

# REFLEXÃO TEÓRICA SOBRE PROCESSO PENAL (\*)

Afranio Silva Jardim

## Sumário

- 1) *Introdução. Teoria Unitária do Processo*
- 2) *Objeto e Conteúdo do Processo Penal*
  - 2.1. *Distinção*
  - 2.2. *A lide como categoria acidental do processo penal*
  - 2.3. *A pretensão como categoria essencial ao processo penal*
- 3) *Conceito e Função do Processo Penal*
  - 3.1. *Conceito de processo penal*
  - 3.2. *Processo e procedimento: distinção*
  - 3.3. *A satisfação da pretensão como função do processo penal*
- 4) *Natureza Jurídica do Processo*
  - 4.1. *Teorias privatísticas sobre a natureza do processo*
  - 4.2. *Teorias modernas sobre a natureza do processo*
  - 4.3. *O processo como categoria autônoma de direito*
- 5) *A Pretensão no Processo Penal de Conhecimento*
  - 5.1. *A pretensão penal condenatória*
  - 5.2. *A pretensão penal não condenatória*
- 6) *A Pretensão no Processo Penal Cautelar e no de Execução*
- 7) *Princípios Fundamentais do Processo Penal*
  - 7.1. *A influência da ideologia sobre o processo*
  - 7.2. *Princípios informativos do processo penal*
- 8) *A Estrutura do Processo Penal Brasileiro*
  - 8.1. *A evolução do processo penal acusatório individualista para a publicização estrutural do processo penal moderno*
  - 8.2. *O sistema acusatório no processo penal brasileiro*

(\*) Trabalho apresentado e premiado no V Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro — Friburgo, outubro de 1984.

## I — Introdução. Teoria Unitária do Processo

Pouca resistência ainda se encontra, em sede doutrinária, à concepção unitária do processo. Mais do que uma necessidade metodológica para o estudo dos vários ramos do Direito Processual, a teoria geral do processo é uma consequência inarredável do estudo sistemático das diversas categorias processuais.

A clara tendência de publicização do processo civil<sup>(1)</sup> e o despertar para o estudo científico do processo penal tornam insustentável a posição de *Guarneri* e *Albuquerque Prado*<sup>(2)</sup>. Os obstáculos que se apresentavam no processo penal à teoria unitária foram, satisfatoriamente, ultrapassados ao elevar-se a pretensão à categoria essencial do processo, bem como ao detectar-se, dentro do processo penal de conhecimento, pretensões não condenatórias, conforme se verá adiante. A sistematização do processo penal sob o prisma acusatório também facilitou, em muito, a formulação de uma teoria geral. São de *Jaime Guasp* as seguintes palavras:

*"La pluralidad de tipos procesales señalados no destruy, sin embargo, la unidad conceptual de la figura procesal, la cual, fundamentalmente, sigue siendo idéntica en cada una de sus ramas."*

*"Existe, pues una verdadera unidad fundamental del proceso. Todos sus tipos responden al mismo concepto."*

*"Se ha discutido mucho, no obstante, en torno a la unidad de los tipos procesales civil y penal. Realmente, si se partiera para definir el proceso de la idea del conflicto o de la actuación del derecho (sobre todo del derecho subjetivo), la unificación resultaría difícil. Pero, no así arrando de la idea satisfacción de pretensiones, la cual existe con el mismo carácter en el proceso civil y en el proceso penal"*<sup>(3)</sup>.

Certo que a natureza pública ou privada da pretensão acarreta peculiaridades ao processo penal e ao processo civil, mormente em face do chamado princípio da verdade real ou material que informa o primeiro. Não menos certo é, entretanto, que tais peculiaridades não chegam a afetar a ontologia do processo, chegando tão-somente às portas de sua estrutura formal. Por outro lado, não se deve esquecer que o Direito Processual Civil abriga formas inquisitivas<sup>(4)</sup> e busca a verdade com mais veemência quando o conteúdo do processo civil é a afirmação de uma relação material indisponível, mesmo em face da inércia ou contra a vontade das partes. Veja-se a regra do art. 82, inc. II, *in fine*, do Código de Processo Civil.

Com inteira razão o professor *Frederico Marques* quando afirma que "o processo, como instrumento compositivo de litígio, é um só, quer se trate de uma lide penal, quer quando focalize uma lide não

penal. Instrumento da atividade jurisdicional do Estado, o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da justiça civil para aquele da justiça penal. Direito Processual Civil e Direito Processual Penal são divisões de um mesmo ramo da Ciência do Direito, que é o Direito Processual. E isto porque o processo, em sua essência, é um só, tanto na jurisdição civil como na jurisdição penal"<sup>(5)</sup>.

Desta forma, torna-se até mesmo difícil estudar o processo penal separadamente, ficando bastante estreito o campo para uma teoria geral exclusiva do processo penal, senão inteiramente dispensável. Não é por outra razão que as categorias processuais a seguir examinadas são comuns às diversas espécies de processo e que, quase tudo o que se dirá em relação ao processo penal, tem inteiro cabimento ao processo civil ou do trabalho, *mutatis mutandis*.

## 2 — Objeto e Conteúdo do Processo Penal

### 2.1. Distinção

Em face da diversidade conceitual e mesmo semântica existente na literatura processual, torna-se imperioso que façamos a distinção entre objeto e conteúdo do processo penal, explicitando, assim, as categorias com que se vai trabalhar.

Autores há que identificam os dois conceitos, conforme se constata do seguinte trecho: "conteúdo e objeto do processo é a lide que nele deve ficar solucionada e resolvida"<sup>(6)</sup>.

Somos não se confundirem tais categorias processuais. O objeto há de ser compreendido como "o ponto de convergência de uma atividade" e o conteúdo deve ser "aquilo que se contém nalguma coisa"<sup>(7)</sup>.

Neste sentido, funciona o pedido do autor como o objeto do processo, sendo uma manifestação de vontade dirigida à autoridade judiciária, requerendo uma atividade determinada, conforme magistério de *Enrico Liebman*. Todo o desenvolvimento do processo consiste em dar ao pedido o devido seguimento<sup>(8)</sup>.

Através do pedido, procura o autor fazer valer a sua pretensão, sujeitando o réu ao processo. Exige o autor a prevalência de seu interesse, funcionando o pedido como exteriorização de uma determinada pretensão, cujos contornos são delimitados pela imputação ou causa de pedir.

Por outro lado, diverso é o conteúdo do processo, ou seja, aquilo que nele se contém. Sob o aspecto formal, o conteúdo do processo é o conjunto dos atos processuais (postulatórios, instrutórios e decisórios), através dos quais a relação processual se desenvolve, criando faculdades, poderes, sujeições, direitos, deveres e ônus para os diversos sujeitos processuais.

Sob o aspecto substancial, o conteúdo do processo é a afirmação do autor de inexistência (ação declaratória) ou existência de uma relação jurídica material, sobre a qual, via de regra, surge uma controvérsia a ser dirimida pelo juiz.

Note-se que nem sempre existirá uma relação jurídica de direito material controvertida no processo. Ela pode não existir. Em existindo, pode não se tornar controvertida. Entretanto, sempre haverá uma afirmação por parte do autor sobre a titularidade de uma relação jurídica ou afirmação de inexistência de qualquer relação material entre as partes. Esta afirmação é que compõe o conteúdo substancial do processo.

## 2.2. A lide como categoria accidental do processo penal

Como se sabe, a Ciência do Direito constitui-se de categorias abstratas, forjadas pelo pensamento do homem. Uma vez captado o fenômeno jurídico e cunhada a nova categoria, ela deve ser levada a fazer parte da Teoria Geral do Direito, não sem antes proceder-se à sua individualização através da outorga de um "nome". Este, no tráfico jurídico, passa a ser o elemento de referência daquela idéia.

Saliente-se que, inúmeras vezes, por mera divergência semântica, a doutrina tem o seu curso evolutivo dificultado, instalando-se controvérsias onde elas substancialmente não existem ou, ao contrário, atropelando-se dissídios não percebidos.

Desta forma, impõe-se ficar esclarecido que este estudo é construído a partir dos conceitos formulados por *Carnelutti* para a teoria geral do processo, com o novo enfoque de *Jaime Guasp*.

Assim, quando falamos em lide, queremos nos referir ao conflito de interesses qualificados pela pretensão de um sujeito processual e pela resistência de outro. Ademais, tomamos a pretensão como sendo a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio<sup>(9)</sup>. Tal conceito de pretensão não se opõe ao apresentado por *Guasp*<sup>(9)</sup>, mas é por ele complementado.

Partindo destas idéias, a doutrina mais autorizada, na sua grande maioria, sustenta ser a lide o elemento essencial do processo civil. Já no processo penal, diante de perspectivas várias, encontra-se séria resistência à admissão de uma lide penal, circunstância esta que em muito dificultou a formulação de uma teoria geral do processo.

Entretanto, parece-nos que a lide não é essencial ao processo, seja civil, seja penal. Em verdade, casos há em que o conflito de interesses não se faz presente e a existência do processo é indiscutível, até mesmo para declarar esta circunstância. Não se podendo negar a própria realidade, procura-se contornar o problema através de construções artificiosas.

Para um melhor esclarecimento, vamos a alguns dos muitos exemplos que poderiam ser apresentados. Pense-se no réu que, ci-

tado no processo civil, reconhece a procedência do pedido do autor: mesmo sem conflito de interesses, terá havido processo, que será extinto com julgamento de mérito. No processo penal, o réu pode confessar integralmente os fatos que lhe são imputados na denúncia ou queixa e manifestar inequívoco desejo de submeter-se à pena máxima prevista na norma penal incriminadora. Veja-se, neste particular, a sábia lição de *Calamandrei*<sup>(10)</sup>.

Também no processo de execução (civil ou penal) não temos uma lide ou conflito de interesses, mas apenas sujeição do réu. Eventual litígio surgirá em decorrência da ação de embargos (no processo civil) ou dos chamados incidentes da execução (no processo penal). Nestas hipóteses, instaura-se um outro processo de conhecimento, de forma incidental.

Nas chamadas ações constitutivas necessárias, o problema também se coloca, pois autor e réu podem estar integralmente de acordo: anulação de casamento (no processo civil), revisão criminal, reabilitação e alguns casos de *habeas-corpus* (no processo penal).

A toda evidência, nestas hipóteses, há processo e atividade jurisdicional própria. Portanto, processo sem conflito de interesses ou lide.

Não obstante, fecham-se os olhos para esta realidade jurídica. Prefere-se tentar ampliar o conceito de lide, não mais se exigindo resistência à pretensão do autor. Para a existência da lide, seria suficiente que a pretensão se apresentasse como insatisfeita.

Ora, pelo simples fato de haver uma pretensão insatisfeita não se pode afirmar a ocorrência de um real conflito de interesses. Em sendo este, por definição, essencial ao conceito de lide, cai-se numa incoerência incontornável: lide é conflito de interesses, mas também seria pretensão insatisfeita (onde não há conflito necessariamente).

Assim, de duas uma: ou se reformula coerentemente o conceito de lide, ampliando-o, de forma a abranger situações onde não exista o conflito (e o novo conceito passaria a ser inútil), ou trabalha-se com ele até onde seja logicamente possível, desistindo-se da obstinação de sistematizar toda a teoria da jurisdição e do processo à luz do litígio.

Ressalte-se que, a nosso ver, o conceito de lide é mais amplo do que o admitido por alguns autores. Para nós, basta a exteriorização da posição antagônica de interesses no processo para a configuração da lide, sendo irrelevante o fim que move as partes. Haverá lide no processo penal quando o réu se opuser à pretensão do autor, sendo artificial o entendimento de *Carnelutti* de que o Ministério Público manifesta a pretensão punitiva estatal no interesse do réu, daí porque não haveria processo penal contencioso, mas procedimento de jurisdição voluntária<sup>(11)</sup>. Basta pensar-se no pedido de condenação à pena de morte onde ela é admitida (*sic*).

Destarte, poderá ou não haver lide no processo penal, dependendo sempre da reação do réu frente à pretensão do autor, tanto na ação condenatória, quanto nas ações penais não condenatórias.

Não se pode negar que o processo é uma das formas mais comuns e civilizadas de composição de conflitos de interesses. Não obstante, urge admitir que a lide não lhe é essencial, podendo o processo ser concebido sem uma efetiva oposição do réu à pretensão do autor. Neste sentido se manifesta *Piero Calamandrei, in verbis*:

*"Puede haver ejercicio de función jurisdiccional al solo objeto de asegurar la observancia del derecho, aun en cuanto no existe ningún conflicto de intereses entre las partes, las cuales están perfectamente de acuerdo en querer conseguir un cierto efecto jurídico"*<sup>(12)</sup>.

*"La finalidad de la jurisdicción no es verdaderamente la de componer un conflicto de intereses, sino que es solamente de la, exista o no exista el conflicto entre las partes, aplicar la ley penal"*<sup>(13)</sup>.

### 2.3. A pretensão como categoria essencial ao processo penal

Se há processos sem pretensões resistidas (lide), qual é a sua essência jurídica?

Rigorosamente, o que se torna indispensável à existência do processo é a pretensão do autor manifestada em juízo, exteriorizada pelo pedido e delimitada pela causa de pedir ou imputação. Em sentido contrário, sustentando haver sempre no processo penal uma lide, dentre outros, podemos citar *Giovani Leoni, A. Bartoloni Ferro, Frederico Marques e Fernando da Costa Tourinho Filho*<sup>(14)</sup>.

É imperativo, na realidade, que alguém venha ao Poder Judiciário pedir que um determinado interesse venha a prevalecer em detrimento do interesse de outra pessoa. Deduzida a pretensão, que é fato jurídico-processual, através do exercício da ação, teremos, necessariamente, um processo, mesmo que haja reconhecimento formal, por parte do réu, do direito alegado pelo autor. Haverá processo ainda que o réu prove, cabalmente, que sempre desejou adimplir a sua obrigação, tornando o recurso às vias judiciais inteiramente desnecessário. Certo que, em assim ocorrendo, o processo será extinto, mas isto é demonstração de que ele existiu juridicamente. Já no processo penal, a ação condenatória se faz sempre necessária, pelo princípio *nulla poena sine iudicio*.

Assim, parece-nos mais aceitável construir toda a teoria da jurisdição e do processo em torno do conceito de pretensão, que lhe é essencial, consoante reconhecido por *Miguel Fenech e Jesús Gonzáles Péres, dentre outros*<sup>(15)</sup>.

Hélio Tornaghi, já em 1945, através de sua pioneira tese de curso acadêmico sobre a relação processual penal, afirmava haver “casos em que não é fácil encontrar um litígio. O que não é possível é processo sem pretensão. Mesmo no processo civil, a jurisdição nem sempre se destina a compor litígios. Pode haver acordo entre as partes e ser, não obstante, necessária a jurisdição, como nas ações constitutivas”<sup>(16)</sup>.

Precisos são os ensinamentos de *Clemente Diaz* ao asseverar que a controvérsia é tão-somente um elemento possível, mas não essencial, para o exercício da jurisdição contenciosa, podendo existir contenciosidade sem controvérsia ou controvérsia sem contenciosidade. Em seguida, explica o jurista argentino o seu conceito de contenciosidade, vinculando-o à pretensão puramente processual. Vale dizer, a pretensão cria a contenciosidade, sendo a controvérsia algo dispensável, embora provável<sup>(17)</sup>. Ainda em sentido contrário, veja-se *Montero Aroca*<sup>(18)</sup>.

Segundo *Jaime Guasp*, “lo importante para el proceso no es evidentemente el conflicto, que no resulta necesario que exista, sino la reclamación ante el juez, que puede ir o no ligada con aquél”<sup>(19)</sup>. Tal reclamação consubstancia o conceito de pretensão processual, por ser uma declaração de vontade manifestada por uma pessoa em face de outra sobre determinado bem da vida, perante o juiz, concretizada por acontecimentos fáticos que expressamente são afirmados<sup>(20)</sup>.

Curioso é que o próprio *Carnelutti* chegou a constatar o que se vem de sustentar neste trabalho. Interessante a trajetória do grande pensador peninsular sobre o processo penal. Inicialmente, em seu excelente *Sistema de derecho procesal civil*, afirma haver real conflito de interesses no processo penal<sup>(21)</sup>. Posteriormente, nas *Instituciones del proceso civil*, atinge o que chamaríamos de o ponto ótimo do pensamento carnelutiano, pois aceita que a pretensão (não a lide) funcione como categoria indispensável ao processo penal:

“De estas observaciones se infiere que, cuando se trata de aplicación de la sanción penal, la función del proceso es distinta de la función de la composición de la litis; más exactamente, no se trata de la composición de una litis, sino de la verificación de una pretensión, a saber, de la pretensión penal o punitiva, verificación a la cual se debe proceder aunque esa pretensión no encuentre resistencia”<sup>(22)</sup>.

Entretanto, *Carnelutti* fixara-se no concelto de lide para a formulação de sua teoria sobre a jurisdição e o processo, motivo pelo qual, diante do instituto da parte civil no processo penal italiano — ressarcimento do dano *ex delicto* — passou a sustentar o caráter intermédio do processo penal (parte contencioso, parte voluntário),

e, depois, o seu caráter misto. Assevera o mestre que, caso fosse possível cindir o conteúdo penal do civil, não teria dúvida em afirmar que o processo penal seria, genuinamente, um procedimento de jurisdição voluntária, fazendo analogia ao processo civil de interdição, onde não há lide, e sim, mera controvérsia. Reconhecendo não ser possível fazer tal cisão, sustenta:

*“En consideración de esto, al proceso penal se debe reconocer no tanto un carácter intermedio entre o contencioso y lo no contencioso cuanto un carácter mixto del uno y del otro; el mismo es verdaderamente la fusión de un proceso contencioso con un proceso voluntario”<sup>(22)</sup>.*

Desta forma, tivesse *Carnelutti* trabalhado com o conceito de pretensão ao elaborar a sua teoria do processo, não encontraria o mestre as inúmeras dificuldades que encontrou no processo penal, e que também existem no processo civil, com relação à idéia de lide, o que evitaria a constante reformulação de seu pensamento no curso do tempo.

Sistematizada a teoria da jurisdição e do processo sobre o conceito de pretensão, fica mais fácil a delimitação da impropriamente chamada jurisdição voluntária. Se a base indispensável do processo não é mais o conflito de interesses ou lide, a sua detecção, por vezes de grande dificuldade, passa a ser absolutamente despicienda. Somente será procedimento de jurisdição voluntária aquele que não contiver uma pretensão.

### 3 — Conceito e função do processo penal

#### 3.1. Conceito de processo penal

Já agora, diante do que ficou dito acima, podemos conceituar o processo como o conjunto orgânico e teleológico de atos jurídicos necessários ao julgamento ou atendimento prático da pretensão do autor, ou mesmo de sua admissibilidade pelo juiz.

Neste conceito abrangemos tanto o processo de conhecimento e cautelar, como também o processo de execução. O processo será penal de acordo com a natureza da pretensão deduzida em juízo pelo autor (pretensão punitiva ou de liberdade, esta no sentido amplo). Destarte, se o julgamento da pretensão ou de sua admissibilidade se fizer através da aplicação de uma norma penal ou processual penal, tratar-se-á de processo penal. Caso contrário, o processo será civil ou trabalhista.

#### 3.2. Processo e procedimento: distinção

Antes de analisarmos a evolução das teorias que se propunham a esclarecer a natureza jurídica do processo, cumpre afastar a con-

fusão conceitual que existia no século passado, envolvendo a idéia de processo e procedimento. Tal distinção, devida principalmente a *Oscar Bülow*<sup>(24)</sup>, pode ser considerada como o marco final da concepção meramente procedimentalista do direito processual.

Sob o prisma etimológico, o vocábulo processo (*pro caedere* = seguir adiante) traz-nos a idéia de caminhar para frente, de avanço ordenado, daí surgindo a promiscuidade conceitual com o procedimento.

A doutrina já não mais sente dificuldades em distinguir estes dois conceitos, malgrado o Código de Processo Civil de 1939 e o Código de Processo Penal de 1941 se referirem a "Processos Ordinários e Processos Especiais" e a "Processos Ordinários e Processos Sumários", respectivamente.

Consoante vimos acima, o processo é uma seqüência de atos, agrupados de forma orgânica e teleológica, utilizada pelo órgão jurisdicional para o julgamento da pretensão do autor ou de sua admissibilidade. Já o procedimento tem uma noção meramente formal, nada mais sendo que a direção que os atos processuais tomam, ou seja, o rito a ser imprimido aos atos do processo. Em outras palavras, procedimento é uma coordenação sucessiva de atos que exteriorizam o processo.

Como instrumento da função jurisdicional do Estado, processo é conceito exclusivo do Direito Processual. Ressalte-se, entretanto, que a jurisdição voluntária se concretiza, não através do processo, mas sim, por meio de simples procedimento judicial.

Para finalizar, pode-se dizer que o processo cria uma relação entre pessoas (autor, juiz, réu), enquanto o procedimento é uma mera relação entre atos.

### 3.3. *A satisfação da pretensão como função do processo penal*

Sobre a função do processo em geral, duas foram as correntes doutrinárias que disputaram (e ainda disputam) a simpatia e preferência da grande maioria dos autores. Uma, de cunho mais privatístico; outra, que permite seja dado maior caráter público à função jurisdicional e ao processo civil.

A teoria que primeiro agradou aos cultores do direito processual sustenta que a finalidade do processo é tutelar os direitos subjetivos das partes quando violados. No entender desta teoria, o Estado estruturaria toda uma atividade complexa, por si monopolizada, para pôr à disposição dos particulares o exercício da faculdade de invocar a composição coativa de seus conflitos de interesses.

*Chiovenda* e *Calamandrei* concebem função diversa à jurisdição e ao processo. Para estes mestres a sua finalidade é "garantizar la observancia práctica del derecho objetivo", vez que "el Estado defiende con la jurisdicción sua autoridad de legislador"<sup>(25)</sup>.

-Na própria definição de *Leo Rosemberg* está explicitada a função processual de sua preferência. São suas estas palavras: "*la jurisdicción, il amada también de función de justicia, poder judicial, es la actividad del Estado dirigida a la realización del ordenamiento jurídico*"<sup>(26)</sup>.

Somos proceder a crítica de *Jaime Guasp* em relação às teorias do conflito e da atuação do direito. A primeira se apresenta materialmente excessiva, porque a real existência de um litígio se revela indiferente para que exista o processo, e formalmente insuficiente porque a existência do conflito não faz nascer, automaticamente, o processo<sup>(27)</sup>. A segunda teoria, inversamente, é materialmente insuficiente e formalmente excessiva, vez que não explica o "fundamento o razón que puede tener una actuación del derecho tan abstractamente considerada" e "*porque no es necesario suponer como forma procesal característica la realización del derecho, ya que hay procesos sin lesión jurídica auténtica y, contrariamente, infracciones del orden jurídico que se remedian sin acudir a la institución procesal*"<sup>(28)</sup>.

Pelo exposto, melhor é reconhecer ao processo, especialmente ao penal, a função de satisfazer pretensões, ou seja, uma construção jurídica destinada a resolver, através do direito, reclamação em juízo de uma pessoa frente a outra. Quando se fala em satisfação de pretensões, é de relevo salientar, trata-se de satisfação no sentido jurídico e não intersociológico, conforme adverte *Guasp*: "*para el derecho una pretensión está satisfecha cuando se la ha recogido, se la ha examinado e se la ha actuado ou se ha denegado su actuación: el demandante cuya demanda es rechazada está jurídicamente tan satisfecho como aquel cuya demanda es acogida*"<sup>(29)</sup>.

Nesta linha de raciocínio, embora com enfoque e abordagens diferentes, é o importante trabalho de *Victor Fairen Guillen*, denominado *El proceso como función de satisfacción jurídica*<sup>(30)</sup>.

Assim, reformulamos, neste particular, o que escrevemos em nossa monografia publicada com o título *Da publicização do processo civil*, em 1982, pela editora *Liber Iuris*.

#### 4 — Natureza jurídica do processo

##### 4.1. Teorias privatísticas sobre a natureza do processo

No direito romano, e mesmo até meados do século XIX, o processo era visto, exclusivamente, sob uma ótica privatística, resultante de uma suposta relação contratual, delineada pela *litis contestatio*, através da qual as partes acordavam submeter a decisão de seus conflitos de interesses a um terceiro. O processo era encarado como um contrato firmado entre as partes.

Tal teoria, a toda evidência, em que pese a existência da *litis contestatio*, era por demais artificial, resultante de uma visão absolu-

tamente individualista imperante na sociedade da época. Não explicava a forma pela qual era decidida a controvérsia, dando exasperado realce ao ajuste das partes em submeter a questão ao árbitro.

Ademais, até mesmo a autonomia da vontade era bastante mitigada na *litis contestatio*, vez que era uma verdadeira imposição legal, já se encontrando, de certa forma, proibida a vingança privada. O recurso à concepção do contrato obrigatório foi mais artificial ainda.

Quando o pretor passou a decidir as pretensões, sentiu-se de forma acentuada e insubsistência da teoria contratualista, impondo aos juristas a procura de outra fonte das obrigações para se ajustar à natureza do processo. Lançou-se mão do que se dispunha na época: o quase-contrato.

Segundo os autores da *Teoria geral do processo*<sup>(31)</sup>, foi um autor francês do século passado (*Arnault de Guényvau*) quem criou a teoria do processo como um quase-contrato, dizendo que, se ele não era um contrato ou delito, só haveria de ser um quase-contrato. "Essa doutrina, porém, partia de erro metodológico fundamental consistente na crença da necessidade de enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias do direito privado"<sup>(32)</sup>.

Esta vetusta teoria conviveu em nossa pátria até o princípio deste século, sendo aceita por Pereira e Souza, Teixeira de Freitas, Barão de Ramalho e, sob certo aspecto, até pelo grande Paula Batista. Em João Monteiro e João Mendes Junior a teoria não merece maior crédito. Note-se que a discussão doutrinária de até poucos anos atrás, a respeito da natureza da hasta pública (contrato forçado) e da concordata (contrato judicial), não deixa de ser um vestígio destas concepções privadas do processo, já absolutamente ultrapassadas.

#### 4.2. Teorias modernas sobre a natureza do processo

Dentre as inúmeras teorias modernas sobre a natureza jurídica do processo, destacaremos duas que se nos apresentam como as de maior ressonância.

Para um estudo detalhado das demais teorias, recomendamos o excelente trabalho do jurista *Alcalá-Zamora y Castilho*, denominado *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso*<sup>(33)</sup>.

a) *Teoria do processo como situação jurídica*: Teve em *James Goldschmidt* o seu idealizador que, aproveitando-se dos conceitos apresentados por *Köhler*, altera a sua abordagem e parte da premissa de que as normas de direito material são concebidas não como regras de conduta, mas como regras de julgamento. Seu ponto de partida é, destarte, o conceito de direito judiciário material.

Para o processualista alemão, os conceitos de direito, sob o aspecto dinâmico-processual, constituem medidas para a decisão judicial, de forma que não estabelecem relações jurídicas, mas re-

presentam uma promessa ou ameaça relativa à conduta do juiz, o qual decide por dever funcional, sem que nisto resida qualquer direito do autor e do réu.

Desde logo, antes mesmo de continuarmos a exposição sucinta da teoria, cabe aqui um reparo. Se é verdade que o juiz decide em razão de uma relação administrativa-funcional com o Estado, não menos verdade é que o Estado, através de seu órgão jurisdicional, tem o dever de prestar jurisdição, consoante prometido na própria Constituição. Diante da teoria do órgão, aceita modernamente, a relação que se instaura entre as partes é com o Estado e não com o juiz. Entre o Estado e juiz existe uma relação interna que não se estende ou diz respeito às partes, pois, segundo feliz expressão de Pontes de Miranda, o órgão "presenta" a pessoa jurídica que por ele se manifesta.

Comparando o processo a uma guerra, observa *Goldschmidt* que em ambos os casos o vencedor desfruta de situações vantajosas pela simples razão da luta e da vitória, não se cogitando de que tivesse direito ou não, anteriormente. Sustentava, outrossim, que, quando o direito assume uma condição dinâmica, circunstância que se apresentava no processo, opera-se uma mutação estrutural do mesmo, pois aquilo que, numa visão estática, era um direito subjetivo, agora se degrada em meras possibilidades, perspectivas e ônus<sup>(34)</sup>.

Dentre muitas, uma das críticas mais contundente à teoria do processo como situação jurídica é aquela que observa que toda a situação de incerteza apontada por *Goldschmidt*, expressa em ônus, perspectivas, expectativas e possibilidades, refere-se à *res in iudicium deducta* e não ao processo em si mesmo. O que estaria posto em dúvida e, talvez não existisse, seria o direito material, não o *iudicium*<sup>(35)</sup>.

A crítica acima delineada foi inicialmente formulada por *Enrico Liebman*, ao dizer que "a conclusão principal de *Goldschmidt* não pode ser aceita, porquanto a situação jurídica tal como ele a configurou não é o processo, e sim o objeto do processo. As perspectivas e expectativas de vitória ou derrota constituem maneira genial de representar o que as partes levam ao processo, pelo que não podem ser o processo em si mesmo. Tendo partido em busca de uma explicação sobre o que seja, em termos jurídicos, o *iudicium*, terminou, no entanto, por brindar-nos com uma teoria sobre a *res in iudicium deducta*, não podendo, assim, pretender substituir, pela sua vez, a doutrina da relação processual que, bem ou mal, vem dando uma resposta à indagação do que seja o processo"<sup>(36)</sup>.

A teoria de *James Goldschmidt*, embora confundindo a relação substancial controvertida com o processo, ou seja, o conteúdo com o continente, deu grandes frutos para a ciência jurídica em geral,

esclarecendo o conceito de situação jurídica, de ônus, de sujeição e chamou a atenção para a importante relação funcional do juiz com o Estado, regida pelo Direito Administrativo.

b) *Teoria do processo como relação jurídica*: Dentre todas as teorias sobre a natureza do processo, a mais aceita pela doutrina moderna é a da relação jurídica, muito embora a sua aceitação, por vezes, decorra mais da inaplicabilidade das outras do que de seus próprios méritos.

Deve-se a *Bülow* a sistematização da teoria da relação jurídica processual, logo aceita por *Adolf Wach* e outros processualistas alemães. Já em 1968, escrevia *Oskar Bülow*: "*Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se há afirmado, también, que el proceso es una relación de derecho y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica*"<sup>(37)</sup>. Logo a seguir, o jurista demonstra que esta relação vinculativa do juiz e das partes é de Direito Público e distinta da relação jurídica material.

É certo que autores alemães, antes de *Bülow*, já haviam se referido ao processo como uma relação jurídica. No entanto, o fizeram de forma superficial e assistemática, mais intuitiva do que consciente. *Bülow* já nos apresenta duas características importantes da relação jurídica processual, quais sejam, a sua progressividade e a sua natureza pública. Note-se, ainda, que ele faz perfeita distinção entre a relação processual e a material, formulação que permitiu a independência científica do Direito Processual.

*Adolfo Schönke* nos diz que "por la presentación de la demanda se origina entre las partes y el Tribunal una relación jurídica, el conjunto de vínculos jurídicos-procesales establecidos por medio del proceso entre el Tribunal y las partes, y entre éstas entre si"<sup>(38)</sup>.

Como se vê, *Adolfo Schönke* é partidário da chamada teoria triangular da relação jurídico-processual, admitindo que o processo vincula as partes diretamente, bem como as partes com o juiz. A doutrina, entretanto, ainda se encontra dividida, pois autores de renome negam a existência de vinculação imediata das partes entre si, sustentando que o liame jurídico se limita à vinculação destas com o Estado (juiz), como parece evidente no processo penal. Em face de uma comparação destas teorias a figuras geométricas, passou-se a chamar de triangular a primeira, e angular a segunda.

Merece, ainda, serem citadas a teoria do processo como instituição, de *Jaime Guasp*<sup>(39)</sup>, e a teoria do processo como entidade jurídica complexa, de *Gaetano Foshini*, o qual, escrevendo sobre o processo penal, assim se expressou "Il processo sotto l'aspetto statico è una situazione giuridica complessa, sotto l'aspetto cinematico è uno atto giuridico complesso, sotto l'aspetto dinamico è un rapporto giuridico complesso"<sup>(40)</sup>.

### 4.3. O processo como categoria autônoma de direito

Diante de tantas teorias (existem dezenas), que procuram demonstrar a natureza jurídica do processo, uma coisa se nos afigura indiscutível: são todas elas fruto de um equívoco metodológico de procurar, a todo custo, enquadrar o processo em uma das categorias de direito conhecidas, ou seja, identificar o processo ao contrato, à instituição, à relação jurídica, etc.

O próprio *Jaime Guasp* não esconde que partiu desta falsa perspectiva: "*Depués del concepto del proceso debe trazerse su naturaleza jurídica, lo cual supone la determinación de la categoría jurídica general a la que el proceso pertenece, esto es, la calificación del proceso dentro del cuadro común de figuras que el derecho conoce*"<sup>(41)</sup>.

*Juan Montero Aroca* deixou consignado em seu livro a utilização deste desvalorado método, assinalando que "*el general la naturaleza del proceso se ha referido a categorías ya existentes, poniendo de manifiesto, una vez más, la juventud del derecho procesal como ciencia jurídica autónoma*"<sup>(42)</sup>.

Por outro lado, com a lucidez que lhe era peculiar, *Eduardo Couture* já acenava com a possibilidade de o processo ser uma categoria jurídica autônoma, muito embora não tenha colhido os frutos de sua aguda percepção: "*El estudio de la naturaleza jurídica del proceso civil consiste, ante todo, en determinar si este fenómeno forma parte de las figuras conocidas del derecho o si por el contrario constituy por sí una categoría especial*"<sup>(43)</sup>.

Após examinar de forma crítica a teoria do processo como função pública ou serviço público de *Jesús González Pérez*, *Juan Montero Aroca* atinge o que julgamos ser o "momento ótimo" da evolução da ciência processual: "*un paso más y se llega a la conclusión de que el proceso constituy una de las categorías generales de la ciencia jurídica, y que por tanto el proceso es el proceso, careciendo de sentido toda referencia a conceptos distintos*"<sup>(44)</sup>.

Esta é a nossa posição. Parcialmente malogradas todas as teorias formuladas, as quais procuram subsumir o processo às categorias de direito conhecidas, cabe aos processualistas um posicionamento corajoso, qual seja, admitir que o processo já foi desvendado, suficientemente, em sua estrutura peculiar, tendo ontologia própria, hábil a concebê-lo como categoria autônoma dentro do quadro da teoria geral do direito.

As diversas teorias serviram para realçar todos os aspectos intrínsecos do processo, examinando-o sob os mais diferentes ângulos. Agora, resta-nos incorporar o processo ao quadro categorial já elaborado, embora não esteja a teoria geral do direito com a sua sistematização definitiva. Uma coisa nos parece certa, "el proceso es el proceso", como deixou dito o processualista espanhol.

Não resta dúvida que a teoria da relação jurídica é de suma importância, mas não deve ser identificada ao processo. Para nós, o processo é, na realidade, a fonte da relação jurídica processual, a sua gênese. São, por assim dizer, dois momentos diversos: o processo (categoria autônoma já conceituada acima) e a relação jurídica que vincula os sujeitos que intervêm no processo. Criador e criação, logicamente, hão de ter ontologia diferente. É até mesmo intuitivo.

Finalizamos este capítulo fazendo nossas as palavras de *Lois Estévez*: "El proceso no necesita fuera de si ninguna teoría explicativa; él solo encierra la suficiente claridad"<sup>(45)</sup>.

## 5. A pretensão no processo penal de conhecimento

### 5.1. A pretensão penal condenatória

A norma penal incriminadora cria para o seu destinatário o dever genérico de praticar determinada conduta ou de abster-se dela. Correlatamente, tem o Estado o poder-dever de exigir dos súditos um comportamento conforme esta norma penal, impedindo, coercitivamente, a prática de infrações, através de seu poder de polícia.

Até então, a rigor, não existe o chamado *ius puniendi* (*rectius*, poder-dever de punir) do Estado. Este surge com o cometimento de uma infração penal "punível".

A punibilidade, a nosso juízo, não é elemento ou requisito da infração penal, devendo ser entendida como a possibilidade de aplicação da sanção penal ao seu sujeito ativo. Crimes há que, enquanto não preenchidas certas condições, não são puníveis.

As condições de punibilidade se diferem das chamadas condições de procedibilidade. As primeiras, por serem pressupostos do poder-dever de punir do Estado, referem-se ao mérito da pretensão punitiva, enquanto as últimas condicionam tão-somente o regular exercício da ação penal.

Assim, o poder-dever de punir do Estado compreende ou pressupõe: a) prática de uma infração penal (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade); b) punibilidade do sujeito ativo da infração.

Conceituação diversa tem a pretensão punitiva, deduzível na ação penal condenatória. Conforme ensinamento de *Carnelutti* acima examinado, trata-se de uma exigência no sentido de que prevaleça o interesse do autor da ação na punição do réu, ordinariamente em detrimento de sua aspiração de manter a liberdade ou, ao menos, o seu estado de inocência. Desta forma, a pretensão punitiva é fato processual, praticado em juízo através do exercício da ação penal condenatória.

No processo penal, a pretensão punitiva é sempre insatisfeita, (o que, por si só, não caracteriza a lide penal), pois a pena não pode

ser aplicada senão através do processo, em decorrência do interesse do próprio Estado de tutelar a liberdade do réu, direito indisponível — *nulla poena sine iudicio*.

Em sendo abstrato o direito de agir, urge que não se vincule o poder-dever de punir do Estado com a pretensão punitiva. São categorias autônomas e distintas. Na ação penal privada, tais categorias têm titulares diferentes. Acresce que o poder-dever de punir pode existir sem que a pretensão punitiva tenha sido deduzida em juízo. Por outro lado, casos há em que o autor da ação penal deduz determinada pretensão punitiva sem que tenha, efetivamente, o alegado direito material, sendo o pedido condenatório julgado improcedente.

Pelo exposto, o poder-dever de punir é condição indispensável para o acolhimento da pretensão punitiva (julgamento favorável). Não obstante, esta pode existir independentemente daquele (julgamento desfavorável).

Assim colocadas as coisas, parece-nos incorreto dizer que a prescrição penal extingue a pretensão punitiva. Na verdade, a prescrição é causa extintiva da punibilidade, fazendo perecer o poder-dever de punir do Estado. Malgrado tal perecimento, muitas vezes a pretensão punitiva é apresentada em juízo, o que acarretará a improcedência do pedido de condenação (mérito do processo penal).

Deste modo, podemos concluir que a pretensão punitiva é categoria de natureza exclusivamente processual, veiculada em juízo através do exercício da ação penal condenatória. Como fato processual, existirá sempre, independentemente do direito alegado pelo autor.

## 5.2. A pretensão penal não condenatória

Pode-se dizer que o entendimento de que no processo penal de conhecimento também existem ações não condenatórias é uma conquista relativamente recente da doutrina processual. Segundo nos informa o professor Frederico Marques, coube a *Eduardo Massari* o tratamento inicial do tema, em monografia publicada com o título *La norme penale*, em data de 1913<sup>(46)</sup>.

Posteriormente, o mesmo *Massari* volta a preocupar-se com a matéria, agora tratando-a com aceitável rigor sistemático, afirmando o que se segue:

*“Da ciò deriva che quella particolare forma di azione, la quale è comunemente designata col nome azione penale, no altro è che la figura de azione penale più importante: quella cioè alla quale, sulla acorta del linguaggio legislativo, si riferisce il linguaggio comune, nella pratica del foro. Ma essa no esclude la esistenza di altre attività, che tendono anch’esse alla instaurazione del processo a scopi diversi dall’accertamento del reato, e sono perciò azione penale vere e proprie.”*

"In relazione a tale molteplicità di scope dell'azione penale, il dibattuto problema sulla unicità o pluralità dell'azione penale non può che risolversi nel senso di riconoscere che l'azione non è già unica ma plurima. E precisamente deve ammettersi che nel processo penale s'incontrano un'azione di condanna, un'azione di accertamento e un'azione costitutiva, nè più nè meno come nel processo civile"<sup>(47)</sup>.

O próprio *Massari*, à luz do direito processual penal italiano, fornece como exemplo de ações penais não condenatórias alguns incidentes de execução, a extradição passiva, a reabilitação e o pedido de declaração de extinção de punibilidade.

Nenhum reparo há que se fazer a esta moderna doutrina, que é hoje majoritária. Entretanto, é procedente a advertência de Frederico Marques de que não se deve transformar em modalidades de ação penal simples incidentes processuais, nascidos no curso do processo. Só se apresenta correto falar em ação quando, com o pedido que nela contém, se instaure uma nova relação processual penal<sup>(48)</sup>.

Diante do nosso direito positivo, forçoso é reconhecer que, além dos exemplos fornecidos por *Massari*, temos ainda a ação penal de *habeas-corporis* e a ação de revisão criminal. Malgrado o código as tenha disciplinado dentro do capítulo dos recursos, não resta dúvida de que são verdadeiras ações penais não condenatórias, pois instauram relação processual diversa, com sujeitos próprios, bem como têm cabimento após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Assim, de acordo com a pretensão manifestada, com o provimento jurisdicional invocado, estas ações terão a natureza constitutiva ou declaratória. Um *habeas-corporis* para anular determinado processo por vício de citação será uma ação penal constitutiva. Se ele for impetrado para o reconhecimento judicial da prescrição, será uma ação declaratória. Terá sempre a natureza de ação penal porque a pretensão será julgada através da aplicação de uma regra jurídica de Direito Penal ou Processual Penal.

Sobre a admissão de pluralidade de ações no processo penal, veja-se, ainda, o interessante trabalho de *Adhemar Raymundo da Silva*, publicado com o nome *Nova concepção do processo penal*<sup>(49)</sup>.

## 6. A pretensão no processo penal cautelar e de execução

Conforme a natureza da pretensão deduzida em juízo, podemos ter ainda três espécies de processo a serem utilizados na atividade jurisdicional: processo de conhecimento (ação penal condenatória, declaratória e constitutiva), processo cautelar e de execução.

Segundo *Tullio Liebman*, a atividade desenvolvida no processo de conhecimento destina-se a "descobrir e formular a regra jurídica

concreta que deve regular o caso". Já, através do processo de execução, "realizam-se operações práticas para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos"<sup>(50)</sup>.

Em verdade, na execução o juiz também desenvolve uma atividade substitutiva à das partes, realizando atos materiais tendentes a tornar efetiva a satisfação prática da pretensão acolhida no processo de conhecimento ou expressa em um título extrajudicial (execução civil), independentemente da vontade do réu, que a tudo fica sujeito. Sobre o caráter jurisdicional da execução civil, importante consultar a tese de Cândido Dinamarco<sup>(51)</sup>.

Mas não são somente estas duas as formas de atuar do Estado no desempenho de sua função jurisdicional. Os processos de conhecimento e de execução podem ter sua eficácia, em casos especiais de urgência, dependente de uma atuação estatal mais célere. "Diante de uma situação contenciosa proveniente de pretensão insatisfeita ou de pretensão contestada, pode haver necessidade de atuação preliminar e rápida dos órgãos jurisdicionais, em processo cautelar, para evitar as conseqüências do *periculum in mora*. Em tal hipótese, funciona a jurisdição em caráter instrumental, pois tem por escopo garantir a eficácia do processo de conhecimento, ou de execução"<sup>(52)</sup>.

Enquanto através do processo de conhecimento e de execução o Estado presta tutela imediata e satisfatória, no processo cautelar procura-se preservar situações, a fim de assegurar a eficácia das providências, quer cognitivas, quer executivas. Sua função é meramente instrumental em relação ao processo de conhecimento ou de execução. Por meio do processo cautelar o Estado exerce uma tutela jurisdicional mediata ou preventiva<sup>(53)</sup>, ou seja, visa tutelar os meios e os fins das outras espécies de processo.

Em sendo única a atividade jurisdicional, não se há porque negar a existência do processo penal cautelar e do processo penal de execução. Tanto a doutrina como o legislador sempre estiveram com os seus olhos voltados, quase que exclusivamente, para o processo penal de conhecimento, ou mais precisamente, para a ação penal condenatória. Por isso mesmo, tem sido lenta a sistematização científica destas duas outras espécies de processo penal.

Evidentemente que as peculiaridades dos diversos ordenamentos jurídicos têm criado sérias dificuldades para uma teoria unitária sobre o processo penal cautelar e de execução. Entretanto, se procurarmos a formulação de um sistema processual mais amplo, não restrito a este ou àquele código, facilmente constataremos a existência destas espécies de processo, que têm ontologia própria e são conseqüências lógicas da teoria geral da jurisdição.

Mesmo diante do Cód. Proc. Penal de 1941, não padece dúvida de que pelo menos a execução da pena de multa tem natureza abso-

lutamente jurisdicional. Isto fica ainda mais patente pelo artigo 164 da nova Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), ao dispor: "Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora".

Com relação à tormentosa discussão sobre a natureza jurisdicional da execução penal da pena privativa de liberdade, recomendamos a consulta aos trabalhos de Albuquerque Prado, Adhemar Raymundo, Ada Pellegrini Grinover e à monografia de *Giulio Cotelani*<sup>(54)</sup>.

Por outro lado, é certo que o nosso código em vigor não disciplinou, autonomamente, o processo penal cautelar. O projeto que se encontra em tramitação no Congresso já abre um título autônomo para as "providências cautelares", reguladas a partir do art. 405. De uma forma ou de outra, é indiscutível a existência de tutela cautelar no nosso sistema. Entretanto, ela é prestada incidentalmente, até mesmo, de ofício, pelo juiz.

Note-se, porém, que tal sistemática decorre, exclusivamente, de uma opção eventual do legislador, nada lhe impedindo que destine um livro próprio no código para disciplinar o processo penal cautelar, com autonomia em relação ao processo de conhecimento.

Assim, no processo penal, exerce o juiz atividade instrumental de natureza cautelar, seja em face de uma pretensão, seja sem qualquer provocação. Embora sem criar relação processual autônoma, mas de forma incidental, existe pretensão cautelar nos casos de requerimento de prisão provisória, de aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, de seqüestro dos bens adquiridos com o provento da infração penal, visando assegurar efeito da sentença penal condenatória e a antecipação de prova testemunhal prevista no artigo 225 do Cód. Proc. Penal de 1941.

Somos que a hipoteca legal do artigo 134 do citado diploma legislativo, bem assim o seqüestro que tem por finalidade assegurar a sua efetivação (art. 136), são medidas cautelares civis indevidamente embutidas no processo penal, vez que têm por escopo garantir o ressarcimento do dano causado pela prática criminosa. Quero crer que, como tal, se encontram revogados pelo Cód. Proc. Civil de 1973 que disciplinou integralmente a matéria em livro próprio.

Sobre o processo penal cautelar, torna-se indispensável a leitura do magnífico livro do professor Romeu de Campos Barros<sup>(55)</sup>.

## 7. Princípios fundamentais do processo penal

### 7.1. A influência da ideologia sobre o processo

O Direito, como manifestação cultural do homem, sofre condicionamentos e reflexos da estrutura econômica e social que o gerou.

Por sua vez, num verdadeiro evoluir dialético, este mesmo Direito vai atuar sobre a sociedade, sofrendo aí novas mutações estruturais, na sua aplicação prática.

Em sendo assim, não poderia o Direito deixar de trazer em seu bojo uma forte carga de ideologia política. Como bem explica a teoria tridimensional do professor Miguel Reale, o Direito se compõe de três elementos — valor, fato e norma —, sendo certo que a correlação entre eles é de natureza funcional e dialética, “dada a implicação-polaridade existente entre o fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante do processo jurídico, numa dialética de implicação e complementariedade”<sup>(56)</sup>.

Destarte, embora em menor escala que o Direito Material, o Direito Processual recebe o fluxo ideológico do sistema, estruturando-se em conformidade com os valores aceitos e cultuados pelo grupo societário. Isto se faz sentir de maneira indelével quando, através de fecunda generalização e abstração, extraímos dos sistemas positivos os seus princípios informadores.

Conforme observa *Jorge W. Peyrano*, “*la elección por parte de un ordenamiento dado de algunos de los términos a que se reduce la nómima de principios generales del proceso civil, depende del clima político-institucional que vive la comunidad respectiva*”<sup>(57)</sup>. A toda evidência, com mais razão ainda, isto vale para o processo penal.

Assim, a eleição por parte do sistema processual penal de um ou outro princípio dependerá do desenvolvimento político e social, dos valores éticos e democráticos cultuados pela sociedade. Por outro lado, sempre haverá uma posição de compromisso entre as idéias em choque, não se encontrando, em sistema jurídico algum, a adoção pura e absoluta de um determinado princípio, pois o seu antitético tem sempre guardada como fator de mitigação do princípio prevalente. Vale dizer, o critério é mais de preponderância do que de exclusividade.

## 7.2. Princípios fundamentais do processo penal

Para o ilustre mestre e magistrado *Eliézer Rosa*, os princípios processuais são idéias diretoras dentro da sistemática dos Códigos de Processo. Eles encarnam o conteúdo de política processual. Assim, o legislador formula o princípio e o situa dentro do código, ou deixa que o intérprete tenha o trabalho de os procurar e determinar, dentro da vasta teoria geral do processo<sup>(58)</sup>.

*Humberto Cuenca* nos diz que a doutrina mais autorizada reconhece que os princípios processuais são extraídos do direito positivo, estando nele consagrados de forma expressa ou implícita<sup>(59)</sup>. Fica, pois, refutada a concepção de *Jaime Guasp* sobre os princípios supralegais de direito processual, baseados no que chamou de “*derecho natural procesal civil*”<sup>(60)</sup>.

Como explica o professor Frederico Marques, o estudo dos princípios do processo se situa no limiar da dogmática processual, ou melhor, nos lindes desta com a zona deontológica em que as normas do direito positivo são examinadas à luz de cânones éticos e políticos <sup>(61)</sup>.

Neste passo, pela própria natureza do trabalho, vamos fazer uma superficial abordagem dos princípios fundamentais que informam o processo penal, numa apertada síntese.

Desde logo esclarecemos que só nos ocuparemos com aqueles princípios que se refiram diretamente ao processo. Vale dizer, não estudaremos os que informam a jurisdição penal, a ação penal, a prova penal, o procedimento, etc.

A nosso juízo, os princípios mais importantes para o processo penal moderno são o da imparcialidade do juiz e o do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios reitores.

Assim, o princípio da demanda ou da iniciativa das partes, próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional restará viciada. O próprio princípio do "juiz natural", relativo à jurisdição, tem como escopo assegurar, adredemente, a imparcialidade dos órgãos jurisdicionais.

A grande dificuldade do processo penal moderno é compatibilizar este indispensável princípio da imparcialidade do juiz com a busca da verdade real ou material, na medida em que a outorga de poderes instrutórios pode, ao menos psicologicamente, atingir a sua necessária neutralidade, conforme adverte *Liebman*<sup>(62)</sup>.

Por este motivo, a tendência é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória, devendo a atividade probatória do juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente, ao atuar das partes.

O princípio do contraditório, com assento constitucional (artigo 153, § 16), atende à estrutura dialética do processo penal acusatório e decorre da concepção liberal de que as partes são sujeitos da relação processual, titulares de direitos, deveres, poderes, sujeições e ônus.

Contraditório, na expressão que já se tornou clássica, é a bilateralidade dos atos processuais. As partes não de ser postas em situação que as habilite a contrastar as afirmações e as provas produzidas, dando ao juiz farto material crítico.

Com a beleza do estilo que lhe era peculiar, dizia *Eduardo Couture* que "a justiça se serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos, chegar à verdade. O eterno vir a ser, dizia *Hegel*, obedece à dialética. Põe-se, opõe-se e compõe-se, num ciclo que presume um começo e que só

o alcança ao final. O todo e suas partes se integram, reciprocamente, no imenso torvelinho. Fora dele, tudo perde o impulso e a vida. Nada é estável. Apenas o torvelinho é permanente”<sup>(63)</sup>.

O princípio da igualdade das partes no processo penal é uma consequência do princípio do contraditório. Este, sem aquele, seria reduzido a uma simples abstração jurídica. Por esta razão, a real garantia do contraditório pressupõe uma igualdade substancial das partes. A igualdade meramente formal das partes acarretará o comprometimento do contraditório.

Cabe ao intérprete e ao aplicador do sistema processual fazer atuar, concretamente, estes princípios, aurindo da regra constitucional, que assegura ampla defesa no processo penal, todas as suas consequências lógicas, mesmo porque, como deixou dito João Mendes de Almeida Junior, “as regras do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais”<sup>(64)</sup>.

Por derradeiro, importa fazer referência aos princípios da publicidade e oralidade. Embora sofra algumas restrições no sistema processual pátrio, a publicidade do processo penal é basilar para garantia daqueles outros princípios que acima destacamos. Ademais, na sociedade democrática, se torna indispensável a fiscalização do povo sobre a atuação do poder público. Já o princípio da oralidade, hoje se apresenta quase como uma utópica aspiração de uma atividade jurisdicional mais célere. A verdadeira sofreguidão de tudo reduzir-se a escrito, numa desmedida ânsia de segurança e culto à forma, tem sacrificado o processo penal moderno, eternizando o seu deslinde e transformando-o em instrumento de verdadeiro empecilho à aplicação do direito. Resta a esperança de que o espírito conservador que reina no foro brasileiro não adultere o procedimento sumariíssimo consagrado no futuro Código de Processo Penal, tal qual foi feito com este rito no processo civil. A volta ao princípio da oralidade, em toda a sua extensão, para nós, é condição *sine qua non* para que se resgate a credibilidade da Justiça Penal em nossa pátria.

## 8 — A estrutura do processo penal brasileiro

### 8.1. A evolução do processo penal acusatório individualista para a publicização estrutural do processo moderno

Pode-se afirmar que, historicamente, todas as categorias básicas do Direito Processual evoluíram de uma visão privatística para concepções publicísticas<sup>(65)</sup>. Pode-se afirmar, outrossim, que foi justamente em face desta evolução que o Direito Processual ganhou autonomia científica, criando objeto, método e princípios próprios.

A trajetória do processo penal é marcante neste particular, pois, de um sistema acusatório rígido e individualista, atingimos uma quase total publicização deste excelente sistema, graças à criação da instituição do Ministério Público.

Originalmente, grosso modo, a acusação penal era privada. Oportorgava-se ao ofendido ou a qualquer pessoa do povo a difícil e árdua tarefa de acusar publicamente aquele que tivesse praticado uma infração penal. O Estado se mostrava absolutamente indiferente com o resultado da batalha processual, que dependia exclusivamente da habilidade, tenacidade ou malícia das partes. O processo era tido como "coisa das partes" (*sache der parteien*), e tinha integral aplicação o adágio latino *iudex secundum allegata et probato partium decidire*.

Não é difícil perceber que tal sistema debilitava em muito a persecução penal, sendo fruto da sociedade liberal e individualista romana. Como toda evolução humana (e mesmo da natureza em geral) se faz através da oposição dos contrários, dialeticamente surgiu, posteriormente, o sistema inquisitorial sob a forte influência do Direito Canônico.

Na verdade, o sistema inquisitorial opõe-se ao sistema acusatório, como conseqüência da própria alteração estrutural da sociedade, encontrando campo fértil na Idade Média.

Percebeu-se que ao Estado — (ou melhor, já agora às instituições então existentes) — tocava, primordialmente, o interesse de combater e reprimir a criminalidade. O particular, quando não se desinteressava, encontrava-se desarmado do instrumental mínimo e necessário para desincumbir-se deste pesado fardo. Passou, então, o juiz a formular a acusação penal e a perquirir a prova. Desaparece o frágil triângulo processual (*actum trium personarum*), formando-se uma relação linear entre o juiz e réu, que passa a ser mero objeto de investigação, pois não se lhe reconhece direito algum no plano do processo — já agora simples procedimento investigatório.

A toda evidência, caiu por terra todo e qualquer resquício da imparcialidade do juiz, o qual partia de um convencimento formado *a priori* e que procurava demonstrar com a posterior prova, basicamente, a confissão. Ao invés de convencer-se através da prova carreada para os autos, inversamente a prova servia para demonstrar o acerto da acusação antes formulada pelo juiz-inquisitor.

Nem mesmo o princípio da prova legal ou tarifada coibiu os abusos, mesmo porque tal princípio veio em sacrifício da verdade material ou real.

O juiz de então, conhecendo o valor preestabelecido para cada prova, utilizando-se de todos os meios para consegui-la, passou a extraí-la por meio de torturas ou recursos à crença religiosa mística.

A confissão fazia prova plena.

Deste modo, para corrigir um erro, incidiu-se em um mal maior, tornando o processo, não um método civilizado de descoberta da verdade e aplicação justa da lei penal, mas sim uma forma de concretização do arbítrio e da opressão.

Era preciso, e também, uma conseqüência natural do evoluir dialético do pensamento humano, chegar-se a um processo que fosse a síntese da forma acusatória individualista e do brutal procedimento inquisitório. Impunha-se a retirada do juiz daquelas funções persecutórias, mas não podia o Estado cruzar os braços no que tange à persecução penal. O Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de forma justa, independentemente da vontade ou interesse das partes privadas. Mas o juiz tinha de ser preservado, em prol de sua imparcialidade e neutralidade.

Conseguiu-se este grande salto de qualidade através da institucionalização do Ministério Público, que pode ser considerado o verdadeiro "ovo de Colombo" para o processo penal que surgiu modernamente.

Com o Ministério Público, assumiu o Estado, definitivamente, a titularidade da *persecutio criminis in iudicio*, sem precisar comprometer a neutralidade judicial. Assim, as três funções processuais são entregues a sujeitos diversos, sem retorno à acusação privada. O processo penal passou a ser ao mesmo tempo um engenhoso instrumento de repressão penal e uma forma de autolimitação do Estado, pelo princípio *nulla poena sine iudicio*.

A moderna estruturação do processo penal permite dizer que, mais do que um sábio método de se descobrir a verdade possível, é ele um meio de garantia e resguardo dos direitos individuais. Tudo sem despir o Estado de sua autoridade de interessado máximo na defesa social. Publicizou-se o sistema acusatório.

Nada obstante, parece-nos que esta festejada síntese não foi alcançada pelo chamado processo penal misto, cujo exemplo mais fiel é o sistema "juizado de instrução". Nele não se retirou do órgão jurisdicional a atividade persecutória preliminar, embora se crie uma fase acusatória para o julgamento. Dispondo de uma instituição como o Ministério Público, não vemos vantagem alguma em colocar o juiz como órgão investigador, em que pese se distinguiem os sistemas legislativos no sentido de criarem mecanismos que procuram manter a indispensável imparcialidade do órgão julgador. Por outro lado, na Itália, principalmente, a Corte Constitucional vem declarando a inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal que negavam a ampla defesa na fase de instrução preliminar, tornando-a, inteiramente, regida pelo princípio do contraditório, o que dificulta, em muito, a apuração das infrações penais.

Forçoso reconhecer que o chamado juizado de instrução não é uma síntese dos sistemas anteriores, mas acoplamento forçado destes sistemas, através de fases processuais sucessivas. Já o nosso sistema se apresenta, ao menos teoricamente, como uma perfeita e harmoniosa síntese, em que o Ministério Público desempenha um papel de absoluta relevância.

## 8.2. O sistema acusatório no processo penal brasileiro

Como se sabe, desde o século passado, o legislador pátrio retirou o juiz da apuração policial dos fatos delituosos<sup>(66)</sup>, criando-se o inquérito policial presidido por autoridade vinculada ao Poder Executivo.

Em assim se fazendo, criou-se um procedimento investigatório de natureza administrativa, preparatório da ação penal. Estruturado sob a égide do inquisitorialismo, o inquérito policial não faz parte do processo penal, não é uma fase dele. Casos, há, inclusive, em que ele se torna dispensável, conforme se vê das regras dos artigos 39, § 5.º, e 46, § 1.º, do Cód. Proc. Penal de 1941 (repetidas na futura legislação), havendo suporte probatório mínimo, através das chamadas peças de informação, para lastrear a acusação penal. Sem prova mínima faltaria justa causa para a *persecutio criminis in iudicio*, que deve ser considerada como uma condição para o regular exercício da ação penal.

O inquérito policial, além de fornecer justa causa à acusação penal, destina-se à apuração das infrações penais com todas as suas circunstâncias e desempenha em nosso sistema processual uma função da maior relevância, pois permite ao titular da ação fazer uma imputação perfeitamente individualizada e certa, evitando-se processos prematuros e absolutamente infundados.

Sobre o arquivamento e desarquivamento do inquérito, remetemos o leitor ao nosso trabalho publicado na "Revista de Direito Penal e Criminologia", n.º 35, editada pela Forense.

A prova carregada para o inquérito não tem por finalidade o convencimento do juiz, mas apenas dar lastro probatório à eventual ação penal, tendo em vista que a simples instauração do processo pelo *streptus fori*, causa dano social irreparável ao réu. Por isso, o Inquérito policial é um procedimento administrativo-investigatório absolutamente sumário, voltado, exclusivamente, para a viabilização da ação penal. Infelizmente, na prática, por motivos vários que aqui não cabe examinar, o inquérito foi transformado numa longa e morosa investigação, em que se procura apurar os mínimos detalhes da infração penal, colhendo-se provas sobre fatos já demonstrados e que deveriam ser produzidas exclusivamente em juízo, evitando-se a lenta e monótona reprodução de atos.

Em face desta distorção, vozes autorizadas levantam-se contra o sistema do inquérito policial que, na sua essência, é estruturalmente excelente. O que se deve corrigir é o seu mau uso, a sua adulteração na prática.

Para o sucesso deste sistema processual desempenha o Ministério Público uma função da maior importância, assumindo a titularidade da ação penal e produzindo prova no interesse da verdade, deixando o juiz equidistante do conflito de interesses que, porventura, surja no processo.

No atendimento aos postulados do sistema acusatório, o Ministério Público atua, inicialmente, como órgão acusador, submetido ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Ao depois, diante da prova produzida, deve pugnar pela correta aplicação da lei ao caso concreto, funcionando como *custos legis*, já que o Estado não tem qualquer interesse de ver acolhida uma pretensão punitiva injusta, seja na sua essência, seja na sua quantidade. É o que se depreende dos artigos 257 e 385 do Cód. Proc. Penal de 1941.

Entretanto, este diploma legislativo ainda consagra alguns resquícios do inquisitorialismo, consoante se pode constatar do exame dos artigos 5.º, inc. II, 13, inc. II, 26, 10, § 3.º, 531 e outros. A nova legislação processual penal varrerá de nossa ordem jurídica tais indesejáveis dispositivos, preservando o juiz destas funções anômalas, porque persecutórias.

Na exposição de motivos que acompanhou o projeto de Cód. Proc. Penal, fica bastante claro o espírito da nova proposta legislativa, comprometida, integralmente, com o sistema acusatório moderno, chegando ao ponto de retirar o juiz da incômoda posição de destinatário de comunicações de crimes: "Tendo disposto com precisão sobre os destinatários da notícia da infração penal, o projeto houve por bem afastar o juiz da *notitia criminis*, livrando-o da condição, ainda que eventual, de agente do Estado na *persecutio criminis*, ao mesmo tempo que lhe devolve o exclusivismo, absolutamente necessário, do poder de decisão" (item n.º 23).

Desta maneira, a tendência de nossa legislação é purificar ao máximo o sistema acusatório, entregando a cada um dos sujeitos processuais funções não precípua, mas absolutamente exclusivas, o que dá ao réu a segurança de um processo penal mais democrático, na medida em que o órgão julgador tem a sua neutralidade integralmente preservada.

Tal preocupação é uma constante na legislação futura, a qual declara o impedimento do juiz que, fiscalizando o princípio da obrigatoriedade, indeferir o arquivamento do inquérito ou peças de informação formulado pelo Ministério Público. Se a ação vier a ser proposta por decisão do Procurador-Geral, aquele juiz já não poderá funcionar no processo, pois antecipou, ainda que superficialmente, uma valoração jurídica dos fatos apurados na fase inquisitorial.

Finalmente, é de relevo constatar que a manutenção da ação penal privada, seja a exclusiva, seja a subsidiária, é fruto de uma visão privatística do Direito e Processo Penal. Somos que o instituto da representação já atenderia aos ponderáveis interesses que se procura tutelar através da ação privada. Quando muito, se poderia adotar o instituto italiano da "querela", que preserva o monopólio do Estado com relação à ação penal, dando, porém, grande margem de disponibilidade da *persecutio* ao ofendido.

Cabe concluir, dizendo que o nosso sistema processual penal, através do Ministério Público, conseguiu compatibilizar a indispensável neutralidade do juiz com a busca da verdade material ou real, por meio de uma estrutura acusatória moderna, onde o Estado atua eficazmente, impedindo que o processo penal venha a se transformar em "coisa das partes" privadas. Mesmo na criticada ação penal privada exclusiva, a presença do Ministério Público permite a perquirição da verdade, independentemente da atividade das partes, mantendo o juiz equidistante do conflito. Assim, o poder instrutório do juiz será sempre supletivo ao atuar probatório dos outros sujeitos do processo, sem que, com isso, precisemos retornar à origem privatística do processo penal.

## 9. Conclusões

- a) Ontologicamente, o processo é um só. A Teoria Geral demonstra que, face ao seu caráter instrumental, o processo sofre alterações meramente acidentais, não essenciais, quando se destina ao julgamento ou atendimento prático de pretensões diferentes (civil, penal; conhecimento, cautelar, execução, etc.).
- b) O objeto do processo é o pedido do autor, que exterioriza a sua pretensão.
- c) O conteúdo do processo, sob o aspecto formal, é o conjunto dos atos processuais (postulatórios, instrutórios e decisórios). Sob o aspecto substancial, é a afirmação de existência ou inexistência de uma relação jurídica.
- d) A pretensão processual é categoria essencial ao processo; a lide é categoria acidental.
- e) Processo é o conjunto orgânico e teleológico de atos jurídicos necessários ao julgamento ou atendimento prático da pretensão do autor ou mesmo de sua admissibilidade pelo juiz.
- f) A função do processo é a satisfação de pretensões, no sentido exposto por *Jaime Guasp*. As teorias do conflito e da atuação do direito se mostraram ora insuficientes, ora excessivas.
- g) O processo é categoria autônoma, que deve ser levada ao quadro geral da Teoria do Direito, sendo erro metodológico procurar, a todo custo, acomodá-lo às outras categorias jurídicas conhecidas.
- h) A diversa natureza da pretensão manifestada no processo penal dá origem a três formas de tutela jurisdicional: de conhecimento, execução e cautelar.

- i) No processo penal de conhecimento, a pretensão pode ser condenatória, declaratória ou constitutiva, motivo pelo que o estudo da ação penal não deve ficar restrito à ação condenatória, mas deve integrar ao sistema a ação penal constitutiva e declaratória.
- j) Os dois princípios fundamentais que se referem ao processo penal são o da imparcialidade do juiz e o do contraditório, sendo que os demais nada mais são do que consectários lógicos destes.
- l) O princípio da busca da verdade real ou material, que se refere à prova, tem absoluta relevância no processo penal, sendo, mesmo, fator de alteração em sua estrutura moderna.
- m) O estudo do processo penal, à luz de uma perspectiva histórica, demonstra a sua evolução do sistema acusatório liberal-individualista para a síntese dialética do sistema acusatório público moderno.
- n) A evolução publicista da estrutura do sistema acusatório somente foi possível com a criação da instituição do Ministério Público, que permitiu a acusação pública (processo de parte), resguardando a neutralidade e imparcialidade do juiz, comprometidas no sistema inquisitório.
- o) O Juizado de Instrução não resulta de uma síntese do sistema acusatório com o inquisitório, mas é fruto de um indesejável acoplamento destes dois sistemas, em fases processuais sucessivas. Na primeira, permanece a figura do juiz inquisitor.
- p) O inquérito policial, embora estruturado sob a égide do inquisitorialismo, não faz parte do nosso processo penal, mas é um mero procedimento administrativo-investigatório prévio, destinado tão-somente a dar lastro probatório mínimo à acusação penal, podendo ser dispensado quando tal finalidade venha a ser alcançada através das chamadas peças de informação.
- q) O processo penal brasileiro adota o sistema acusatório moderno, mantendo, entretanto, alguns resquícios do inquisitorialismo e preservando a acusação privada para casos restritos.
- r) O Projeto de Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional, depura substancialmente o sistema, retirando do juiz qualquer atribuição persecutória. Restaura o princípio da demanda em toda a sua inteireza e outorga aos sujeitos processuais a exclusividade das funções que lhes são próprias.

1. *Cf. Da publicização do processo civil*, Afranio Silva Jardim, Rio, 1982, Ed. *Liber Iuris*.
2. *Sulla teoria generale del processo penale*, Giuseppe Guarneri, 1939, pp. 29/87. *Estudos e questões de processo penal*, Fernando de Albuquerque Prado, Max Limonad, 1954, p. 71 e segs.
3. *Derecho procesal civil*, Guasp, 1968, pp. 27/28 do 1º volume.
4. No sentido estudado por Piero Calamandrei, in "*Linne fondamentali del processo civile inquisitorio*", trabalho publicado nos *Studi di diritto processuale*, in onore di Giuseppe Chiovenda, Padova, 1927, Edrice Dott Milani, pp. 131/171.
5. *Instituições de direito processual civil*, 2ª ed., pp. 48/49 do 1.º vol.
6. José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, p. 116, do 1º vol. de 1975.
7. Aurélio Buarque de Holanda, *Novo dicionário da língua portuguesa*.
8. "O despacho saneador e o julgamento do mérito", constante dos *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, 1976, pp. 118/119.
9. *Pretensão procesal*, Guasp, 1981, p. 84. *Sistema de derecho procesal civil*, Carnelutti, trad. Sentis Melendo de 1944, p. 44 do 1º vol.
10. *Instituciones de derecho procesal civil*, p. 183 do 1.º vol.
11. *Lecione sobre el proceso penal*, 1º vol. pp. 156/157, trad. de Sentis Melendo de 1950, da edição italiana de 1946, *Derecho y proceso*, pp. 68/74, nºs 36 e 37, trad. de Sentis Melendo de 1971, da edição italiana de 1958. Na esteira do pensamento de Carnelutti, veja-se modernamente, Fernando Luso Soares, *O processo penal como jurisdição voluntária*, 1981, *passim*.
12. *Instituciones*, ob. cit., p. 182.
13. *Ob. cit.*, p. 183.
14. *Tratado de derecho procesal penal*, Giovane Leone, 1963, 1º vol., p. 179. *El proceso penal y los jurídicos procesales penales*, Bartoloni Ferro, 1944. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, 1959, pp. 254/255, e *Elementos de direito processual penal*, 1961, pp. 11/12, do 1º vol., ambos de Frederico Marques, *Processo penal*, 1983, Saraiva, pp. 10/17 de Tourinho Filho.
15. *El proceso penal*, 1978, p. 137, Fenech. *Derecho procesal constitucional*, Jesús González Pérez, Madrid, Civitas, 1980, pp. 123/127.
16. *A relação processual penal*, pp. 85/86. Veja-se também do mesmo autor, *Instituições de processo penal*, 1977, pp. 224/227 do 1º vol.
17. *Instituciones de derecho procesal*, Clemente Díaz, 1972, pp. 66, 70 e 71 do 2º vol.
18. *Introducción al derecho procesal*, 1976, p. 109.
19. *La pretensión procesal*, 1981, p. 27.
20. *Ob. cit.*, p. 84. Sobre o conceito de pretensão devem ser consultados: Víctor Fairen Guillen, "*Ideas para uma teoria general del derecho procesal*" in *Temas del ordenamiento procesal*, 1969, pp. 273/351 do 1º vol., Clariá Olmedo, 1982, *Derecho procesal*, pp. 296/330 e 180/183 do 1º vol.
21. *Sistema*, p. 275, nº 79, 1º vol., tradução do original italiano de 1936.
22. *Instituciones*, p. 26 do 1º vol., trad. do original italiano de 1956.
23. *Lecciones sobre el proceso penal*, p. 26 do 1º vol., trad. original de 1946. *Principios del proceso penal*, p. 47, nº 38, original de 1960. *Derecho y proceso*, pp. 68/74, nºs 36 e 37, original italiano de 1958.
24. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, trad. Miguel Angel Rosas, E.J.E.A., 1964, original alemão de 1868.

25. *Instituciones, Calamandrei*, p. 175 do 1º vol. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, 1969, trad. G. Menegale, p. 50, nº 15, do 1º vol.
26. *Tratado de derecho procesal civil*, trad. Angela Romera Vera, E.J.E.A., p. 54 do 1º vol.
27. *La pretensión procesal*, 1981, pp. 26/28.
28. *Ob. cit.*, p. 34.
29. *Ob. cit.*, pp. 33/45.
30. *In Temas del ordenamiento procesal*, 1969, pp. 355/433 do 1º vol.
31. *Teoria geral do processo*, Ada Pellegrini, Cândido Dinamarco e Araújo Cintra, pp. 249/250, edição de 1981.
32. *Ob. cit.*, p. 250.
33. *In, Estudios de teoría general y historia del proceso*, pp. 377/448 do 1º volume.
34. *Teoria general del proceso*, Goldschmidt, 1936, pp. 55/58, nº 24.
35. *Teoria geral do processo*, Ada Pellegrini e outros 1981, pp. 251/252.
36. *Corso di diritto processuale civile*, 1952, pp. 65/67.
37. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, pp. 1/2.
38. *Derecho procesal Civil*, 1950, p. 16.
39. *Derecho procesal Civil*, Guasp, 1968, pp. 21/22 do 1º vol.
40. *Sistema di diritto processuale penale*, p. 22 do 1º vol. e *Natureza jurídica del processo*, in *Giudicar e essere giudicato*, pp. 16/22.
41. *Derecho Procesal civil*, Guasp., 1968, p. 19 do 1º vol.
42. *Introducción al derecho procesal*, Aroca, 1971, p. 191.
43. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Couture, p. 124.
44. *Introducción al derecho procesal*, Aroca, 1971, p. 191.
45. *Ob. cit.*, p. 191, nota de rodapé.
46. *Tratado de direito processual penal*, 1980, pp. 42/43 do 2º vol.
47. *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Massari, 1934, Nápoli, *Jovene*, pp. 21/22.
48. *Tratado*, 2º volume, pp. 42/43.
49. *Estudos de direito processual penal*, 1957, p. 90.
50. *Processo de execução*, 1968, p. 38. Liebman.
51. *Execução civil*, 1973, p. 66.
52. *Frederico Marques, Instituições de direito processual civil*, p. 284, 1º volume.
53. *José Carlos Barbosa, O novo processo civil brasileiro*, 1976, p. 173, 2º volume.
54. *Fernando de Albuquerque Prado, Estudos e questões de processo penal*, 1954, pp. 157/192. *Adhemar Raymundo da Silva, Estudos de direito processual penal*, 1957, pp. 57/68. *Ada Pellegrini, O processo em sua unidade II*, 1984, pp. 182/219. *Giulio Catalani, Manuale del, esecuzione penale*, 1980, Giuffrè, Milano.
55. *Processo penal cautelar*, Romeu Pires de Campos Barros, 1982, Forense.
56. *Teoria tridimensional do direito*, 1970, p. 57.
57. *El proceso civil, principios y fundamentos*, 1978, p. 37.
58. *Cadernos de processo civil*, p. 134 do 2º volume.
59. *Derecho procesal civil*, 1976, Caracas, p. 51 do 1º vol.
60. *Derecho procesal civil*, Guasp, 1968, p. 43 do 1º vol.
61. *Instituições de direito processual civil*, p. 107 do 1º volume.
62. *"Fundamento del principio dispositivo"*, Liebman, in *Problemi del processo civile*, Milano, ed. Morano, 1962, pp. 12 e 15.
63. *Introdução ao estudo do processo civil*, Couture, p. 66.
64. *O processo criminal brasileiro*, 1959, 4ª edição, p. 13 do 1º vol.
65. *Afranio Silva Jardim, Da publicização do processo civil*, Rio, *Liber Iuris*, 1982, pp. 52/55, 59/68 e 87/91.
66. *Hélio Bastos Tornaghi, Instituições de processo penal*, 1977, Saraiva, pp. 209/233 do 2º volume.

## BIBLIOGRAFIA

- Alcalà-Zamora, Niceto y Castilho — *Estudios de teoria general e história del proceso*. México, Univ. de México, 1974.
- , *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1945, em parceria com Ricardo Hevene Hijo.
- Almeida, Joaquim Canuto Mendes — *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1973.
- Almeida Junior, João Mendes — *O processo criminal brasileiro*. Rio, Freitas Bastos, 1959.
- Aragoneses, Pedro Alonso — *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid, Rubi, 1931.
- Aroca, Juan Montero — *Introducción al derecho procesal*. Madrid, Tecnos, 1976.
- Barros, Romeu Pires de Campos — *Processo penal cautelar*. Rio, Forense, 1982.
- Barros, Adherbal Oralando Girólamo — *Fins do processo penal e os princípios da verdade material e o da nulla poena sine iudicio*, "Revista *Justitia*", da Proc.-Geral de Justiça do E.S.P., vol. 82, p. 148.
- Beling, Ernest — *Derecho procesal penal*. Barcelona, ed. Labor, 1943, tradução de Miguel Fenech.
- Calamandrei, Piero — *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires, E.J.E.A., 1973, trad. S. Sentis Melendo.
- Capelletti, Mauro — *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires, E.J.E.A., 1974, trad. S. Sentis Melendo.
- Carnelutti, Francesco — *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires, E.J.E.A., 1950, trad. Sentis Melendo.
- Calamandrei, Piero — *Linne fondamentali del proc. civile inquisitor*. In *Studi in onere di Chiovenda*. Padova, 1927, ed. Dott.
- Carnelutti, Francesco — *Princípios del proceso penal*. Buenos Aires, EJE 1971, trad. Sentis Melendo.
- , *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires, UTEHA, 1944, trad. Sentis Melendo e Alcalà-Zamora.
- , *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires, E.J.E.A., 1973, trad. Sentis Melendo.
- , *Derecho y proceso*. Buenos Aires, E.J.E.A., 1971, trad. Sentis Melendo.
- Catellani, Giulio — *Manuale dell'esecuzione penale*. Milano Giuffrè, 1980.
- Chiovenda, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Nápoli, Jovene, 1923.
- , *Instituições de direito processual civil*. S. Paulo, Saraiva, 1969, trad. Guimarães Menegale.
- Cintra, Antônio Carlos de Araújo e outros — *Teoria geral do processo*. S. Paulo, Rev. dos Tribunais, 1981.
- Cordero, Franco — *Le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino, Giappichelli, 1957.
- Couture, Eduardo — *Introdução ao estudo do direito processual civil*. Rio, José Konfino, s/d., 3ª ed., trad. Mozart Víctor Russomano.
- Cuenca, Humberto — *Derecho procesal civil*. Caracas, Universidade de Venezuela, 1976.
- Dinamarco, Cândido e outros — *Teoria geral do processo*. S. Paulo, Rev. dos Tribunais, 1981.
- Díaz, Clemente A. — *Instituciones de derecho procesal*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972.
- Dias, Jorge Figueiredo — *Direito processual penal*. Coimbra, ed. Coimbra, 1974.
- Fenech, Miguel — *Derecho procesal penal*. Madrid, ed. Labor, 1952.
- , *El proceso penal*. Madrid, ed. Ageda, 1978, 3ª edição.

- Ferro, A. Bartoloni — *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales*. Santa Fé, ed. Castellei, 1944.
- Florian, Eugenio — *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona, Bosch, 1933, trad. Pietro Castro.
- Fochini, Gaetano — *Sistema del diritto processuale penale*. Milano, Giuffrè, 1965.
- , *Giudicare ed essere giudicato, studi*. Milano, Giuffrè, 1960.
- Goldschmidt, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires, E.J.E.A., 1961, 2º volume dos *Princípios generales del proceso* — coleção *Breviarios de derecho*.
- , *Teoría general del processo*. Barcelona, ed. Labor, 1936.
- Grinover, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade II*. Rio, Forense, 1984.
- , *Liberdades públicas e processo penal*. S. Paulo, Saraiva, 1976.
- , *Teoria geral do processo*. S. Paulo, Rev. dos Tribunais, 1981.
- Guarneri, Giuseppe — *Sulla teorie generale del processo penale*. Milano, Giuffrè, 1939.
- Guasp, Jaime — *La pretensión procesal*. Madrid, Ed. Civitas, 1981.
- , *Derecho procesal civil*. Madrid, Inst. de Estudos Políticos, 1968.
- , *Derecho*. Madrid, Hergon, 1971.
- Guillén, Víctor Fairén — *Temas del ordenamiento procesal*. Madrid, Tecnos, 1969.
- Hollanda, Aurélio Buarque — *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio, Nova Fronteira, 1ª edição.
- Jacob, Guido Roque — "O direito penal como direito potestativo e seus reflexos processuais". "Revista *Justitia*", vol. 108, p. 148.
- Jardim, Afranio Silva — *Da publicização do processo civil*. Rio, ed. *Liber Iuris*, 1982.
- Kisch, W. — *Elementos de derecho procesal civil*. Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1940, trad. Pietro Castro.
- Leone, Giovanni — *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires, E.J.E.A., 1963, trad. Sentis Melendo.
- Liebman, Eurico Tullio — *Problemi del processo civile*. Milano, ed. Morano, 1962.
- , *Manuale de diritto processuale civile*. Milano, Giuffrè, 1973.
- , *Processo de execução*. São Paulo, Saraiva, 1968.
- , *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. S. Paulo, José Bushatsky, 1976.
- , *Embargos do executado*. S. Paulo, Saraiva, 1968, trad. G. Menegale.
- Leite, Luciano Marques — "O conceito de lide no processo penal". "Revista *Justitia*", da Proc.-Geral de Justiça do Est. de São Paulo.
- Malcher, José Lisboa da Gama — *Manual de direito processual penal*. Rio, Freitas Bastos, 1980.
- Manzini, Vincenzo — *Tratado di diritto processuale penale*. Torino, Unione Tipografico, 1967, 6ª ed.
- Mariconde, Alfredo Vélez — *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Lerner, 1969, 2ª ed.
- Marques, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. S. Paulo, Saraiva, 1981.
- , *Elementos de direito processual penal*. Rio, Forense, 1961.
- Marques, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio, Forense, 1960.
- , *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. S. Paulo, Saraiva, 1959.
- , *Instituições de direito processual civil*, Rio, Forense, 1962.
- , *Manual de direito processual civil*. S. Paulo, Saraiva, 1975.
- Massari, Eduardo — *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*. Nápoli, Jovene, 1934.

- Moreira, José Carlos Barbosa — *O novo processo civil brasileiro*. Rio, Forense, 1976, 2º volume.
- Olmedo, Clariá — *Derecho procesal*. Buenos Aires, Depalma, 1982.
- Peyrano, Jorge W. — *El proceso civil, principios y fundamentos*. Buenos Aires, Astrea, 1978.
- Prata, Edson — *Jurisdição voluntária*. S. Paulo, Universitária de Direito, 1979.
- Reale, Miguel — *Teoria tridimensional do direito*. S. Paulo, Saraiva, 1979.
- Rosa, Eliézer — *Cadernos de processo civil*. Rio, ed. Rio, 1973.
- Rosemberg, Leo — *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires, E.J.E.A., 1955, trad. Angele Romera Vera.
- Rubianes, Carlos J. — *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires, Depalma, 1978.
- Ricardo, Levene Hijo — *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires, ed. Plus Ultra, 1975.
- Sendra, José Vicente Giménez — *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid, Ed. Civitas, 1981.
- Schonke, Adolfo — *Derecho procesal civil*. Barcelona, Bosch, 1950, trad. Pietro Castro e Fairén Guillén.
- Schwab, Karl Heinz — *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires, E.J.E.A., 1968, trad. Tomás A. Banzhaf.
- Soares, Fernando Luso — *O processo penal como jurisdição voluntária*. Coimbra, ed. Almedina, 1981.
- Silva, Adhermar Raymundo — *Estudos de direito processual penal*. Salvador, Ed. Progresso, 1957.
- Theodoro Junior, Humberto — *Processo cautelar*. São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1976.
- Prado, Fernando Albuquerque — *Estudos e questões de processo penal*. São Paulo, Max Limonad, 1954.
- Tornaghi, Hélio Bastos — *A relação processual penal*. Rio, Liv. Jacinto, 1945.
- , *Instituições de processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1977.
- , *Compêndio de processo penal*. Rio, José Konfino, 1967.
- Tourinho Filho, Fernando da Costa — *Processo penal*. S. Paulo, Saraiva, 1983.