutar outras garotas. Ao chegar ao Brasil, retorna ao bairro de origem, onde, já com sotaque espanhol e ovacionada pela comunidade local, adquire um bar e ajuda a financiar a sua família. Enfim, se apresenta como uma pessoa que galgou mais um degrau na escala social. Deslumbrada com a melhor condição de vida apresentada e propagandeada por M.D. A. B., moradora do mesmo bairro pobre, no intuito de ascender socialmente e conferir melhor condição de vida a seus dois filhos de pais diferentes, influenciada pela sua própria família, procura M. D. que oferece seus auxílios, esclarecendo que será encaminhada ao exterior para se prostituir. A. B., mesmo nunca tendo praticado a prostituição no Brasil, aceita.

2- C. C., garota de programa em Goiás, semi-analfabeta, é procurada por N. I. que diz que há boates no exterior onde pagam muito bem as mulheres, oferecem boas condições de trabalho e, mesmo sem programas, salários mensais. C.C., deslumbrada com a proposta e pensando auferir recursos para melhorar a vida de sua família e seus 02 filhos de parceiros diferentes, aceita. Ao chegar ao exterior, se depara com condições diversas daquelas que haviam sido propagandeadas. Mesmo assim, é coagida a atuar como prostituta na forma estabelecida pelos proxenetas.

3- A.L., garota de programa de luxo, solteira, universitária, moradora de bairro nobre da capital goiana, procura T. B., pedindo auxílio para encaminhá-la ao exterior junto com suas colegas, para a boate X, onde ganhariam em EURO (s). T. B. as auxilia. Lá chegando, passam um mês e, após atingirem seus objetivos financeiros, retornam ao Brasil.

Observa-se que em todos os casos apresentados, houve a incidência objetiva do artigo 231, do Código Penal. Entretanto, para configuração do crime, deve-se analisar se houve lesão ou perigo de lesão à liberdade sexual (plena escolha) da vítima.

No primeiro caso, o bem jurídico tutelado foi atingido. As condições sociais, familiares e financeiras da indigitada vítima (ou seja, sua hipossuficiência) a levaram a submeter-se à aliciadora. A sua liberdade de escolha se encontrava maculada em decorrência da situação de penúria suportada. Note-se que A. B., mais vulnerável à exploração, uma vez que vive à margem da sociedade, foi influenciada pela possibilidade de melhoria de sua condição e de sua família, fato propagandeado, mesmo veladamente, por M.D. Importante ressaltar que, em muitos casos, o aliciamento ocorre de boca a boca, por intermédio de pessoas já traficadas e que retornam com a incumbência única de fornecer vítimas ao negócio. Trata-se de redes que transformam pessoas antes exploradas em aliciadoras de outras pessoas, em uma estratégia que, além de facilitar o contato, não expõem os verdadeiros financiadores do tráfico.

No segundo caso, o bem jurídico também restou atingido. Constata-se a situação de vulnerabilidade social e financeira da vítima. No intuito de procurar, outrossim, melhorias a própria vida e a dos seus filhos, submeteu-se às propostas da aliciadora. Não pôde, destarte, exercer, sem qualquer mácula, a sua escolha. Além

disso, apesar de saber que exerceria a prostituição, foi ludibriada quanto às condições. Tal ludíbrio caracteriza a fraude e, portanto, a aliciadora respondeu pelo crime em sua forma qualificada (artigo 231, § 2º, CP).

Diferentemente, no último problema, não há lesão ao bem jurídico. Há incidência do tipo penal, mas não há tipicidade em sua vertente material. A indigitada vítima pôde exercer livremente sua escolha, mormente quando vivia, no Brasil, melhor do que qualquer outro trabalhador na sua faixa sócio-cultural, exercendo a prostituição como qualquer profissional liberal que disputa mercado. Assim, apenar quem auxiliou sua saída seria, por via transversa, discriminar a prostituição e corroborar os vetustos entendimentos esposados pela doutrina no que concerne à proteção jurídica conferida pela norma.

3 - Referências Bibliográficas

- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JESUS, Damásio. *Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças - Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Atlas, 1997, v. 2.
- PRADO. Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Notas

¹ “Na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não se encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma - “princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos””. (PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 24)

² BIANCHINI, Alice. *Aspectos Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

³ Cf. Bianchini, ob. cit. p. 44.

⁴ *Direito ou punição?: Representação da sexualidade feminina no direito penal*. Porto Alegre: Movimento, 1985, v. 30, p. 60 – mencionada em JESUS, Damásio de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças -Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83

⁵ O artigo 206, do CP apena o encaminhamento de trabalhadores (mais de 02), mas condiciona-o à presença do engodo.

⁶ *Manual de Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Atlas, 1997, v. 2, p. 498

⁷ O direito penal deve ser posto a serviço de um quadro mínimo de convivência. Não se compraz em sancionar fatos mais afetos à moral. O novo modo de criação do Direito produz o fenômeno da secularização (o intérprete deve se afastar do moralismo exacerbado para definição de tipos e/ou eleição de bens jurídicos).

⁸ Não é papel do direito penal punir vícios ou comportamentos sociais, mormente em se tratando de uma das atividades mais antigas da humanidade (o meretrício) – algumas idéias aqui defendidas encontram-se no parecer do professor Lenio Streck acostado aos autos da Apelação 70.016.475.980, 5ª Câmara Criminal, TJRS.

■ Declaração Parcial de Inconstitucionalidade Formal e Seus Limites: Veto Judicial? ■

Juliano Taveira Bernardes

Juiz Federal no Estado de Goiás / Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás / Mestre em "Direito e Estado" pela Universidade de Brasília / Membro do IBDC – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional

RESUMO: Após tratar dos tipos de inconstitucionalidade, o trabalho examina precedente do Supremo Tribunal Federal e conclui que a declaração judicial da inconstitucionalidade verificada no processo legislativo (inconstitucionalidade formal), embora possa atingir somente alguma(s) da(s) norma(s) que compõe(m) determinado ato normativo (inconstitucionalidade parcial), não deve poupar expressões lingüísticas ou interpretações obtidas do(s) dispositivo(s) defeituoso(s). Sustenta que a declaração de inconstitucionalidade *formal* porém *parcial*, tal como veto presidencial, deve abranger “texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea” (§ 2º do art. 66 da Constituição Federal).

SUMÁRIO: 1) Apresentação. 2) Inconstitucionalidade formal vs. material. 3) Sucinta tipologia das inconstitucionalidades formais. 4) Inconstitucionalidade total vs. parcial: casos em que a inconstitucionalidade formal não contamina todo o diploma normativo. 5) Fracionamento da inconstitucionalidade formal: limites e possibilidades. 5.1) Precedente judicial paradigmático. 5.2) Fracionamento da inconstitucionalidade parcial: diferenças quanto ao tratamento da inconstitucionalidade formal e material. 5.3) Sucinta tipologia das inconstitucionalidades parciais. 5.4) Fracionamento da inconstitucionalidade parcial: diferenças de tratamento para os diversos casos de inconstitucionalidade parcial. 6) Conclusão.

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade; inconstitucionalidade formal; inconstitucionalidade material; inconstitucionalidade total; inconstitucionalidade parcial; processo legislativo; veto presidencial.

1. Em matéria de controle abstrato de constitucionalidade, já se registram vários precedentes do STF em que, embora reconhecidos vícios no processo legislativo, a declaração de inconstitucionalidade atinge somente parte do diploma promulgado. O presente ensaio, sem maiores pretensões, visa apenas a esclarecer se essa declaração parcial de inconstitucionalidade pode ser aceita dogmaticamente, e, em caso positivo, quais são os limites dela.

2. O estudo remete ao problema da chamada *inconstitucionalidade formal*, expressão a designar a relação de incompatibilidade

do ato normativo fiscalizado em face dos limites constitucionais atinentes ao processo mediante o qual se o elabora. Lei formalmente inconstitucional é a aprovada em processo legislativo defeituoso sob o ponto de vista das normas constitucionais que o regulam. Esse tipo de defeito se contrapõe à *inconstitucionalidade material*, que se caracteriza sempre que a desconformidade constitucional decorra da análise da substância do ato normativo questionado. Assim, lei materialmente inconstitucional é a que possui conteúdo incompatível com o sistema constitucional utilizado como respectivo parâmetro de validade.

3. No que interessa ao presente ensaio, a inconstitucionalidade formal pode dar-se: (a) pelo descumprimento de norma constitucional sobre o processo legislativo próprio e adequado à espécie; (b) pela desobediência a circunstância impeditiva de atuação do órgão legislativo, como no caso de emenda constitucional aprovada durante o estado de sítio (CF, art. 60, § 1º) ¹. De sua vez, a inconstitucionalidade formal pelo descumprimento de norma constitucional sobre o processo legislativo próprio e adequado ocorre em três situações: (a.1) quando são desobedecidas normas constitucionais relativas à competência para iniciar o processo legislativo; (a.2) pela contrariedade a normas constitucionais concernentes à competência para elaborar o ato normativo, hipótese também chamada por parte da doutrina como *inconstitucionalidade orgânica*; ou (a.3) pelo desacato a normas constitucionais referentes às formalidades ou à tramitação do processo legislativo no órgão competente ².

4. Nas hipóteses (b) e (a.2), é indivisível o defeito que gera a inconstitucionalidade. Daí, como todos os dispositivos ³ da proposta aprovada estão contaminados, a declaração de invalidade abrange integralmente o diploma normativo.

Contudo, isso não ocorre necessariamente quanto às situações (a.1) e (a.3), casos em que se pode reconhecer a inconstitucionalidade de apenas parte do texto aprovado. Para ilustrar, na situação (a.1), se o ato normativo viola regras constitucionais de iniciativa legislativa especial (reservada

ou vinculada), mesmo com a superação do raciocínio da Súmula 5 do STF ⁴, o vício pode resumir-se aos dispositivos originários da emenda parlamentar indevidamente apresentada à proposta do órgão titular da iniciativa ⁵.

“...é descabido aproveitar partes do dispositivo irregularmente aprovado, pois o concerto do que de válido restasse dele não se obtém com o simples reconhecimento da superioridade da norma constitucional violada.”

E também na situação (a.3) é cabível adstringir a inconstitucionalidade aos dispositivos aprovados em desacato à norma constitucional referente às formalidades ou à tramitação do processo legislativo, sem afetar o restante do diploma promulgado. Por exemplo, se a lei ordinária invade campo temático de lei complementar, são inconstitucionais exclusivamente os dispositivos invasores⁶. No mesmo sentido, ao julgar a ADInMC 2.031/DF⁷ e a ADIn 2.031/DF⁸, o STF reconheceu que o Senado Federal aprovara emenda substancial à proposta vinda da Câmara dos Deputados, porém não enviou o novo texto do projeto à Casa de origem. Por isso, a Corte declarou a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional 21, de 18/03/99, somente quanto ao § 3º do art. 75 incluído no ADCT, mas reputou válidos os demais dispositivos da EC 21/99, pois devidamente aprovados pelas duas Casas.

5. Entretanto, mesmo nessas situações (a.1) e (a.3), é indevida a correção de vícios formais pela declaração de inconstitucionalidade só de partes do dispositivo defeituoso, ainda que constitucional todo o restante do diploma normativo a que ele pertencer.

5.1. Essa orientação, contudo, não foi aplicada pelo STF no julgamento da ADInMC 3.472/DF⁹, razão pela qual esse precedente se torna paradigmático para ilustrar a tese defendida neste estudo.

Cuidava-se de julgamento de medida cautelar formulada em ação direta de inconstitucionalidade a discutir o processo de formação da Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004, cujo § 1º do art. 5º fora promulgado com a seguinte redação:

“Art. 5º O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público serão instalados no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação desta Emenda, devendo a indicação ou escolha dos seus membros ser efetuada até trinta dias antes do termo final. § 1º Não efetuadas as indicações e escolha dos nomes para os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público dentro do prazo fixado no caput deste artigo, caberá, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Ministério Público da União realizá-las.”

O pedido era para suspender liminarmente as expressões “e do Ministério Público”, “respectivamente” e “e ao Ministério Público da União”, porque o Senado Federal teria promovido emendas substanciais no dispositivo questionado sem o submeter à reapreciação da Câmara dos Deputados.

A proposta enviada pela Câmara ao Senado, e que não retornara à Casa iniciadora, continha este teor:

“Art. 42. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público serão instalados no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação desta Emenda, devendo a indicação e escolha de seus

membros ser efetuada até trinta dias antes do termo final. § 1º Não efetuadas as indicações e escolha dos nomes para os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público dentro do prazo fixado no caput deste artigo, caberá ao Supremo Tribunal Federal realizá-las.”

Logo, pela simples comparação do texto final com o texto vindo da Câmara, houve mesmo falha no processo legislativo da EC 45/2004. Segundo constou do voto do Ministro-Relator: “A norma de competência assim concebida desdobra-se em três elementos de identificação: (1) a hipótese normativa de sua incidência: omissão de indicações ou escolhas no prazo assinado; (2) o objeto da competência atribuída: suprir a omissão verificada; e (3) o sujeito a quem atribuída essa competência supletiva. Os dois primeiros elementos mantiveram-se incólumes à revisão do Senado. No terceiro, porém, relativamente ao Conselho Nacional do Ministério Público, a mesma competência que a Câmara aprovava outorgar ao Supremo Tribunal Federal é transferida, pela emenda votada solitariamente pelo Senado, ao Ministério Público da União.”

Contudo, o deferimento da medida cautelar consagrou uma *terceira* regra, que não fora nem a deliberada pela Câmara, tampouco a aprovada pelo Senado: o dispositivo procedente da Câmara permitia que o STF suprisse a omissão em indicar ou escolher nomes para o Conselho do Ministério Público; a regra aprovada pelo Senado transferiu essa prerrogativa ao “Ministério Público da União”; mas a norma criada pela decisão do STF, simplesmente, eliminou tal faculdade.

Ou seja, nenhuma das Casas congressuais deliberou no sentido de deixar vácuo de competência. Esse vazio só surgiu com a norma a que passou a corresponder o dispositivo após a suspensão da eficácia das expressões “e do Ministério Público”, “respectivamente” e “e ao Ministério Público da União”. Ademais, o STF expurgou a primeira das expressões (“e do Ministério Público”), que tinha sido regularmente aprovada tanto pela Câmara quanto pelo Senado.

5.2. Certo, esse mesmo efeito de estabelecer uma regra diversa da legislada é freqüentemente registrado quando se empreende controle abstrato de inconstitucionalidades materiais. Sempre que suspende expressões linguísticas contidas na disposição impugnada por causa de defeitos substanciais, o tribunal permite surgir norma diversa da instituída pelo órgão legislativo¹⁰.

Mas a diferença ontológica entre os dois casos é enorme.

Quando aprova lei em procedimento que desrespeita limites formais previstos na Constituição, o legislador acaba por “violiar” norma constitucional, mas essa violação ocorre de modo muito diferente do que se o legislador aprovasse lei cujo conteúdo fosse inconstitucional.

Neste último caso, a inconstitucionalidade (material) é repa-

“...a declaração de inconstitucionalidade formal cujo objeto incide sobre partes do texto de um dispositivo legal implica invadir competências legislativas por meio da reflexa ‘aprovação’ de proposta diversa da aprovada pelo órgão competente. Para evitar a declaração de invalidade de todo o dispositivo, o tribunal institui uma nova norma que tecnicamente pode ser considerada inexistente...”

rada simplesmente dando-se prevalência à norma constitucional “violada”. Como há antinomia entre duas normas (uma inferior vs. outra superior), resolve-se a inconstitucionalidade pela mera prevalência da superior. Daí ser possível eliminar o vício somente pelo expurgo das expressões linguísticas que põem a norma inferior em antinomia com a superior.

Já no primeiro caso (de inconstitucionalidade formal), inexistente propriamente antinomia entre a Constituição e a norma legal. A violação não decorre em si da norma legislada (norma-produto), mas dos atos ligados à formação dela. Logo, é descabido aproveitar partes do dispositivo irregularmente aprovado, pois o conserto do que de válido restasse dele não se obtém com o simples reconhecimento da superioridade da norma constitucional violada. Seria necessário que o órgão controlador pudesse voltar no tempo e retificasse o procedimento que violou a norma paramétrica utilizada na fiscalização do processo legislativo.

No controle da inconstitucionalidade material, o objeto recai sobre o mesmo dispositivo aprovado em processo legislativo regular. Não há dúvidas quanto à origem da norma legislada (a norma existe), embora nela se reconheça defeito de conteúdo que lhe prejudica a validade (a norma é inválida). Ao contrário, quando o tribunal reputa formalmente inconstitucional algum dispositivo, porém opta por suspender apenas expressões dele, para tentar salvar o restante do preceito, a corte termina por se transformar numa instância corretora do próprio processo legislativo.

Em outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade formal cujo objeto incide sobre partes do texto de um dispositivo legal implica invadir competências legislativas por meio da reflexa “aprovação” de proposta diversa da aprovada pelo órgão competente. Para evitar a declaração de invalidade de todo o dispositivo, o tribunal institui uma nova norma que tecnicamente pode ser considerada inexistente (pelo menos do ponto de vista a conceituar a existência como resultado positivo da operação de retroagir o ato até se chegar ao órgão competente para editá-lo)¹¹. Trata-se de uma intempestiva espécie de “emenda parlamentar” feita por órgão judicial, que substitui o legislador no próprio trabalho de “produção” do dispositivo. Daí a inviabilidade teórica da declaração de inconstitucionalidade parcial em casos tais.

5.3. Antes de prosseguir, outro importante aspecto da inconstitucionalidade parcial. Quanto ao objeto, a inconstitucionalidade parcial pode ser entendida¹²: (1) num *sentido amplo*, em que o caráter parcial da inconstitucionalidade é aferido em face da totalidade de um mesmo diploma normativo¹³; ou (2) num *sentido restrito*, no qual a índole parcial da inconstitucionalidade é contrastada em função da totalidade de um único dispositivo que possa ser decomposto em mais de uma norma. Neste último caso, a inconstitucionalidade parcial divide-se ainda em: (2.a) *horizontal*, se a declaração de inconstitucionalidade gera efeito ablativo de expressões linguísticas contidas no texto do dispositivo impugnado, com o aproveitamento do restante do texto na extração de norma(s) válida(s); ou (2.b) *vertical* (ou qualitativa), hipótese em que a declaração de inconstitucionalidade, sem afetar ou reduzir o texto do dispositivo, repercute sobre alguma(s) interpretação(ões) que dele se extrai(em), tal como ocorre na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

5.4. Então, somadas essas últimas observações com as que foram ditas antes, afigura-se claro que as argumentações deste estudo estavam a se referir somente à inconstitucionalidade parcial do tipo “horizontal”. Daí, cabe perguntar se, em matéria de vícios formais, deve-se também reputar indevida a declaração da inconstitucionalidade parcial “vertical”.

A resposta é positiva: se a inconstitucionalidade formal não leva em consideração o conteúdo do preceito, o vício a que ela se refere reside somente no próprio trabalho de elaboração textual das propostas legislativas, e não nas interpretações que destas podem ser extraídas. Logo, o que se pode corrigir mediante a declaração de inconstitucionalidade parcial do tipo “vertical” são exclusivamente desconformidades substanciais (inconstitucionalidades materiais). Por isso mesmo, o STF vem considerando meras irregularidades, e não inconstitucionalidades, as alterações de texto em projetos legislativos promovidas pela Casa revisora, mesmo sem a aprovação da Casa de origem, quando tais alterações não impliquem modificação substancial na proposta original¹⁴.

6. Para concluir, em razão da independência das funções estatais, o controle judicial abstrato da constitucionalidade formal não pode alterar o sentido (i.e., a norma) decorrente do dispositivo atingido pela falha no processo legislativo. A declaração de inconstitucionalidade não deve poupar expressões linguísticas ou interpretações obtidas do dispositivo impugnado. Pelas mesmas razões que o veto presidencial, deverá abranger “texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea” (§ 2º do art. 66 da CF/88).

■ Notas ■

¹ Parte da doutrina menciona, ainda, a inconstitucionalidade formal por intempestividade da elaboração legislativa, como no caso de lei aprovada fora do prazo de aprovação fixado na Constituição (cf. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 109-110). Certamente se trata de um vício do processo legislativo, mais exatamente de uma hipótese de inconstitucionalidade por omissão que se manifesta durante o atraso em se aprovar o ato. Porém, uma vez produzido, o problema da demora não contamina o ato normativo. Ele é válido para todos os efeitos, razão pela qual não parece ter utilidade prática esse outro tipo de inconstitucionalidade formal, não pelo menos para o presente ensaio.

² Cf. ROCHA, *ibidem*, p. 107-109.

³ Neste texto, a expressão “dispositivos” está empregada de acordo com o que dispõe o parágrafo único incluído no art. 12 da LC 95, de 26/02/98, pela LC 107, de 26/04/2001. Refere-se, portanto, a artigos, parágrafos, incisos, alíneas ou itens empregados na formulação legislativa.

⁴ Dizia o texto da súmula revogada pelo STF no julgamento da Representação 890/GB (RTJ 69:625): “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do poder.”

⁵ Pleno, relator Ministro EROS GRAU, DJU de 08/04/2005.

⁶ A menos que o órgão legislativo não seja em princípio o competente para editar ambas as leis mencionadas, como no caso a envolver lei ordinária estadual e lei complementar federal, hipótese em que se exteriorizaria a situação (a.2), i.e., uma inconstitucionalidade orgânica. Da mesma forma, não haverá inconstitucionalidade se a norma invasora limitar-se a reproduzir norma idêntica baixada pelo órgão competente (nesse último sentido, cf. Acórdão 212/86 do Tribunal Constitucional português).

⁷ Pleno, relator Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, RTJ 182:3.

⁸ Pleno, relatora Ministra ELLEN GRACIE, RTJ 188:1.

⁹ Pleno, relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, *Informativo STF*, n.

392/2005.

¹⁰ Aqui, “disposição” difere-se de sentido que se está empregando à palavra “dispositivo”. Significa cada enunciado lingüístico pertencente a uma fonte de direito. A seu turno, “norma” é o conteúdo de sentido resultante da interpretação da disposição. Logo, do ponto de vista interpretativo, as disposições formam o objeto, e as normas o resultado da interpretação. Sobre as diferenças entre “disposição” e “norma”, por todos, cf. GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmática delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 16 e ss.

¹¹ Segundo Marcelo NEVES, “pertencem ao sistema jurídico todas as normas que possam retrotrair imediata ou mediadamente ao núcleo normativo que estabelece os órgãos e/ou fatos básicos da produção jurídica.” (NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 43). O ilustre autor também agrega ao conceito de pertinência (existência) a circunstância de a norma não ainda haver sido revogada ou expulsa por invalidade. Todavia, parece que a circunstância de ter sido expulsa por tal motivo não tem a ver com a existência em si da norma. A expulsão por decorrência da invalidade está

relacionada com os efeitos depreciativos que incidem em face dos atos inválidos, o que parece conduzir à idéia de subtração da respectiva *eficácia*. De outro lado, a revogação liga-se à *vigência* da norma. Tanto é que uma norma revogada pode remanescer eficaz (ultra-atividade), caso típico do direito adquirido. (Sobre a última afirmação, cf. NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de Direito intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, abr./jun.1998, p. 91-110.)

¹² Sobre o assunto, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: garantia da constituição e controle da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002, t. 1, p. 179-180

¹³ Exemplo: a inconstitucionalidade a atingir somente alguns dos dispositivos integrantes de certo diploma que possui outros dispositivos não defeituosos

¹⁴ Nesse sentido, por todos, cf. o julgamento da ADC 3/DF, rel. Min. NELSON JOBIM, *DJU* de 09/05/2003, p. 43.

■ As Regras Processuais do Código Civil ■

Alencar Frederico (*)

Advogado / Pós-Graduado em Direito Processual Civil e em Direito Tributário

Resumo

Este artigo trata das regras processuais contidas no novo Código Civil brasileiro.

Palavras chave: regra processual – novo Código Civil – aspectos processuais.

1. É cediço que o novo Código Civil invadiu a seara do processo e em mais de um caso veio a prover (com maior ou menor ventura) as deficiências do ordenamento processual.

2. Na interpretação e aplicação do novo Código surgem dúvidas e controvérsias que reclamam esforços dos estudiosos do Direito para a solução dos problemas.

3. Desta forma aglutinamos algumas regras processuais previstas no novo Código Civil:

3.1. Ação possessória. Prazo de ano e dia.

CC. Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

CPC. Art. 924 - Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório.

3.2. Arrematação.

CC. Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde

pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.

CC. Art. 497. Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

I - pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;

II - pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;

III - pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade;

IV - pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.

Parágrafo único. As proibições deste artigo estendem-se à cessão de crédito.

CPC. Art. 690 - A arrematação far-se-á com dinheiro à vista, ou a prazo de 3 (três) dias, mediante caução idônea.

§ 1º - É admitido a lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens.

Excetua-se:

I - os tutores, os curadores, os testamenteiros, os administradores, os síndicos, ou liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e responsabilidade;

II - os mandatários, quanto aos bens, de cuja administração

ou alienação estejam encarregados;

III - o juiz, o escrivão, o depositário, o avaliador e o oficial de justiça.

§ 2º - O credor, que arrematar os bens, não está obrigado a exhibir o preço; mas se o valor dos bens exceder o seu crédito, depositará, dentro em 3 (três) dias, a diferença, sob pena de desfazer-se a arrematação; caso em que os bens serão levados à praça ou ao leilão à custa do credor.

3.3. Capacidade para testemunhar.

CC. Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos;

II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;

III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;

IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

CPC. Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º - São incapazes:

I - o interdito por demência;

II - o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o menor de 16 (dezesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º - São impedidos:

I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º - São suspeitos:

I - o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença;

II - o que, por seus costumes, não for digno de fé;

III - o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo;

IV - o que tiver interesse no litígio.

§ 4º - Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

3.4. Capacidade processual dos cônjuges.

CC. Art. 1.643. Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro:

I - comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;

II - obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.

CC. Art. 1.644. As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges.

CC. Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

CC. Art. 1.648. Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la.

CPC. Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.

§ 1º - Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:

I - que versem sobre direitos reais imobiliários;

II - resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles;

III - fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados;

IV - que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges.

§ 2º - Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composses ou de ato por ambos praticados.

CPC. Art. 669. Feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único - Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do devedor.

3.5. Confissão.

CC. Art. 213. Não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.

Parágrafo único. Se feita a confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.

CC. Art. 214. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.

CPC. Art. 351. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

CPC. Art. 352. A confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada:

I - por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita;

II - por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir o único fundamento.

Parágrafo único - Cabe ao confitente o direito de propor a ação, nos casos de que trata este artigo; mas, uma vez iniciada, passa aos seus herdeiros.

3.6. Créditos solidários e caso julgado.

CC. Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve.

CPC. Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

3.7. Denúnciação da lide.

CC. Art. 456. Para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo.

Parágrafo único. Não atendendo o alienante à denúnciação da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos.

CPC. Art. 75. Feita a denúnciação pelo réu:

[...]

II - se o denunciado for revel, ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuída, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até final;

[...]

3.8. Desconsideração da personalidade jurídica.

CC. Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

CPC. Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

[...]

II - do sócio, nos termos da lei;

[...]

3.9. Exceção de domínio.

CC. Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

[...]

§ 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

CPC. Art. 923. Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio.

3.10. Hipoteca legal.

CC. Art. 1.489. A lei confere hipoteca:

I - às pessoas de direito público interno (art. 41) sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas;

II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior;

III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;

IV - ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente;

V - ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

3.11. Hipoteca legal do curador.

CC. Art. 1.489. A lei confere hipoteca:

I - às pessoas de direito público interno (art. 41) sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas;

II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior;

III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;

IV - ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente;

V - ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

CPC. Art. 1.136. Se dentro de 3 (três) meses, contados do registro do testamento, não estiver inscrita a hipoteca legal da mulher casada, do menor e do interdito instituídos herdeiros ou legatários, o testamentário requerer-lhe-á a inscrição, sem a qual não se haverão por cumpridas as disposições do testamento.

CPC. Art. 1.188. Prestado o compromisso por termo em livro próprio rubricado pelo juiz, o tutor ou curador, antes de entrar em exercício, requererá, dentro em 10 (dez) dias, a especialização em hipoteca legal de imóveis necessários para acautelar os bens que serão confiados à sua administração.

Parágrafo único - Incumbe ao órgão do Ministério Público promover a especialização de hipoteca legal, se o tutor ou curador não a tiver requerido no prazo assinado neste artigo.

CPC. Art. 1.178. O órgão do Ministério Público só requererá a interdição:

I - no caso de anomalia psíquica;

II - se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas no artigo antecedente, ns. I e II;

III - se, existindo, forem menores ou incapazes.

CC. Art. 1.770. Nos casos em que a interdição for promovida pelo Ministério Público, o juiz nomeará defensor ao suposto incapaz; nos demais casos o Ministério Público será o defensor.

CPC. Art. 1.179. Quando a interdição for requerida pelo órgão do Ministério Público, o juiz nomeará ao interditando curador à lide (art. 9º).

CPC. Art. 1.182. Dentro do prazo de 5 (cinco) dias contados da audiência de interrogatório, poderá o interditando impugnar

o pedido.

§ 1º - Representará o interditando nos autos do procedimento o órgão do Ministério Público ou, quando for este o requerente, o curador à lide.

§ 2º - Poderá o interditando constituir advogado para defender-se.

§ 3º - Qualquer parente sucessível poderá constituir-lhe advogado com os poderes judiciais que teria se nomeado pelo interditando, respondendo pelos honorários.

3.12. Interrupção da prescrição.

CC. Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

CPC, Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º - A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

§ 2º - Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 3º - Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.

§ 4º - Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

§ 5º - O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

§ 6º - Passada em julgado a sentença, a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento.

CPC. Art. 617. A propositura da execução, deferida pelo juiz, interrompe a prescrição, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 219.

3.13. Intervenção de terceiros.

CC. Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

3.14. Meios de prova.

CC. Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

II - documento;

III - testemunha;

IV - presunção;

V - perícia.

CPC. Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

CC. Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§ 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:

I - data e local de sua realização;

II - reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;

III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;

IV - manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;

V - referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato;

VI - declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;

VII - assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

§ 2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.

§ 3º A escritura será redigida na língua nacional.

§ 4º Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.

§ 5º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.

CC. Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

3.15. Nomeação a autoria.

CC. Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa,

presume-se detentor, até que prove o contrário.

CC. Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

CPC. Art. 62. Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear a autoria o proprietário ou o possuidor.

3.16. Obrigatoriedade do uso do vernáculo.

CC. Art. 224. Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País.

CPC. Art. 157 - Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado.

3.17. Pretensão atingida pela prescrição.

CC. Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

CC. 501. Decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano, a contar do registro do título.

Parágrafo único. Se houver atraso na imissão de posse no imóvel, atribuível ao alienante, a partir dela fluirá o prazo de decadência.

Nota: Observa-se no artigo, que o direito não decai e sim a pretensão.

3.18. Prova indiciária e prova testemunhal.

CC. Art. 230. As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.

3.19. Prova exclusivamente testemunhal.

CC. Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao

tempo em que foram celebrados.

Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

CPC. Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

CPC. Art. 402. Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando:

I - houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova;

II - o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel.

3.20. Provas. Recusa.

CC. Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

CC. Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

3.21. Reconhecimento judicial da prescrição.

CC. Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

CC. Art. 194.

(Revogado pelo artigo 11 da lei n. 11.280/2006). Foi alterado o parágrafo 5º do artigo 219 do CPC – “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. O dispositivo permitiu ao Juiz conhecer de ofício a prescrição em qualquer caso, sem mais a restrição dos direitos patrimoniais.

CC. Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.

CC. Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.

CPC. Art. 219 - A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

[...]

§ 5º - O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

[...]

CPC. Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I - quando for inepta;

II - quando a parte for manifestamente ilegítima;

III - quando o autor carecer de interesse processual;

IV - quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (art. 219, § 5º);

V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal;

VI - quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284.

Parágrafo único - Considera-se inepta a petição inicial quan-

do:

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

III - o pedido for juridicamente impossível;

IV - conter pedidos incompatíveis entre si.

3.22. Requerimento judicial. Regime de bens.

CC. Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

[...]

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

CC. Art. 2.039. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.

4. Podemos citar ainda: a enorme valorização das notificações como impedimentos processuais, e as ações elencadas no Código Civil (destinadas a proclamar a nulidade absoluta ou a anulabilidade; para extinção da obrigação de fazer; do credor em penhor de título de crédito; execução para emitir declaração de vontade; para anular arrematação; negatória de filiação; de prova de filiação), essas são algumas das muitas regras processuais que trouxe o novo Código Civil.

5. Vale ressaltar que quando as normas do Código Civil se conflitarem com as normas estabelecidas pelo Código de Processo Civil deverão prevalecer as normas previstas no CPC por se tratarem de norma especial.

6. Assim, nestas linhas ficam as anotações dirigidas aos colegas (estudantes) para diminuírem a taxa de risco e tornarem

menos árdua a tarefa de quem carece ingressar em juízo. Nosso cordial Vale.

(*) **Alencar Frederico** – É advogado, pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Tributário, consultor, parecerista, articulista em revistas jurídicas nacionais e estrangeiras, membro honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil, membro do Conselho editorial da Millennium Editora, autor das obras “A morosidade da prestação jurisdicional” publicada pela Editora Setembro, “A nova reforma do Código de Processo Civil” e co-autor da obra “Processo civil – teoria e prática do profissional do Direito” ambas publicadas pela Editora Millennium.

■ Referências bibliográficas ■

BÜLLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción española. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964.

DIDIER JR, Fredie. *Regras processuais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo código civil comentado*. 1ª ed. 6ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARIONONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALLES, Sérgio Luiz Monteiro. *Auxiliar do advogado*. CD-Rom. 4ª ed. Bauru: Jurid publicações eletrônicas, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: DPJ, 2005.

■ A Necessidade de Advogado nas Comissões de Conciliação Prévia ■

Isabelli Gravata (*)

Professora Universitária e de Cursos Preparatórios para Concursos Públicos
Mestre em Direito Público pela UNESA

Acesso à justiça não é necessariamente a prestação da tutela estatal através do Judiciário. O verdadeiro acesso à justiça é aquele que possibilita o acesso à dignidade do ser humano.

A questão do acesso à justiça traz também o problema da igualdade e este, atualmente, significa direito à igualdade de oportunidades de acesso à justiça. Melhor falar, então, em acesso à ordem jurídica justa¹, que é, antes de tudo, uma questão de cidadania.²

Nesse sentido, várias causas dificultam uma real efetividade de acesso à justiça. Os equivalentes jurisdicionais são um meio de garantir uma rápida solução para as partes.

A corrida ao Judiciário infelizmente acaba por prejudicar o próprio trabalhador, uma vez que provoca um verdadeiro “congestionamento” nos órgãos julgadores. O excesso de demandas, por motivos óbvios, gera um retardo na prestação da tutela jurisdicional, e o trabalhador, por conseguinte, demora a ver o seu direito concretizado. Atualmente um processo trabalhista está demorando em média oito anos para ser solucionado. Não se pode esquecer que justiça tardia não é justa.

O verdadeiro acesso à justiça deve ser a possibilidade de ingresso e a certeza de saída breve, ou seja, de em um espaço curto de tempo ter a solução concretizada do litígio.

Outrossim, não se pode olvidar que o crédito trabalhista tem natureza alimentar, razão pela qual a parte necessita ver o seu direito satisfeito rapidamente, não podendo ficar sujeita à morosidade do Judiciário.

As parcelas postuladas na Justiça do Trabalho, na maior parte das vezes, referem-se a um empregado dispensado que busca apenas receber a contraprestação em relação ao trabalho já prestado. Assim sendo, não há porque se utilizar de uma estrutura tão burocrática, cara e demorada para julgar uma lide tão simples.

Para amenizar esse problema a melhor solução é o caminho da autocomposição³. Esse caminho vem sendo trilhado como forma de agilizar a solução de conflitos.

Nesta esteira, em 2000 foi sancionada a Lei 9.958, que incluiu o Título VI-A, com os artigos 625-A a 625-H na Consolidação das Leis do Trabalho, deu nova redação ao art. 876 e ainda acrescentou o art. 877-A à CLT. Este novo Título trata das Comissões de Conciliação Prévia.

Com o advento da lei foi dada a **possibilidade** da criação da Comissão de Conciliação Prévia nos sindicatos, nas empresas, em grupos de empresas ou ainda em caráter intersindical, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a função precípua de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

Segundo José Affonso Dallegrave Neto⁴:

Infundida na esteira neoliberal, a Lei n.º 9.958 integra o receituário da “reforma” que tem como escopo diminuir a interferência do Estado (leia-se aqui Poder Judiciário) nas relações capital-trabalho, fomentando a autocomposição dos conflitos trabalhistas.

A Lei 9.958/00 não previu a necessidade/obrigatoriedade de acompanhamento de advogado na Comissão de Conciliação.

O art. 625-D, § 1º da CLT dispõe que:

Artigo 625-D, § 1º - A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados.

O interessado, então, deverá comparecer à Comissão e lá formular a sua demanda, que será reduzida a termo ou feita por escrito, não havendo na CLT a previsão da indispensabilidade do advogado. Ele poderá vir sozinho. Caso o interessado queira o acompanhamento do advogado, poderá socorrer-se do mesmo, pois inexistente óbice para tanto.

Em optando por apresentar a sua demanda verbalmente, os conciliadores deverão reduzi-la a termo, entregando ao interessado uma cópia, datada e assinada.

A CRFB/88, em seu art. 133, diz que o advogado é indispensável à administração da justiça. Ocorre que a Comissão de Conciliação Prévia não é órgão da Justiça do Trabalho, não se

enquadrando no **sentido estrito** de justiça.

Ocorre que, nos dias de hoje, como se sabe, os trabalhadores possuem diversos direitos não só previstos na Constituição Brasileira, como também nas leis trabalhistas e até mesmo nas normas coletivas (acordos ou convenções coletivas de trabalho). É importante que eles saibam dos seus direitos, para que na conciliação não venham a abrir mão de algum deles por desconhecimento legal. Tendo em vista esse crescimento acelerado dos direitos dos trabalhadores, não se pode mais vislumbrar o empregado sem a assistência do advogado que poderá orientá-lo tecnicamente de seus direitos.

Na época da edição da CLT, em 1943, havia a previsão do chamado ius postulandi (art. 791 da CLT), ou seja, a parte poderia vir sozinho em juízo postular os seus direitos. A lei ainda não mudou, mas na prática permanece a verdadeira necessidade do advogado, principalmente quando se trata de um empregado (hipossuficiente), pois do outro lado ele terá a força da empresa (hipersuficiente) contra ele.

Em sendo a passagem pela Comissão de Conciliação um requisito prévio para a propositura da reclamação trabalhista, nada mais justo que o empregado tenha a proteção de um advogado.

Veja-se o entendimento de Sebastião Saulo Valeriano⁵:

Não acreditamos que a existência de Comissões de Conciliação Prévia vá tirar emprego de muitos advogados trabalhistas, pois mesmo na Justiça do Trabalho admite-se o *ius postulandi*, e **apesar disto quase sempre vemos a presença do advogado acompanhando ações trabalhistas. A orientação de advogado é de muito valia para o empregado perante as Comissões**

de Conciliação Prévia, pois certamente o empregador estará muito bem acessorado (*sic*) ante as Comissões de Conciliação Prévia. (*grifos nossos*)

Ao comparecer à Comissão, o empregado deverá formular uma demanda com todas as parcelas pretendidas. Não se fala mais em um ou outro pedido, vislumbra-se sempre um pleito de “a” a “z”. Com a assistência de um profissional do Direito será mais fácil não esquecer de nenhum dos itens.⁶

O Estatuto dos Advogados (Lei n.º 8.906/94) prevê:

Artigo 1º - São atividades privativas de advocacia: ...

II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

Entretanto, é sabido que a assistência do advogado tem o seu custo, muitas vezes inacessível ao empregado, que a bem da verdade é, em geral, um ex-empregado. Mas, para tanto, existem, por exemplo, os advogados dos Sindicatos e os Núcleos de Prática Jurídica – os escritórios-modelo das Faculdades - que fazem atendimento gratuito à população.

É importante frisar que o papel do advogado não será o de burocratizar o procedimento, mas apenas o de auxiliar e proteger

“É importante que eles [os trabalhadores] saibam dos seus direitos, para que na conciliação não venham a abrir mão de algum deles por desconhecimento legal. Tendo em vista esse crescimento acelerado dos direitos dos trabalhadores, não se pode mais vislumbrar o empregado sem a assistência do advogado que poderá orientá-lo tecnicamente de seus direitos.”

o interesse do cidadão. Por essas razões, não é obrigatória a assistência do advogado, sendo, no entanto aconselhável a presença do interessado assistido por ele, de forma a viabilizar a nova concepção de acesso à justiça.

(*) **Isabelli Gravatá** – Professora universitária e de cursos preparatórios para concursos públicos – área jurídica e área fiscal, Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Cândido Mendes (RJ), Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Mestre em Direito Público pela UNESA (RJ), Assessora do Diretor da Faculdade Moraes Júnior Mackenzie-Rio, Servidora do TRT/1ª Região e autora de livros jurídicos, sendo correlato ao tema o Resumo de Direito Processual do Trabalho em co-autoria com o Professor Almir Morgado da Editora Impetus.

■ Notas ■

¹ Destaca-se: “Por isso é que se diz que o processo dever ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente em “**acesso à ordem jurídica justa**”. ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de (et al.). **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. – São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33.

² Vale destacar as palavras de Kazuo Watanabe ao tratar dos Juizados Especiais: (WATANABE, Kazuo, in FIUZA, César Augusto de Castro, SÁ, Maria de Fátima Freire de e DIAS, Ronaldo Bretãs C. (Coordenadores). **Temas atuais de Direito Processual Civil**. – Belo Horizonte: Del Rey, 2001, Texto: Relevância Político-social dos Juizados Especiais Cíveis (sua finalidade maior), p. 207): “É importante que se firme, em todo o país, o microsistema de Juizados Especiais com as características corretas acima mencionadas, que efetivamente proporcione a facilitação do acesso à Justiça pelo cidadão comum, principalmente pe-

los mais humildes, e possibilite uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.”

³ Nessa esteira de raciocínio César Augusto de Castro Fiuza (FIUZA, César Augusto de Castro, SÁ, Maria de Fátima Freire de e DIAS, Ronaldo Bretãs C. (Coordenadores). **Temas atuais de Direito Processual Civil**. – Belo Horizonte: Del Rey, 2001, Texto: Formas alternativas de solução de conflitos, p. 91): “Geralmente, as partes tentam, primeiro, chegar por si mesmas a um acordo, para só então, frustrada esta tentativa, procurar seus advogados, a fim de demandar.”

⁴ NORRIS, Roberto e DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Inovações no Processo do Trabalho: Procedimento Sumaríssimo (Lei n.º 9.957/2000) e Comissão de Conciliação Prévia (Lei n.º 9.958/2000)**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 47.

⁵ VALERIANO, Sebastião Saulo. **Comissões de Conciliação Prévia e execução de título executivo extrajudicial na justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 38.

⁶ Nesse sentido temos José Affonso Dallegrave Neto: “Ao dar quitação geral do contrato de trabalho, o empregado, no mínimo, precisa ser esclarecido acerca dos efeitos de sua atitude e dos demais direitos que está renunciando pela via do acordo com eficácia liberatória geral. Conforme posto pelo parágrafo único do art. 625-E da CLT, é bem provável que boa parcela da classe trabalhadora, “ao negociar o ovo, não saiba que, em verdade, está vendendo a própria galinha!” Igualmente, a empresa precisa estar ciente das vantagens e desvantagens do acordo extrajudicial entabulado perante as Comissões de Conciliação Prévia.

Toda esta exortação **constitui atividade tipicamente advocatícia**. (grifos nossos) - NORRIS, Roberto e DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Inovações no Processo do Trabalho: Procedimento Sumaríssimo (Lei n.º 9.957/2000) e Comissão de Conciliação Prévia (Lei n.º 9.958/2000)**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 72.

■ O Art. 2º, § 2º, da Lei n. 9.613/98 e o Devido Processo Legal ■

Érica de Oliveira Hartmann

Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR / Professora de Direito Processual Penal da Unibrasil / Professora de Direito Processual Penal e Prática Penal no Unicenp

Alessandro José Fernandes de Oliveira

Procurador da República em Foz do Iguaçu-PR / Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR / Professor da Escola da Magistratura do Paraná – Núcleo Foz do Iguaçu

1. Introdução

O tema é muito polêmico e pouco enfrentado. Alguns poucos ousam tomar posição. Entretanto, a cada dia mais processos sobre lavagem de dinheiro são instaurados e os aplicadores do direito não sabem, definitivamente, de que forma com eles operar, o que acaba sempre prejudicando as partes – especialmente os acusados.

O presente artigo tem como objetivo demonstrar as duas faces de um grave problema atual: o devido processo legal, nele incluída a possibilidade de suspensão do processo prevista no art. 366 do CPP, e a lei de lavagem de dinheiro, com todas as suas conseqüências, para se tentar, ao final, chegar-se a uma melhor solução para o conflito. Em outras palavras, indagar-se-á se é possível ceder ao

devido processo legal, desde um ponto de vista de proporcionalidade, ou nada há mais importante que o processo em que garantidos sempre serão a ampla defesa e o contraditório.

2. A garantia do devido Processo Legal: breves apontamentos

2.1. Origem e evolução

O objetivo, neste instante, é apresentar um breve histórico *cronológico* do surgimento do devido processo legal. Ressalte-se, aqui, que se fala em um relato cronológico porque absolutamente inviável neste trabalho realizar um estudo profundo sobre a historiografia do *due process of law*, a partir de diversos pontos de vista, analisando todos os jogos de poder envolvidos, enfim,

um estudo baseado em uma arqueologia jurídica, em oposição à chamada historiografia tradicional, linear, contínua, progressista, anacrônica, narrativa e infértil. O que se pretende é apenas apresentar algumas datas de relevo para o tema, somente para estabelecer uma idéia de temporalidade.

Princípio fundamental do direito processual, seja ele civil ou penal, o devido processo legal pode ser considerado como um dos mais antigos e relevantes institutos do direito¹. Trata-se de base fundamental para os demais princípios e garantias processuais e que tem por objetivo maior garantir às partes o direito a um processo e, sobretudo, a uma sentença justa².

Nascido como apenas uma maneira de impor limites ao poder do rei – tímida, pois nada deveria ser maior que o vigor real –, como conquista dos barões feudais saxônicos, juntamente com João Sem Terra, o devido processo legal apareceu pela primeira vez em 1215, na Magna Carta inglesa. Embora à época ainda não se pudesse falar em direitos fundamentais, senão que em meras tolerâncias, certo é que a referida previsão foi de fundamental importância para que se tornasse, mais tarde, garantia absoluta do indivíduo e de toda coletividade em face, em última análise, do Estado³.

Originalmente consagrado no capítulo 39 da Magna Carta, assim estava previsto: “*Ne corpus liberi hominis capiatur nec imprisonetur nec disseisiatum nec autlagetur nec exuletur, nec aliquo modo destruat, nec rex eta vel mittat super eum vi, nisi per iudicium parium suorum, vel per legem terræ*”, isto é, “nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer outro modo destruído (arruinado), nem lhe imporemos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra”⁴. Em 1354, quando é confirmada pelo Rei Eduardo III, a Magna Carta aparece pela primeira vez no idioma inglês, e a expressão em latim *per legem terræ* é substituída pela expressão inglesa *due process of law* (e, para alguns, seu sinônimo *law of the land*).

Nas colônias inglesas da América do Norte, embora o sistema puro do *common law* não tenha se estabelecido por muito tempo, por vários motivos, ainda sim a recepção da cláusula do *due process of law* foi ampla e, inclusive, expandida pelo povo norte-americano, embora inicialmente apenas com sentido processual. Prevista desde a Declaração dos Direitos da Virgínia, em 1776, passou pelo *Bill of Rights* de 1791 (especialmente a 5ª emenda⁵) e culminou com a aprovação das emendas constitucionais após o fim da guerra civil (1861-1865), em 1868, especialmente a 14ª emenda⁶, quando então estava consagrada a garantia do devido processo legal no direito norte-americano. “*Em razão de seu enunciado elástico e amoldável às exigências cambiantes daquela sociedade vocacionada ao progresso e à evolução dos costumes, a garantia do devido processo legal experimentou profundas*

variações no tratamento jurisprudencial. Tornou-se, ao lado do princípio da isonomia (equal protection of the law), o principal instrumento de argumentação de que lançou mão a doutrina e a jurisprudência no vibrante processo de transformação do Direito Constitucional nos Estados Unidos da América”⁷.

Essa concepção do devido processo, como se bem pode imaginar, espalhou-se pelo mundo, e acabou consubstanciada em diversos ordenamentos jurídicos, sempre com o objetivo de garantir os direitos individuais frente à máquina estatal. Assim se pode observar no direito alemão (*faïres Verfahren*), no direito argentino (*debido proceso legal*), no direito espanhol (*proceso debido, proceso debido según ley, juicio justo ou proceso justo*), dentre tantos outros.

No Brasil, porém, durante tempo a cláusula do devido processo legal foi utilizada, infelizmente, apenas dentro de um sentido processual, como mera garantia procedimental, adstrita, especificamente, ao processo penal. Até a Constituição de 1988, com exceção da Constituição Imperial de 1824, a garantia do devido

processo não era prevista explicitamente. Havia, em cada uma das Constituições, róis exemplificativos de direitos e garantias, o que acabou, em última análise, permitindo a sua aplicação em diferentes contextos jurídico-políticos. Todavia, por se tratar de um sistema jurídico em que prevalece, a princípio (ou se diz prevalecer), a legalidade estrita, o reconhecimento desse princípio implícito pelos tribunais brasileiros não foi comum, sequer pela Corte Constitucional.

A mudança de atitude veio somente em 1988, com a promulgação da Constituição em vigor, que agora prevê expressamente, em seu art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. E, ao revés do ocorrido no sistema norte-americano, o tratamento da garantia pelo ordenamento jurídico brasileiro sempre se deu não só sob

o aspecto processual, mas também sob o aspecto substantivo, com aplicação também frente aos Poderes Executivo e Legislativo: “*Assim, concebido do Estado brasileiro como ‘Estado Democrático de Direito’, o princípio do devido processo legal insere-se na idéia de democracia, como veículo da justiça e dos direitos fundamentais, estando à disposição, por exemplo, de cidadãos prejudicados, e outras minorias, apto a produzir uma mudança de política, e até uma mudança de poder. Opera-se uma modificação funcional do princípio que, de instrumento de defesa frente ao Estado, passa a elemento impulsionador da democracia frente ao respectivo governo*”⁸.

2.2. Conteúdo da garantia – sentido processual e substantivo do devido processo legal.

Genericamente, o princípio do devido processo legal se caracteriza pela tutela geral de três institutos fundamentais: vida, liberdade e propriedade. Segundo NELSON NERY JR., este é o sentido enfocado na previsão do art. 5º, LIV, da CR, com nítida

“ É possível, então, deixar de lado as garantias constitucionais em prol de uma política criminal, neste caso específico, de projeções internacionais, em benefício de toda a humanidade? A resposta, sem dúvida, é negativa. Não é possível ceder em matéria de garantias constitucionais. Ceder, aqui, é de fato ferir o devido processo legal...”

inspiração nas 5ª e 14ª Emendas à Constituição norte-americana⁹. Há, porém, que se ver a garantia também sob outros dois aspectos: o aspecto processual (ou formal) e o aspecto substancial (ou material).

No sentido material, o devido processo legal diz com impossibilidade do Estado de privar arbitrariamente os indivíduos de determinados direitos fundamentais, que implica, em última análise, na “*elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais*”¹⁰. Assim é que o devido processo legal, em seu aspecto substancial, manifesta-se – e se deve manifestar – em todos os campos do direito: no direito administrativo, consubstancia-se no princípio da legalidade; no direito privado, no princípio da autonomia da vontade, e assim por diante.

Em sentido processual, significa, basicamente, o direito a um procedimento ordenado, ou ainda, “*a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível*”¹¹. Em outras palavras, o devido processo legal, em seu sentido formal, deve garantir a aplicação das regras jurídicas por meio de instrumento hábil à sua interpretação e realização, qual seja, o processo, e também assegurar a paridade de armas entre as partes, com vistas à igualdade material entre elas¹².

Mais especificamente, para o processo penal, o devido processo legal em sentido processual resume-se nas seguintes garantias, para NELSON NERY JR.: “*a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis ‘ex post facto’; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação*”¹³. E certamente, há de ser incluído neste rol, o direito de todo cidadão de ser processado e julgado por um juízo previsto em lei antes do fato tido como criminoso – eis o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII da CR/88).

Descendem, portanto, desse aspecto processual, a garantia do devido processo penal (o devido processo legal aplicável à esfera penal) e todos os recursos a ele inerentes.

Como definição, tem-se que o devido processo penal é aquele em que se realiza a ação judiciária, ligada à relação imprescindível entre as regras constitucionais, penais e processuais penais, para fins de efetivar a justiça no âmbito criminal, seja para aplicar a pena ou medida de segurança, seja para absolver o acusado. Neste prisma, para que se efetive, deve assegurar: “*a) a atuação de órgão jurisdicional antecedentemente designado pela lei para o respectivo julgamento, independente e imparcial; b) a determinação legal de um procedimento destinado a investigação e posterior julgamento acerca de fato penalmente relevante; c) o preferimento deste, em prazo razoável, pública e motivadamente; d) a correlação entre acusação e sentença; e) a possibilitação de reexame de atos decisórios desfavoráveis ao imputado; f) a propiciação*

de ampla defesa, tanto material, como tecnicamente; e g) o não reconhecimento de culpabilidade, senão quando transitada em julgado a sentença condenatória”¹⁴.

3. Fundamentos da reforma do art. 366 do CPP

3.1. A problemática citação por edital e a revelia do acusado.

De imediato, cabe ressaltar que o trabalho se restringirá à análise da Lei n. 9.271/96 no que diz apenas com a suspensão do processo enquanto forma de garantir ao acusado que esteja presente ao seu julgamento. Não será abordada, aqui, toda a polêmica – hoje talvez já superada – sobre a natureza da regra do art. 366 do CPP – penal ou processual – e a sua retroatividade.

Toda a questão, portanto, gira em torno da sempre contestável citação editalícia no processo penal. Vale lembrar que no processo penal a citação via edital é a única modalidade de citação ficta permitida, não existindo qualquer hipótese de realização de citação por hora certa ou por via postal.

A citação por edital é, como dito, citação ficta, ou seja, presume-se que a pessoa a qual se destina efetivamente tomou conhecimento da acusação que lhe é feita. Nas palavras de JOSÉ FREDERICO MARQUES, “*na citação ficta presume-se que o réu teve conhecimento do chamamento a juízo, visto que, em tal caso, ela não se realiza ‘in faciem’, como se dá na citação pessoal*”¹⁵. O problema já se inicia aqui: a possibilidade da aceitação, a previsão, de citação ficta, especialmente em processo penal. Ora, o que se presume pode – e o é na mais das vezes – não existir. Isso significa dizer que permitir a citação ficta é permitir também que alguém seja julgado pela prática de um delito sem sequer ter tido a possibilidade de se defender. Isso é inconcebível, principalmente em dias de exaltação da Constituição e dos direitos fundamentais.

Por outro lado, também seria muito benéfico para os agentes das infrações penais se tal previsão não existisse: bastaria fugir para bem longe após ter cometido o delito e jamais seria encontrado e, de conseqüência, julgado. Todavia bem se sabe que em muitos casos não há má-fé por parte do indiciado, mas sim, por exemplo, “*inoperância por parte do Estado em fazer uma investigação célere, levando anos e anos em concluir um inquérito policial, ocorrendo neste meio tempo a mudança de endereço do indiciado, que, como se sabe, não tem obrigação de comunicar este fato, ou, mesmo depois de oferecida a denúncia ou queixa, deixar de procurar adequadamente o acusado, por ser morador de um bairro tido como ‘perigoso’, ou por negligência*”¹⁶, dentre outras tantas circunstâncias.

De qualquer maneira, a citação por edital existe e é muito utilizada. Entretanto, deve sempre ser vista como uma medida excepcional, que deve ser aplicada apenas e tão-somente nos casos previstos em lei¹⁷, respeitados todos os seus requisitos¹⁸, quando nenhuma outra possibilidade houver. E nos casos em que deve ser realizada, deve o magistrado e o Promotor de Justiça atentarem ao máximo para a preservação do direito constitucional de defesa do acusado.

Além disso, uma das mais freqüentes conseqüências da citação

editância, a mais grave sem dúvida, é o não-comparecimento injustificado do acusado ao processo, quando então será decretada sua revelia e não mais será intimado de qualquer ato processual, a não ser da sentença penal condenatória¹⁹, salvo se reaparecer (ou, ainda, se se tratar de crime doloso contra a vida, apenado com reclusão, é certo que sem a presença do acusado pronunciado ao Tribunal do Júri o julgamento não poderá ser realizado – art. 451, CPP). Neste caso, portanto, prejudicada estará a ampla defesa do acusado, porquanto inexistente a oportunidade de autodefesa, uma das faces da garantia constitucional do art. 5º, LV, da Constituição da República.

3.2. A reforma introduzida pela n. 9.271/96.

O Código de Processo Penal de 1941, antes da reforma de 1996, ao arrepio da tendência contemporânea expressa, por exemplo, em tratados e convenções internacionais, permitia que uma pessoa, citada por edital, fosse processada e julgada criminalmente sem que sequer tivesse tido ciência da imputação que lhe era dirigida²⁰.

Dois são os tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, que tratam da matéria. São eles o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)²¹ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica)²², os quais, embora datados, respectivamente, de 1966 e 1969, foram referendados pelo Congresso Nacional apenas em 06 de julho de 1992 (Decreto n. 592) e 06 de novembro de 1992 (Decreto n. 678), nesta ordem. E, não obstante tais ratificações, a situação se modificou tão-somente com a reforma de 1996. Além dessas fontes inspiradoras, a doutrina e a própria exposição de motivos da Lei n. 9.271/96 fazem menção ao CPP alemão, ao CPP tipo para a América Latina, ao CPP da província argentina de Santa Fé, ao CPP português, como diplomas que já tratavam a matéria desde uma perspectiva avançada, em conformidade com as garantias constitucionais modernas.

Pois bem. Quanto à citação por edital, a redação original do CPP de 1941 era a seguinte: “Art. 366. O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado”. Em outras palavras, ainda após a Constituição de 1988, permitia-se claramente o desrespeito ao devido processo legal, nos termos já tratados, e a todas as garantias a ele inerentes, mesmo com vários diplomas legislativos apontando em sentido contrário, como visto.

Diante de tal situação, considerando-se a evidente necessidade de reforma a certos dispositivos do diploma processual penal, o Poder Executivo, por meio do Ministério da Justiça, baixou a Portaria de n. 145, em 30 de março de 1992, instituindo uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, para a realização da pretendida reforma. Vários foram os anteprojetos que deram origem ao Projeto de Lei n. 4.897/95,

que modificava os arts. 366 a 370 do CPP, o qual, por sua vez, foi aprovado sem qualquer modificação, convertendo-se na Lei n. 9.271/96.

Eis a “exposição de motivos” do Projeto de Lei n. 4.897/95: “A Constituição Federal dispõe que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal (art. 5º, LIV) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que

hoje integra o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, expressamente garante ao acusado a comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada – o que evidentemente não ocorre pela citação por edital.

Por outro lado, processar o acusado citado por editais significa não apenas infringir garantias constitucionais – pois até a defesa técnica nesta hipótese será inoperante – como ainda, na esmagadora maioria dos casos, frustrar o resultado de um processo em que a eventual sentença condenatória, à falta de localização do acusado, não será efetivamente cumprida. Por isso, vários ordenamentos processuais modernos não permitem que, após o recebimento da denúncia, o processo prossiga sem conhecimento do acusado. É o caso da Alemanha, e, na América Latina, do Código de Processo Penal Modelo ibero-americano, numa postura acolhida

em legislações modernas.

A proposta ora apresentada distingue duas hipóteses: a do acusado não comparecente, desde a citação por edital, prevendo-se para esse caso a suspensão do processo, após o recebimento da denúncia e a produção antecipada de provas consideradas urgentes pelo Juiz. Como forma de incentivar o acusado a comparecer, retomando o processo o seu curso, estipula-se que durante a suspensão do processo não corra o prazo prescricional”.

A intenção do legislador, portanto, ficou bastante clara: ainda que se seguisse permitindo a citação por edital, além de todos os já existentes requisitos indispensáveis, agora se entendia necessário que o acusado citado por tal via e que não comparecesse, deveria ter o processo suspenso, a fim de se garantir, sempre, o devido processo legal, consubstanciado em dois pilares principais: o contraditório e a ampla defesa.

Com a reforma, então, o art. 366 passou a contar com a seguinte redação: “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”.

“Mesmo que, em um esforço contrário à própria razoabilidade, não se incluisse a garantia prevista no art. 366 do CPP como inerente ao devido processo legal, cujo acatamento se funda na ampla defesa e no contraditório, mesmo assim, o § 2o, do artigo 2º, da Lei n. 9.613, seria inconstitucional. É que a comunicação prévia e pormenorizada da acusação é uma garantia constitucional autônoma.”

A partir do exposto, pode-se concluir que o fundamento jurídico da reforma de 1996 foi, sobretudo, o respeito ao texto constitucional, expresso especificamente nos incisos LIV e LV do art. 5º da CR: o devido processo legal (*due process of law*) e as garantias do contraditório e da ampla defesa (autodefesa e defesa técnica – esta, por sua vez, inafastável). Com a antiga redação do art. 366, o que se tinha, em verdade, era um processo incompleto desde um ponto de vista constitucional, vez que permitia a não-plenitude de defesa e o contraditório parcial. Vale dizer, por conta da legislação infraconstitucional, garantias constitucionalmente asseguradas aos acusados em processo criminal não eram respeitadas, acobertadas por uma pretensão de legalidade.

Essa situação, de fato, não poderia continuar, como há muito já preconizava, dentre outros, JOSÉ FREDERICO MARQUES, que entendia ser a citação por edital medida incompatível com o processo penal democrático. Não obstante a – espera-se – boa vontade do legislador, fato é que a citação por edital segue sendo permitida, *“e ganha novos contornos com a precitada suspensão do processo, em aparente melhora – mas é só aparente – da situação do acusado. No fundo – isso sim – perdeu-se a grande chance de acabar com a citação por edital, mesmo porque o problema maior não estava nela em si (o cotidiano demonstrou), mas na má atuação de boa parte dos senhores Oficiais de Justiça, quando da citação pessoal, o que vai continuar e, inclusive, tende a agravar, até porque, agora, com a suspensão do processo, não haverá controle imediato pela defesa técnica, salvo quando da produção antecipada de prova”*²³, como bem ressalta JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO.

De qualquer maneira, a partir de então, a citação ficta não mais deve ser óbice ao desenvolvimento do devido processo legal, com contraditório pleno e também com plena defesa (não só com a irrenunciável defesa técnica, mas principalmente por não mais ser possível retirar-se do acusado o direito de escolher se vai ou não se autodefender em juízo). Se não comparecer, fica suspenso o processo e o acusado não mais será julgado sem a ele ter sido dado o direito de conhecer a imputação que lhe é feita e, sobretudo, o direito de dela se defender. Como bem afirma ANDRÉ FELIPE ALVES DA COSTA TREDINNICK, *“de agora em diante, o Estado tem o dever de fazer aquilo que sempre se propugnou: esgotar todos os meios possíveis na tentativa de localizar o acusado, e dar-lhe ciência da ação penal. O Estado aceita, como um ‘mal menor’, deixar de processar e julgar o revel que nunca teve conhecimento do processo, causando assombrosas iniquidades, deixando de fazer uma verdadeira ‘justiça de Pirro’”*²⁴.

4. A Lei n. 9.613/98 e a aplicação do art. 366 do CPP

4.1 O polêmico § 2º do artigo 2º, da Lei n. 9.613/98.

Em que pese a recente conquista processual penal, o legislador ordinário inseriu dispositivo proibindo a incidência do artigo 366 do CPP nos processos sob o manto da Lei 9.613, nestes termos:

“Capítulo II – Disposições Processuais Especiais

Art.2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

(...)

§ 2º No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal.”

Os doutrinadores, beirando à unanimidade, alegam a inconstitucionalidade do dispositivo em análise, sob diversos argumentos que a seguir serão expostos.

Consultas realizadas, utilizando-se de diversas fontes, apontam para a total ausência de precedentes jurisdicionais que tenham se defrontado com o tema, seja em sede de controle difuso, seja em controle concentrado de constitucionalidade. Ausência provisória, eis que mais cedo ou mais tarde os pretórios necessariamente terão que enfrentar e se posicionar frente ao proposto, o que não impede a prévia argumentação doutrinária, a que ora se procede.

Inquestionável o mister de uma legislação que pudesse fazer frente aos métodos utilizados por organizações criminosas no sentido de dar uma aparência de licitude aos bens e direitos obtidos por meios delituosos. Não somente porque o Brasil, como signatário de alguns Tratados e Convenções Internacionais, comprometeu-se a combater a chamada “lavagem de dinheiro”, mas antes de tudo, porque a situação tangencia o insuportável.

Como nas palavras de RODOLFO TIGRE MAIA, nem tanto catastróficas mas realísticas, por ocasião do I Encontro do Ministério Público da União²⁵: *“Cumprir fixar desde logo, como premissa de toda nossa visão do temerário proposto, que o que torna factível a ocorrência do continuum socioeconômico de reciclagem de ativos produtos de crimes é exatamente a associação negocial entre o crime organizado, qual seja, organizações criminosas que buscam o poder, quer político, quer financeiro, especialmente mediante a utilização de corrupção, da violência e do abuso do poder econômico, para assegurar o controle do mercado de bens e serviços ilícitos ou para dominar a aquisição de bens lícitos através de meios ilícitos, inclusive por meio da infiltração e/ou criação de empresas formalmente legítimas, e, a fortiori, são as detentoras das técnicas de produção e acúmulo de ativos financeiros ilegais, e os colarinhos brancos, entendidos como os profissionais liberais e técnicos, empresarialmente estabelecidos ou não, diretamente subordinados àquelas organizações ou autônomos, que possuem o saber e a informação, e, em particular, dominam as estratégias de escamoteamento, movimentação e aplicação destes ativos sujos, com destaque para as técnicas cibernéticas, e conhecem inclusive os artifícios jurídicos necessários à legitimação de sua origem ilícita.”*

Não que a simples vigência de uma lei possa mudar a realidade, seria muita ingenuidade tal imaginário, mas o que não se pode olvidar é a antiga necessidade de tratamento jurídico autônomo para a “lavagem de dinheiro”, desvinculando-o, embora não totalmente, dos delitos antecedentes. Paralelamente, por óbvio, à cavaleiro da legislação, seria preciso dotar os agentes responsáveis pela persecução penal de instrumentos que pudessem fazer frente a este tipo específico de criminalidade, em outras palavras, organizar o Estado diante de uma criminalidade já organizada.

À vista da Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/98, encontra-se a seguinte justificativa para a inserção do § 2º do artigo 2º: *“63. O projeto veda expressamente a suspensão do processo em caso do não comparecimento do réu citado por edital, como prevê o artigo 366 do CPP com redação dada pela Lei 9.271, de 17.04.96*

(art. 2º, §2º). *Trata-se de medida de Política Criminal diante da incompatibilidade material existente entre os objetivos desse novo diploma e a macrocriminalidade representada pela lavagem de dinheiro ou acumulação de bens, direitos e valores oriundos de crimes de especial gravidade. A suspensão do processo constituiria um prêmio para os delinquentes astutos e afortunados e um obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos que se desenvolvem em parceria com a lavagem ou a ocultação*”.

No fundo, a grande questão é saber os limites dos poderes persecutórios penais do Estado. Desde já é possível antecipar que não pode ferir direitos processuais por ele mesmo garantidos. Mas há que sem pensar também no outro lado. De que mecanismos efetivamente poderá se valer o Estado no combate à criminalidade organizada? Além disso, o que é de maior relevância: o interesse social no combate ao crime organizado ou os direitos e garantias de cada indivíduo, especificamente no processo penal?

Mais uma vez se pensa, sem dúvida, na razoabilidade: é preciso combater os males da sociedade, mas também é preciso garantir a todos o devido processo legal. É possível, então, deixar de lado as garantias constitucionais em prol de uma política criminal, neste caso específico, de projeções internacionais, em benefício de toda a humanidade? A resposta, sem dúvida, é negativa. Não é possível ceder em matéria de garantias constitucionais. Ceder, aqui, é de fato ferir o devido processo legal, pois outra forma não há de realizá-lo senão através da efetivação das garantias do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões, do direito à citação e conhecimento da acusação, dentre outras garantias a ele inerentes. Não há outro caminho para se chegar lá.

Por outro lado, há sim outras formas de combater a criminalidade organizada, em especial os delitos de lavagem de dinheiro, sem que seja necessário permitir que o acusado seja julgado – e certamente condenado – sem que sequer tenha tomado conhecimento da acusação contra ele formulada. Várias são as saídas – todas complexas, mas possíveis de serem alcançadas; basta querer –, a exemplo do combate à corrupção, fiscalização rigorosa dos órgãos da Receita Federal e Banco Central sobre as movimentações financeiras e origem das rendas, dentre infinitas outras.

4.2 As razões da inconstitucionalidade.

Como mencionado há poucas linhas atrás, não se obteve qualquer aresto na jurisprudência pátria acerca do tema sob análise, provavelmente sequer houve alguma decisão, seja favorável ou desfavorável à aplicação do texto legal a que ora se atribui o caráter de inconstitucionalidade.

Assim, a fonte doutrinária permaneceu como único viés de análise e, neste ponto a doutrina parece unânime em apontar, no mínimo, a incoerência do dispositivo. Neste sentido, afirma pre-

cisamente Luiz Flávio Gomes²⁶: “...é absurda e inconstitucional, ganhou vigência mas não possui validade. Não é juridicamente válido. É um nada jurídico”. Muitos são os argumentos em desfavor do dispositivo legal que se pretende rechaçar.

Sem querer ser exaustivo, pode-se apresentar as principais razões que viciam a constitucionalidade e *a fortiori* a própria consistência da lei:

1º – O processo penal apresenta uma certa evolução no tempo, no sentido de garantias processuais do acusado.

Embora seja uma afirmação um tanto quanto polêmica, em linhas gerais os autores concordam com o caráter progressivo dos institutos e categorias processuais penais. Neste sentido, obviamente que a modificação trazida à baila com a Lei n. 9.271/96, ao alterar o art. 366 do Código de Processo Penal, constitui importante passo nesta “historicidade garantista processual”. O legislador, como se viu *supra*, atendeu aos anseios maciços dos operadores do direito. Logo, negar a incidência do art. 366,

sob qualquer pretexto, seria um retrocesso histórico injustificável, senão um absurdo jurídico. Neste sentido, Marco Antônio de Barros²⁷: “*Questão que se apresenta agora é saber se tal regra merece acatamento. A nossa resposta é negativa. Tal norma apresenta um perigoso desvio e claro retrocesso à evolução prática das garantias do contraditório e ampla defesa e configura mais um exemplo dentre outros tantos, na desconexa e pontual reforma das leis penais e processuais penais que o Parlamento nos tem propiciado, as quais têm provocado indesejáveis e prejudiciais conseqüências que maculam a coerência que deve prevalecer na distribuição da justiça*”.

2º – A todo tempo se tem defendido que o dispositivo *in foco* é inconstitucional por ferir flagrantemente os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Pois bem. Mesmo que, em um esforço contrário à própria razoabilidade, não se incluísse a garantia prevista no art. 366 do CPP como inerente ao devido processo

legal, cujo acatamento se funda na ampla defesa e no contraditório, mesmo assim, o § 2º, do artigo 2º, da Lei n. 9.613, seria inconstitucional. É que a comunicação prévia e pormenorizada da acusação é uma garantia constitucional autônoma. A Carta Magna reza expressamente no §2º do artigo 5º, mesmo após a EC45/04: “*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*” (sem negrito no original).

“Além de inconstitucional, o dispositivo peca ainda em termos de técnica legislativa. Não basta que o legislador simplesmente determine a inaplicabilidade do art. 366 nos crimes de lavagem e ocultação de dinheiro. Já que a revelia não é mais consignada no Código de Processo Penal como uma conseqüência ao não comparecimento do ‘réu’, quando citado por edital, havia a necessidade de se restaurar a revelia como ‘sanção’ aplicada ao desatendimento do chamado ficto...”

Acontece que, conforme citado na primeira parte do presente texto, dois são os tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, que tratam da matéria. São eles o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica), os quais, embora datados, respectivamente, de 1966 e 1969, foram referendados pelo Congresso Nacional apenas em 06 de julho de 1992 (Decreto n. 592) e 06 de novembro de 1992 (Decreto n. 678), nesta ordem. Dizem os respectivos textos legais, ou melhor, textos constitucionais, na mesma ordem em que foram citados:

“Art. 14, n. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, pelo menos, as seguintes garantias: a) ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) de dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; (...) d) de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim o exija, de ter um defensor designado ex officio gratuitamente, se não tiver meios de remunerá-lo.

Art. 8º. Garantias Judiciais. (...) §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: (...) b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”.

Destarte, o § 2º do artigo 2º da Lei n. 9.613 é inconstitucional por dupla via, por ferir os consagrados princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como por ferir de morte garantias individuais inseridas no sistema jurídico pátrio²⁸.

3º – Além de inconstitucional, o dispositivo peca ainda em termos de técnica legislativa. Não basta que o legislador simplesmente determine a inaplicabilidade do art. 366 nos crimes de lavagem e ocultação de dinheiro. Já que a revelia não é mais consignada no Código de Processo Penal como uma consequência ao não comparecimento do “réu”, quando citado por edital, havia a necessidade de se restaurar a revelia como “sanção” aplicada ao desatendimento do chamado ficto, ao menos para fins do processo penal referente à Lei n. 9.613. Neste sentido Rodolfo Tigre Maia²⁹: “... nos termos em que se encontra redigido este § 2º, qual seja, vedando tão somente a aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal (sem a ripristinação expressa de sua antiga dicção e sem o estabelecimento da revelia como consequência do desatendimento pelo acusado de seu chamamento ficto), estamos em que o mesmo é simplesmente inaplicável, por violador do devido

processo legal, e que, em consequência, também no processo por crimes previstos nesta lei vigorará a nova dicção do art. 366 da lei processual penal”.

4º – Ainda no foco de “atecnia legislativa”, o legislador demonstrou flagrante contradição em seus dispositivos. Um pouco à frente do texto em comento, há a previsão do § 3º, do artigo 4º, *in verbis*: “§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, nos casos do art. 366 do Código de Processo

Penal”. Ora, ou o art. 366 deve incidir no processo referente à lavagem e ocultação de dinheiro, ou não deve incidir. Salta aos olhos a contradição da Lei.

5º – Além de apontar as razões de incorreção do dispositivo legal, cumpre, por derradeiro, demonstrar que os motivos que fundamentaram o legislador também partiram de premissas inconsistentes. Neste ponto, necessário retornar ao item 63 da Exposição de motivos há pouco transcrita.

A citada medida de Política Criminal no combate à macrocriminalidade não pode atropelar direitos e garantias consagrados em um Estado de Direito. Cumpre ainda destacar que o Estado, em especial o Ministério Público, a despeito da suspensão do

processo, disporá de outros mecanismos, talvez até mais eficazes, para atender os mesmos objetivos, isto é, a justa persecução penal, com a vantagem de não reduzir a pó garantias constitucionais modernamente consagradas.

Veja-se o que diz a respeito René Ariel Dotti ao contrapor a exposição de motivos sob análise³⁰: “Deve-se responder com três principais objeções: 1ª: é possível a produção antecipada da prova considerada urgente; 2ª: a eficácia da defesa fica naturalmente restrita quando o réu é atendido por defensor dativo; 3ª: 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”.

5. Antes de tudo, um problema de interpretação e aplicação do Direito

A questão reflete evidentemente um problema comum dos ordenamentos jurídicos positivos: as antinomias. Percebe-se que o sistema jurídico brasileiro, com a edição da Lei n. 9.613/98, recepciona regra que é incompatível com outras já existentes, o que faz, com absoluta certeza, com que a coerência do ordenamento seja abalada de forma incontornável, reclamando uma solução imediata por parte do intérprete.

Há, em verdade, três situações a serem consideradas. A primeira delas relaciona a regra do art. 2º, §2º, da Lei n. 9.613/98 e o art. 5º, LIV, da Constituição Federal; a Segunda, a regra do art. 2º, § 2º, da Lei n. 9.613/98 e o art. 366 do Código de Processo Penal; e, finalmente, uma terceira situação, em que se relacionam as regras

“...há saídas para se combater os delitos de lavagem de dinheiro sem que seja imprescindível a mitigação da garantia constitucional – cabe a todos pensar em mecanismos rigorosos e efetivos de fiscalização, por exemplo, das movimentações financeiras, controle sobre as rendas, enfim...”

do art. 2º, § 2º, e art. 4º, §3º, ambos da Lei n. 9.613/98.

A doutrina tradicional trataria do tema nos seguintes termos: segundo NORBERTO BOBBIO, pode-se definir antinomia jurídica “como aquela situação que se verifica entre duas regras incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e que tenham o mesmo âmbito de validade”³¹. Por regras incompatíveis, por sua vez, deve-se entender aquelas que não podem ser, ao mesmo tempo, verdadeiras, o que ocorrerá em três situações: a) quando uma regra comanda a realização de um determinado comportamento e a outra o proíbe; b) quando uma regra comanda a realização de um determinado comportamento e a outra permite que se não o faça; c) quando uma regra proíbe um determinado comportamento e a outra o permite. E, para solucionar as antinomias, o sistema jurídico estabeleceu três critérios: 1) hierárquico – *lex superior derogat inferiori*; 2) cronológico – *lex posterior derogat priori*; c) da especialidade – *lex specialis derogat generalis*. Há, todavia, casos em que esses critérios enumerados não são capazes de dar uma solução ao problema, ou porque são insuficientes (hipóteses de leis contemporâneas, de mesma hierarquia, ambas gerais ou ambas especiais), ou porque se colidem frontalmente, casos em que a utilização de um ou de outro surtirá efeitos contrários³². Assim, toda uma análise “técnica” poderia ser feita a partir dos três critérios determinados para a solução das antinomias apontadas. Toda ela, no entanto, falaciosa, porque desconsidera a subjetividade daquele que está a interpretar a lei.

Já há algum tempo, porém, essa visão tradicional da interpretação e aplicação das leis tem sido questionada e por muitos, felizmente, abandonada. Todos os envolvidos na relação processual trabalham com a sua interpretação das leis, que vai, certamente, muito além da vontade do legislador ou da vontade da lei (esta, aliás, sequer tem vontade). Na verdade, o ato de interpretar depende da pré-compreensão que cada um tem do mundo, em todos os sentidos. É isso que vai determinar a escolha pelo sentido daquele significante descrito no texto gráfico da lei. Por isso, exige, certamente, uma postura determinada do operador, seja ele membro do Ministério Público, Advogado ou Magistrado. E é aqui que se encontra o fundamento da solução para o problema levantado no início do trabalho: qual escolha deve ser feita? Vai depender do compromisso de cada um: se com a democracia, certamente a escolha é pela inconstitucionalidade do art. 2º, §2º, da Lei 9.613/98. E o juiz, como o garantidor maior da democracia, não deveria jamais ter outra postura!

Ademais, além de sua situação inconstitucional, outra questão poderia ser aventada, caso se entendesse constitucional o referido parágrafo do art. 2º: no caso de não se aplicar a regra do art. 366, como “quer” a lei especial, que regra seria aplicada em seu lugar, sendo vedada, de regra, a repristinação no sistema brasileiro e sendo a lei omissa quanto ao tema? Esqueceu-se (ou melhor, não se ateve) o legislador a tal problema, não apresentando a solução a ser então utilizada nos processos por crimes de lavagem de dinheiro. Há um anteprojeto de lei apresentado pelo Ministro da Justiça, em 24/08/2005, ao Presidente da República, chamado Anteprojeto Encla³³, que, dentre outras reformas na Lei 9.613/98, propõe a alteração dos arts. 2º, §2º e art. 4º, §3º, ora questionados, nos seguintes termos:

“Art. 2º. (...)

§2º. No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal, devendo o acusado revelar ser citado por edital e prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo”.

E ainda:

“Art. 4º. (...)

§3º. Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou da interposta pessoa a que se refere o caput do art. 4º, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no §1º.

Se aprovado pelo Congresso Nacional, certamente a Lei deixa, neste aspecto, de conter contradições, mas não deixa, ainda, de ser inconstitucional, pelas mesmas razões antes apontadas.

6. Conclusões

Como visto, o devido processo legal é garantia absoluta de todo cidadão, garantida expressamente pelo texto constitucional e pactos internacionais ratificados pelo Brasil. Durante séculos se lutou para que a todos fosse garantido um julgamento justo, às limpas, mediante a realização de um processo correto, em que estivesse sempre presente o direito absoluto de se defender das acusações feitas. O devido processo legal, assim como o contraditório e a ampla defesa, dentre várias outras garantias, tornaram-se valores absolutos e inquestionáveis em muitos ordenamentos jurídicos. No Brasil, especialmente com a Constituição de 1988.

E, com vistas sempre a um processo melhor, o que se tem defendido durante muitos anos é o fim da citação por edital no processo penal: não é possível conciliar o desenvolvimento de um devido processo penal com a citação ficta do acusado. No entanto, ao menos entrou em vigor a Lei n. 9271/96, que alterou a redação do art. 366 do CPP, determinando que os processos em que o acusado citado por edital não comparece e tampouco constituiu advogado deve ser suspenso até que consiga ser localizado, e também o prazo prescricional (embora, como dito, em verdade perdeu-se boa oportunidade de acabar em definitivo com a citação por edital no processo penal). Houve, então, um certo avanço legislativo com objetivo de fazer valer a garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).

E o art. 2º, §2º, da Lei n. 9.613/98 apresenta diversos “pecados legislativos”. É um dispositivo com uma série de falhas na técnica de elaboração legal, que parte de errôneos pressupostos e, o mais grave, atropela direitos e garantias constitucionais.

O combate à criminalidade organizada não pode significar a manutenção de um processo ditatorial (embora, sabe-se, o processo penal brasileiro segue sendo de feição inquisitória³⁴). Combater os “chefões” do crime organizado, em especial narcotraficantes, não pode se dar ao atropelo da lei e da Constituição. Seria tão paradoxal quanto a “Guerra contra o Terror” do governo americano.

Como dito, a supressão da aplicação do art. 366 do CPP nos casos da Lei n. 9.613/98 implica, necessariamente, ofensa ao devido processo legal, pois não há outra forma de se garantir ao acusado que tenha conhecimento da acusação senão através de

sua citação pessoal. Por outro lado, há saídas para se combater os delitos de lavagem de dinheiro sem que seja imprescindível a mitigação da garantia constitucional – cabe a todos pensar em mecanismos rigorosos e efetivos de fiscalização, por exemplo, das movimentações financeiras, controle sobre as rendas, enfim...

É inaceitável ceder em matéria de garantias fundamentais. Aqui deve-se ser radical, sempre. Se hoje se aceita a não-aplicação do art. 366 do CPP nos casos da Lei n. 9.613/98, amanhã essa restrição será aplicada também nas hipóteses de crimes hediondos – muitos pensarão: “afinal de contas, crimes hediondos são mais graves do que a lavagem de dinheiro...” – e depois de amanhã, nas hipóteses de crime contra o sistema financeiro nacional, e assim por diante, até que se decida, de vez, que em todos os casos penais não terá mais aplicação o art. 366 do CPP, o que é absolutamente inadmissível! Como diz Roberto Podval, ao analisar o art. 366 do CPP em face da Lei n. 9.613/98: “*Ora, se a norma está amparada em preceito constitucional, como é possível abrir mão da mesma em função da gravidade do delito praticado? Ou bem a norma está fundamentada em preceito constitucional e, portanto, deve necessariamente ser aplicada, ou não e, portanto, não haveria razão que justificasse sua existência*”³⁵.

Cabe aos operadores, então, optar, de uma vez por todas, pela democracia, inclusive processual, fazendo dos valores democráticos a sua pauta de conduta diária, de atos diários, e não apenas seu discurso.

■ Notas ■

¹ Para uma mais detalhada visão histórica, ver, por exemplo: LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: SAFE, 1999; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989, dentre outros.

² NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.25

³ Embora de absoluta relevância e interesse, restringe-se a análise da Magna Carta apenas ao exame da dimensão histórica da garantia do devido processo legal. dLIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: SAFE, 1999.

⁴ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

⁵ “Section. 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws...”.

⁷ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 32.

⁸ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo..., p. 187.

⁹ NERY JR., Nelson. Princípios ..., p. 29.

¹⁰ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 18.

¹¹ NERY JR., Nelson. Princípios..., p. 37.

¹² TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Devido processo...,

p. 18-19.

¹³ NERY JR., Nelson. Princípios..., p. 36-37.

¹⁴ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Devido processo..., p. 20.

¹⁵ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 177.

¹⁶ TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. A revelia e a suspensão do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 09.

¹⁷ São 4 hipóteses de citação via edital: “a) quando o réu não for encontrado (art. 361 do CPP); b) quando se verificar que o mesmo se oculta para não ser citado (art. 362 do CPP); c) quando inacessível, em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu (art. 363, I, do CPP); d) quando incerta (rectius, quando não conhecido o nome) a pessoa a ser citada (art. 363, I, do CPP)”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 110-111).

¹⁸ Os requisitos do edital estão expressamente previstos no art. 365 do CPP, devendo serem observadas, ainda, quanto à matéria, as Súmulas n. 351 e 366 do STF.

¹⁹ Lembrando que a revelia não se origina apenas da citação por edital, mas de qualquer espécie de citação, desde que o acusado não compareça ao interrogatório.

²⁰ Com exceção, claro, do rito do Júri, em que o processo fica suspenso até que o acusado seja devidamente intimado da sentença de pronúncia (art. 413 do CPP).

²¹ “Art. 14, n. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, pelo menos, as seguintes garantias: a) ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) de dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; (...) d) de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim o exija, de ter um defensor designado ex officio gratuitamente, se não tiver meios de remunerá-lo”.

²² “Art. 8º. Garantias Judiciais. (...) §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: (...) b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”.

²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A suspensão do processo penal pelo não-acolhimento da citação por edital. Enfoque Jurídico, Brasília, n. 03, p. 6-7, outubro de 1996.

²⁴ TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. A revelia e ... , p. 15-16.

²⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. Anais do I Encontro do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, 2001.

²⁶ Apud SOUZA NETTO, José Laurindo. Lavagem de dinheiro: comentários à Lei 9.613/98. Curitiba: Juruá, 1999, p. 122.

²⁷ BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 84/85.

²⁸ Observe-se que após a EC45/04, que inseriu o §3º no art. 5º da CR, parece resolvido, por ora, embora contestável, que somente os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos, serão equivalentes a regras constitucionais. E tal regra tem eficácia ex nunc.

²⁹ MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 125.

³⁰ Apud SOUZA NETTO, José Laurindo ... p. 122.

³¹ BOBBIO, Norberto. Teoria generale del diritto. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 215. [tradução livre].

³² Para uma leitura mais aprofundada sobre a questão das antinomias, ver, por todos: BOBBIO, Norberto. Teoria generale del diritto. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

³³ ENCLA é a sigla representativa da Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro, criada em 2003, coordenada pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), ambos ligados ao Ministério da Justiça. Para maiores informações, acessar o site: www.mj.gov.br/drci.

³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito. Curitiba: Ed. UFPR, a. 30, n. 30, 1998, p. 165-167.

³⁵ PODVAL, Roberto. In FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7 ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 2103.

■ Referências bibliográficas ■

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A suspensão do processo penal pelo não-acolhimento da citação por edital**. Enfoque Jurídico, Brasília, n. 03, p. 6-7, outubro de 1996.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito. Curitiba: Ed. UFPR, a. 30, n. 30, 1998, p. 165-167.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Anais do I Encontro do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, 2001.

_____. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PODVAL, Roberto. In FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7 ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Lavagem de dinheiro: comentários à Lei 9.613/98**. Curitiba: Juruá, 1999.

TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. **A revelia e a suspensão do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

■ Jurisdição e o Arquivamento de Inquéritos Policiais ■

Ricardo Ribeiro Campos

Juiz Federal no Estado do Ceará / Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará

Entende-se por jurisdição o poder estatal de aplicar, de modo coercitivo e em última instância¹, a norma jurídica interpretada à situação concreta. Para Enrico Tullio Liebman, seria a jurisdição a “atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”². Na doutrina processual penal, é possível citar os conceitos ofertados por Rogério Lauria Tucci, segundo o qual a jurisdição consistiria na “atividade desenvolvida por órgãos do Poder Judiciário, com a finalidade de declarar o direito aplicável a um caso concreto, e de praticizar, quando necessário, tal declaração”³, e por José Frederico Marques, que, de modo sintético, considerava a jurisdição a “função estatal de aplicar as normas da ordem jurídica a uma pretensão”⁴.

A doutrina de um modo geral converge ao entendimento que, embora seja sua função precípua, o exercício da função jurisdicional não é de exclusividade do Poder Judiciário. Menciona-se, desse modo, a atribuição constitucional do Poder Legislativo de julgar agentes públicos nos crimes de responsabilidade⁵ (arts. 52, I e II, e 55, I, CF). Há, porém, uma outra situação que, apesar da importância prática, ainda não mereceu atenção: quando solicita o arquivamento de inquérito policial, exerce o Ministério Público função jurisdicional?

Como se sabe, segundo a sistemática processual penal ora vigente, uma vez recebidos pelo membro do Ministério Público o inquérito policial ou quaisquer peças de informação, abre-se-lhe a oportunidade de requerer o seu arquivamento, que pode

fundamentar-se: a) na falta de base probatória para a formação da *opinio delicti*; b) na ausência de pressuposto processual ou de condição objetiva de punibilidade; c) na atipicidade da conduta investigada ou na caracterização de causa excludente da ilicitude; d) na extinção da punibilidade. As três últimas hipóteses correspondem basicamente ao que está previsto no art. 43 do Código de Processo Penal. Ainda que o magistrado discorde do requerimento, a última manifestação sobre a iniciativa da ação penal será da própria instituição do Ministério Público, por força do art. 129, I, da Constituição Federal. É possível, em algumas situações, que o pedido de arquivamento seja submetido a controle interno do próprio Ministério Público. Assim, no âmbito da Justiça Estadual de 1º grau, a análise caberá ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28, CPP); nos Tribunais de Justiça, o “legítimo interessado” poderá provocar o Colégio de Procuradores de Justiça (art. 12, XI, Lei 8.6325/1993); perante a Justiça Federal de 1º e de 2º grau, compete à Câmara de Coordenação e Revisão manifestar-se sobre o arquivamento (art. 62, IV, Lei Complementar 75/1993)⁶; no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não se prevê o controle interno do Ministério Público quanto aos pedidos de arquivamento de inquéritos policiais.

Deparando-se, portanto, o magistrado com pedido *imutável* de arquivamento de inquérito policial - seja porque a instância interna de controle do Ministério Público corroborou a manifestação inicial, seja porque inexistente na hipótese controle interno -, como deverá proceder?

Conforme já se observou, é inquestionável que, diante do art. 129, I, da Constituição Federal, a ação penal não poderá ser iniciada. Mas qual a decisão a ser proferida pelo juiz para concretizar o arquivamento? Ou ainda, deverá proferir alguma decisão? Encontramos na doutrina a opinião de que caberá no caso simples decisão administrativa do magistrado⁷. De modo diverso, Eugênio Pacelli de Oliveira pondera que há decisão judicial que “gera direito subjetivo ao investigado, em face da Administração Pública, na medida em que a reabertura das investigações está condicionada ou subordinada à existência de determinado fato e/ou situação concreta”⁸. É raro encontrar-se nos manuais a diferenciação das hipóteses em que motivado o arquivamento⁹, distinção que foi definida, entretanto, pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, assentou o Supremo Tribunal Federal que é compulsório o pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral da República com fundamento na ausência de elementos informativos para a denúncia; por outro lado, decidiu que o pedido que se lastreia na atipicidade do fato ou na extinção da sua punibilidade – dados os seus efeitos de coisa julgada material – há de ser objeto de decisão jurisdicional do órgão judicial competente¹⁰. Didática a lição consignada na ementa relativa ao HC 80.560/GO, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence: “A eficácia preclusiva da decisão que defere o arquivamento do inquérito policial, a pedido do Ministério Público, é similar à daquela que rejeita a denúncia

e, como a última, se determina em função dos seus motivos determinantes, impedindo - se fundada na atipicidade do fato - a propositura ulterior da ação penal, ainda quando a denúncia se pretenda alicerçada em novos elementos de prova. Recebido o inquérito - ou, na espécie, o Termo Circunstanciado de Ocorrência - tem sempre o Promotor a alternativa de requisitar o prosseguimento das investigações, se entende que delas possa resultar a apuração de elementos que dêem configuração típica ao fato (C.Pr.Penal, art. 16; L. 9.099/95, art. 77, § 2º). Mas, ainda que os entenda insuficientes para a denúncia e opte pelo pedido de arquivamento, acolhido pelo Juiz, o desarquivamento será possível nos termos do art. 18 da lei processual. O contrário sucede se o Promotor e o Juiz acordam em que o fato está suficientemente apurado, mas não constitui crime. Aí - a exemplo do que sucede com a rejeição da denúncia, na hipótese do art. 43, I, C.Pr.Penal - a decisão de arquivamento do inquérito é definitiva e inibe que sobre o mesmo episódio se venha a instaurar ação penal, não importa que outros elementos de prova venham a surgir posteriormente ou que erros de fato ou de direito hajam induzido ao juízo de atipicidade”.

Voltemos ao questionamento formulado no início desse estudo, considerando agora a distinção fixada pelo Supremo Tribunal Federal: se requerido pelo Ministério Público o arquivamento do

inquérito com fundamento na atipicidade da conduta¹¹, estará ele exercendo função jurisdicional? Esse questionamento se impõe por diversas razões. Primeiramente, diante do confronto do conceito de jurisdição - como função estatal de aplicação do direito à situação concreta em última instância - com a constatação de que o magistrado, na espécie, “está obrigado a atender” ao requerimento. Assim, se é obrigatório o atendimento do pedido de arquivamento, em última análise seria o membro do Ministério Público que estaria

a definir qual o direito aplicável ao caso. Em segundo lugar, em virtude da enorme relevância prática do fundamento pelo qual o inquérito foi arquivado, como a possibilidade de ser *desarquivado* o procedimento e posteriormente proposta a ação penal.

Não temos conhecimento de hipótese em que o Supremo Tribunal Federal rejeitou o reconhecimento da atipicidade da conduta conforme pugnado pelo Procurador-Geral da República. Recorde-se: diante da independência do Ministério Público, é esta instituição que detém a privatividade do exercício da ação penal (art. 129, I, CF), não existindo meio legal de superar a sua recusa na propositura da ação penal, salvo a hipótese da ação penal privada subsidiária (art. 5º, LIX, CF), que não é admitida, porém, quando formulado o pedido de arquivamento pelo *Parquet* (v. STF, HC 70.029/CE, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.08.1993).

Para o correto deslinde da problemática levantada, é indispensável responder à seguinte pergunta: está o magistrado realmente obrigado a atender ao pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público? A resposta é positiva. Se o Ministério Público é o titular privativo da iniciativa da ação penal e se a jurisprudência fixou a exegese do não cabimento, na espécie, de

“...como não existe vinculação do magistrado ao fundamento do pedido de arquivamento proposto pelo Ministério Público, não há que se falar na hipótese em exercício de função jurisdicional por parte deste.”

ação privada subsidiária, outra solução não resta senão a de ser obrigatório o arquivamento. Daí não decorre, entretanto, que estará o juiz vinculado ao fundamento do pedido de arquivamento. Com efeito, atribuiu-se ao Ministério Público unicamente a função institucional de “promover, privativamente, a ação penal pública” (art. 129, I, CF), ou seja, compete-lhe com exclusividade decidir se propõe ou não a ação penal pública. Não existe porém, seja no texto constitucional seja a nível legal, autorização para decidir o direito aplicável ao caso concreto em última instância, isto é, exercer função jurisdicional. Deve-se lembrar que é implícito no direito constitucional o princípio da vedação de delegação de poder, salvo situações expressas na Constituição¹². A atividade de *jus dicere* é reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário.

Assim sendo, como não existe vinculação do magistrado ao fundamento do pedido de arquivamento proposto pelo Ministério Público, não há que se falar na hipótese em exercício de função jurisdicional por parte deste. Diante do disposto no art. 129, I, da Constituição da República e do art. 28, do Código de Processo Penal, creio que o desenlace à questão suscitada deve ser o arquivamento sem a decretação da extinção da punibilidade ou, conforme o caso, sem pronunciamento da atipicidade do fato. O fundamento seria a ausência de interesse de agir. Subsistiria, portanto, a possibilidade de incidirem os efeitos que decorreriam se o inquérito tivesse sido arquivado com base na ausência de provas. Assim, como não existirá coisa julgada material, será possível o próprio desarquivamento do inquérito se surgirem novas provas, por aplicação analógica do art. 18 do Código de Processo Penal. A esse preceito deve-se conjugar, em aplicação analógica, o teor do Enunciado n. 524 da Súmula do Supremo Tribunal Federal¹³, ou seja, na hipótese em questão só seria possível o desarquivamento se houver alguma mudança relevante em relação aos fundamentos jurídicos que levaram ao arquivamento (ex.: alteração de jurisprudência em virtude de pronunciamento superveniente de tribunais superiores; decisões em processos de controle de constitucionalidade etc.). Com isso evita-se que o desarquivamento se sujeite a uma condição potestativa, a mudança de opinião do órgão de execução do Ministério Público.

■ Notas ■

¹ O estudo da jurisdição partindo da característica de tutela do direito em última instância é objeto de preciosas considerações do Professor José de Albuquerque Rocha, da Universidade Federal do Ceará, no seu valioso *Teoria Geral do Processo*, p. 83 e segs. Para ele, a jurisdição consiste na “função de atuação terminal do direito exercida pelos órgãos do Poder Judiciário independentes e imparciais, compondo conflitos de interesses mediante a aplicação da lei através do devido processo legal” (p. 86).

² Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, p. 23.

³ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, p. 20.

⁴ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, v. 1, p. 192.

⁵ Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, p. 376. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 157.

⁶ À margem da lei, visto como o art. 28 do CPP alberga expressamente “quaisquer peças de informação”, a Resolução 77, de 14.09.2004, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, que criou um “procedimento investigatório criminal”, afastou manifestação judicial no caso do seu arquivamento (cf. art. 14, § 2º: “Os autos do procedimento investigatório criminal ou das peças informativas arquivadas serão remetidos, no prazo de 05 (cinco) dias, à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.”)

⁷ Denílson Feitosa Pacheco, *Direito processual penal*, p. 231.

⁸ Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de processo penal*, p. 32-33.

⁹ A exceção fica por conta de José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, vol. 2, p. 206-207; de Luciano Feldens e Andrei Zenkener Schmidt, *Investigação criminal e ação penal*, p. 62-64; e de Julio Fabbrini Mirabete, *Processo penal*, p. 98-99.

¹⁰ HC 80.560/GO, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.02.2001; Inq.-QO 1.538/PR, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.09.2001; Inq.-QO 1.443/SP, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05.10.2001; Inq.-QO 2.004/MG, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.10.2004; Pet.-QO 3.197/SP, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.04.2005; Pet 3297/MG, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 17.02.2006.

¹¹ Embora não referido nos julgados do Supremo Tribunal Federal, deve-se acrescentar o pedido de arquivamento por se entender presente causa excludente da ilicitude ou causa extintiva da punibilidade. Nos outros casos (ex.: ausência de provas para a formação da *opinio delicti*), o questionamento não se apresenta já que inexistente, a rigor, a aplicação de uma norma jurídica interpretada ao caso concreto, salvo de natureza procedimental.

¹² José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, p. 45.

¹³ “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.”

■ Referências bibliográficas ■

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkener. *Investigação criminal e ação penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução por Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, vol. 1, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2 ed. Campinas: Millennium, 2000, vol. 2.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: RT, 2002.