

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO**

**GILSON BONATO**

**O TEMPO DO PROCESSO PENAL: DO DISCURSO DA RAZOABILIDADE À  
ENTROPIA DO TEMPO ESQUECIDO**

**CURITIBA  
2008**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO**

**GILSON BONATO**

**O TEMPO DO PROCESSO PENAL: DO DISCURSO DA RAZOABILIDADE À  
ENTROPIA DO TEMPO ESQUECIDO**

**Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor.**

**Curso de Doutorado em Direito das Relações Sociais**

**CURITIBA  
2008**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO**

**GILSON BONATO**

**O TEMPO DO PROCESSO PENAL: DO DISCURSO DA RAZOABILIDADE À  
ENTROPIA DO TEMPO ESQUECIDO**

**Tese aprovada como requisito parcial  
para obtenção do grau de Doutor, no  
Curso de Pós-graduação em Direito da  
Universidade Federal do Paraná, pela  
Comissão formada pelos professores:**

**ORIENTADOR:**

\_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

**CO-ORIENTADOR:**

\_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz**

\_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. José Laurindo de Souza Netto**

\_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa**

\_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. Cleverson Leite Bastos**

**Curitiba, 2 de outubro de 2008**

## **DEDICATÓRIA**

Ao meu pai Alcides: que o tempo transforme a saudade pela ausência em uma lembrança.

À minha mãe Thereza: que o tempo seja benevolente e transforme os poucos momentos que lhe dedico numa convivência maior.

## SUMÁRIO

|   |            |
|---|------------|
| <b>RESUMO.....</b>  | <b>vi</b>  |
| <b>SUMMARY.....</b>   | <b>vii</b> |
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>1</b>   |
| <br>  |            |
| <b>CAPÍTULO 1 - O tempo e seus sentidos – brevíssima história do tempo...</b>                               | <b>11</b>  |
| 1.1 Processo, tempo e espaço.....   | 11         |
| 1.2 O tempo e suas concepções ao longo da História.....   | 14         |
| 1.3 Newton e o tempo.....   | 36         |
| 1.4 A filosofia moderna: Bérqson, Kierkegaard e Heidegger.....  | 40         |
| 1.5 O tempo lógico.....   | 44         |
| 1.5.1 A modulação do tempo .....  | 47         |
| 1.5.2 Os três atos da Carta Roubada .....   | 48         |
| 1.6 Temporalidade e pro-jeto como dimensão do ser em Henrique Dussel ....                                   | 57         |
| 1.6.1 Totalidade, alteridade e o bem comum como exterioridade .....   | 63         |
| 1.7 A entropia.....   | 67         |
| 1.8 A temporalidade roubada e a totalidade instaurada pelo processo .....                                   | 73         |
| <br>  |            |
| <b>CAPÍTULO 2 - O devido processo legal.....</b>  | <b>77</b>  |
| 2.1 Histórico do princípio.....   | 77         |
| 2.1.1 Inglaterra.....   | 78         |
| 2.1.2 Estados Unidos.....   | 90         |
| 2.1.3 Brasil.....   | 93         |
| 2.2 O devido processo legal substancial e processual.....   | 99         |
| 2.2.1 Conceito de devido processo legal.....  | 100        |
| 2.2.2 O devido processo legal processual.....   | 104        |
| 2.2.3 O devido processo legal substantivo.....  | 112        |
| 2.2.4 A duração razoável do processo como garantia decorrente do<br>princípio do devido processo legal..... | 121        |
| 2.2.5 As Declarações Internacionais de Direitos e a preocupação com o<br>prazo razoável.....                | 135        |
| 2.2.6 A Emenda Constitucional 45/2004.....  | 139        |
| 2.2.7 A recepção dos tratados pelo direito brasileiro.....  | 141        |

|  |            |
|--|------------|
| <b>CAPÍTULO 3 – Tempo razoável, processo e procedimento.....</b>                                 | <b>147</b> |
| 3.1 A histórica preocupação com o tempo.....   | 147        |
| 3.2 O processo e suas finalidades.....   | 149        |
| 3.3 A instrumentalidade garantista do Processo Penal.....  | 154        |
| 3.4 Os prazos no Direito Processual Penal brasileiro.....  | 159        |
| 3.4.1 A fase de investigação ou pré-processual.....  | 163        |
| 3.4.2 O rito comum ordinário.....  | 166        |
| 3.4.3 O rito comum sumário.....  | 181        |
| 3.4.4 A edição da Lei Nº 11.719 e a alteração dos procedimentos .....                            | 184        |
| 3.4.5 O rito sumaríssimo .....   | 187        |
| 3.4.6 O rito dos crimes de competência do júri .....   | 195        |
| 3.4.7 O rito da nova lei de entorpecentes.....   | 200        |
| 3.5 O processo no tempo razoável – a doutrina do não prazo .....                                 | 205        |
| 3.6 Tempo e prescrição .....   | 209        |
| 3.7 Tempo e prisão cautelar .....  | 220        |
| 3.8 O necessário equilíbrio entre a razoabilidade dos prazos e as<br>Garantias fundamentais..... | 232        |
| <b>CONCLUSÕES.....</b>   | <b>236</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>   | <b>241</b> |

## RESUMO

Na perspectiva de que toda a atividade humana está limitada pelo tempo e a ele está vinculada e que o processo penal, obra ou instituição humana, não pode escapar à temporalidade própria de todo ser humano, este trabalho defende a idéia de que a submissão do homem ao processo criminal e às suas pesadas conseqüências deve ser delimitada num tempo razoável. Por ser essencialmente dinâmico e dialético, o processo não se exaure num único momento, mas prolonga-se e desenvolve-se no tempo, com duração própria. Os atos processuais, embora tenham uma ocasião específica para serem praticados, não se perfazem de modo instantâneo, desenvolvendo-se em várias etapas, que devem ser realizadas em espaços de tempo razoáveis. A duração razoável do processo é garantia decorrente do princípio histórico do devido processo legal e traduz-se na imperiosa necessidade de conciliar a tramitação e julgamento do processo no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. O caso penal processado deve ser reconstruído numa dimensão de tempo que não exclua todas as possibilidades de defesa ao mesmo tempo em que preste a tutela jurisdicional de forma adequada, sem procrastinações e demoras injustificadas, evitando constrangimentos desnecessários. O devido processo num tempo razoável somente é possível a partir da leitura constitucional do direito processual penal, a fim de que o tempo do processo não acabe sendo ele próprio o verdadeiro significado da punição. O tempo do processo só tem sentido se estiver em total consonância com o tempo da vida do homem.

Palavras-chave: Monografia; Processo Penal; Devido processo legal; Direito; Processo; Direito Constitucional; Tempo.

## SUMMARY

In the perspective that every human activity is limited by time and linked to it, and the penal process, work or human institution, cannot escape from every human being's temporality, this work defends the idea that man's submission to criminal process and its heavy consequences has to be delimited in a reasonable time. For being essentially dynamic and dialectical, the process does not end in one moment, but prolongs and develops in time, with its own duration. The acts of the process, although they have a specific occasion to be practiced, they are not made instantly, developing in several steps that have to be performed in reasonable time spaces. The reasonable duration of the process is a guarantee deriving from the historical principle of the due process of law and translates to the necessity of reconcile the course and judgment of the process in a short term compatible with the defense guarantees. The penal process case has to be reconstructed in a dimension of time that does not exclude all of the defense possibilities, at the same time that provides the jurisdictional guardianship in a proper way, without unjustified procrastinations and delays, avoiding unnecessary embarrassments. The due process of law in a reasonable time is only possible from the constitutional reading of the penal process, so that the time of the process does not become the meaning of the penal punishment. The time of process only has a sense if it is in accordance with the time of a man's life.

Keywords: Monograph; Penal Process; Due process of law; Law; Process; Constitucional Law; Time.



## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pela orientação, pelo apoio, pela confiança depositada, pela paciência.

Ao Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz, pela orientação e principalmente pela confiança desde quando iniciei as atividades de magistério na PUCPR.

Ao Prof. Dr. Cleverson Leite Bastos, pela paciência em me orientar e sanar as minhas dúvidas e meus questionamentos a respeito da filosofia e por dedicado seu tempo para responder às minhas inquietações.

Aos colegas de escritório, por compreenderem a minha ausência e me substituírem nas atividades profissionais.

À Rosanea Elizabeth Ferreira, Flávia Saldanha Kroetz e ao Ronaldo dos Santos Costa, pela ajuda imensurável na elaboração e correção do trabalho.

## EL INSTANTE

? Dónde estarán los siglos, dónde el sueño  
De espadas que los tártaros soñaron,  
Dónde los fuertes muros que allanaron,  
Dónde el Árbol de Adán y el otro Leño?  
El presente está solo. La memoria  
Erige el tiempo. Sucesión y engaño  
Es la rutina del reloj. El año  
No es menos vano que la vana historia.  
Entre el alba e la noche hay un abismo  
De agonias, de luces, de cuidados.  
El rostro que se mira en los gastados  
Espejos de la noche no es el mismo.  
El hoy fugaz es tenue y es eterno;  
Otro Cielo no esperes, ni otro Infierno.

(El otro, el mismo - Jorge Luís Borges)

## INTRODUÇÃO

*"Sabemos dizer muitas mentiras semelhantes aos fatos, mas sabemos, se queremos, fazer ouvir a verdade"*

*Hesíodo<sup>1</sup>, Teogonia.*

A primeira fase do mundo é o reinado do Céu.<sup>2</sup> O céu (Urano), fecundo e ávido de amor com suas contínuas e incessantes uniões com a Terra (Gaia ou Gê), impede que sua prole venha à luz. Atulhada com tantos filhos dentro de si, a Terra prodigiosa gemia enquanto o Céu se alegrava em sua perversidade.

A Terra tramou um ardil: criou o gênero do grisalho aço, forjou um grande podão e perguntou a seus filhos qual deles queria fazer o Céu pagar pelo ultraje. Só o mais novo deles, o deus **Cronos**, aceitou o desafio proposto pela mãe. Com alegria, ela o colocou oculto em uma tocaia. Quando o grande

---

<sup>1</sup> Contemporâneo de Homero, Hesíodo, também *aedo* (*Aedo* em grego antigo significa "cantor"; os aedos eram os poetas que, antes da invenção do alfabeto, praticavam o culto da deusa Memória e das musas e recebiam dessas divindades o dom de compor canções ao som da lira) transmitiu importantes canções. Uma de suas canções conta como o mundo surgiu a partir dos primeiros Deuses, dos amores e das lutas entre os deuses. Os mestres-escolas da Grécia clássica chamaram essa canção de Hesíodo *Teogonia*, que significa em grego "nascimento de deus" ou "dos deuses".

<sup>2</sup> O relato feito na introdução do presente trabalho, baseado no texto de Jaa Torrano *O sentido de Zeus. O Mito do Mundo e o Modo Mítico de Ser no Mundo*. (São Paulo, Iluminuras, 1996) procura retratar, pela obra de Hesíodo, *Teogonia*, o surgimento do mundo e o nascimento dos numerosos deuses que o constituem. Esse conjunto de inumeráveis deuses, com os seus privilégios às vezes por demais exclusivos, é governado pelo poder e sabedoria suprema de Zeus. O que o poema conta, fundamentalmente, são os antecedentes, a preparação e constituição dessa ordem imposta por Zeus à disparidade e antagonismo das forças divinas que compõem o mundo. Na origem do universo, estão três deuses primordiais: Caos, Terra e Eros. A deusa Terra é o assento sempre firme de todas as coisas, o fundamento inabalável. Primeiro ela gera sozinha (por cissiparidade) um outro ser, igual a ela, o deus Céu, para que também ele seja o assento sempre firme e todos os deuses e para que a cubra toda ao redor. E depois, sozinha, gera as altas Montanhas e o Mar impetuoso. Há três grandes linhagens divinas: a descendência do Caos, a do Mar e a do Céu. Do Caos provêm todos os males que atormentam a vida humana; os mais importantes deles são os terríveis filhos da deusa Noite. Na família do deus Mar há monstros de estranhas formas compósitas, que habitam as águas marinhas e as regiões subterrâneas. Na família do Céu há a sucessão dos reis divinos Cronos e Zeus.

Céu se aproximou desejando amor, o filho, armado de uma foice, agarrou as partes genitais de seu pai com a mão esquerda, com a direita cortou seus testículos e lançou-os a esmo para trás, impedindo dessa maneira que continuasse a fecundar Gaia.

Dos salpicos de sangue caídos sobre a Terra nasceram as divindades da vingança: as cruéis Erínias, os Gigantes guerreiros e as Ninfas chamadas Freixos<sup>3</sup>. O membro decepado caiu no mar e aí flutuou por muito tempo. Da espuma que ele ejaculou, formou-se uma virgem. Quando ela saiu das ondas, na ilha de Chipre, a relva florescia sob seus pés: era Afrodite, a deusa do Amor e do desejo.

A segunda fase do mundo é o reinado de Cronos. Ele desposou a sua irmã Réia e dela teve três filhas (Héstia, Deméter e Hera) e três filhos (Hades, Poseidon e Zeus). Mas tão logo cada um deles nascia, Cronos os engolia, para evitar que houvesse outro rei em seu lugar. Uma profecia da Terra e do Céu o avisara de que era seu destino ser destronado por um filho e ele, engolindo-os, prevenia-se.

Quando Réia devia dar à luz Zeus, ela suplicou a seus pais, Terra e Céu, que lhe aconselhassem um ardil para que ela pudesse salvar esse filho. Eles atenderam a sua súplica e, encoberta pela noite, Réia escondeu seu filho em uma gruta em Creta, confiando-o à deusa Terra, para que ela o nutrisse e criasse. Seguindo as instruções de seus pais, Réia envolveu uma grande pedra em um cueiro e entregou-a ao soberano Cronos. Tomando-a nas mãos, o deus implacável meteu-a ventre abaixo, sem desconfiar de nada.

---

<sup>3</sup> Arbustos de cuja haste duríssima se faziam as lanças.

Zeus cresceu rapidamente, libertou das prisões subterrâneas os seus tios paternos Ciclopes e Centímanos, e aliando-se a eles travou contra seu pai Cronos a luta pelo poder. Vencido, o velho deus Cronos vomitou primeiro a pedra por último engolida e depois todos os filhos, ainda vivos. Zeus expulsou Cronos do Olimpo, banindo-o para o Tártaro, lugar de tormento. Quanto à pedra vomitada, Zeus a cravou em Delfos, para que os homens mortais aí a admirassem.

Após a vitória sobre seus inimigos, Zeus é aclamado por seus aliados reis dos deuses e dos homens. Assim fez a partilha dos bens e fixou os privilégios de cada deus. É a terceira fase do mundo, a atual e a mais perfeita de todas. Com uma série de casamentos, que eram verdadeiras alianças políticas, Zeus organizou o seu reinado e tornou o seu poder inabalável.

Cronos era um deus da mitologia pré-helênica ao qual se atribuíam funções relacionadas com a agricultura. Mais tarde, os gregos o incluíram em sua Cosmogonia, mas lhe conferiram um caráter sinistro e negativo. A figura de Cronos representa, na tradição clássica, o tempo e por isso Zeus, ao derrotá-lo, conferira a imortalidade aos deuses. Era representado como um ancião empunhando uma foice e freqüentemente aparecia associado a divindades estrangeiras propensas a sacrifícios humanos.

Os romanos assimilaram Cronos a Saturno e dizia-se que, ao fugir do Olimpo, ele levara a agricultura para Roma, com o que recuperava suas primitivas funções agrícolas. Em sua homenagem, celebravam-se as saturnálias, festas rituais relacionadas com a colheita. Ele é representado como velho homem de cabelos brancos e barba longa.

Enigmático, Cronos, o Deus do Tempo, devora tudo: seres, momentos, destinos, inclusive seus próprios filhos; com esta forma de agir, parece querer mostrar que do tempo vem a vida e também a finitude, ou melhor, há um tempo determinado para a vida, não sendo própria dos humanos a imortalidade, ao menos no mundo em que habitam<sup>4</sup>.

Neste contexto, é possível afirmar que toda a atividade humana está limitada pelo tempo e a ele vinculada. Aliás, o próprio homem também a ele está necessariamente vinculado<sup>5</sup>. Assim, “o processo, obra ou instituição humana, pensada e realizada e atuada logo por homens, não pode escapar à lei de temporalidade própria de todo o humano.”<sup>6</sup>

Além disso, por ser essencialmente dinâmico e dialético, o processo não se exaure em um único momento, mas desenvolve-se no tempo, com duração própria. Os atos processuais a serem praticados, embora tenham uma

---

<sup>4</sup> No entender de François Ost, “*Kronos* (que nos tempos mitológicos recuados escrevia-se com *Kappa* e ainda não era o Deus-tempo: *Chronos*) fracassara em suprimir em seu benefício tanto o tempo quanto o direito. A história de *Kronos* começa na indistinção do não-tempo. [...] A história que de tal forma se inaugura é marcada pela violência e negação do tempo. [...] Será que podemos exprimir melhor a terrificante negatividade conferida ao tempo? Pois, enfim, que faz *Kronos*, que, o abraço da Terra e do Céu, lança o próprio movimento da história? Ele se coloca em posição de senhor do tempo, bloqueando sua passagem tanto em direção ao passado quanto ao futuro. Cortar os genitais de seu pai é negar o peso do passado, é privá-lo de qualquer prolongamento possível; engolir seus próprios filhos é fazê-los regressar a uma posição uterina, é privar o porvir, desta vez, de qualquer desenvolvimento futuro. O tempo do tirano esgota-se em um presente estéril, sem memória nem projeto.” (OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 9-10).

<sup>5</sup> “La noción intuitiva de *tiempo* nos conduce inexorablemente a la evidencia de la finitud de la vida humana. El ser humano es efímero y, por ello, la dimensión temporal de los actos adquiere una relevancia suprema en el momento de adoptar decisiones respecto a su existencia”. (TREPAT, Cristina Riba. **La eficacia temporal del proceso** – El juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona : José Maria Bosch Editor, 1997, p. 13). Tradução livre: “A noção intuitiva de *tempo* nos conduz inexoravelmente à evidência da finitude da vida humana. O ser humano é efêmero e, por isso, a dimensão temporal dos atos adquire uma relevância suprema no momento de adotar decisões a respeito de sua existência.”

<sup>6</sup> “El proceso, obra o institución humana, pensada y realizada y actuada luego por hombres, no puede escapar a la ley de temporalidad propia de todo lo humano.” (BIDART, A. G. El tiempo y el proceso. **Revista de processo**, v. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 101). Tradução livre: “O processo, obra ou instituição humana, pensada e realizada desta forma por homens, não pode escapar à lei da temporalidade própria de todo o humano”.

determinada ocasião para o serem, não se perfazem de modo instantâneo, desenvolvendo-se em várias etapas<sup>7</sup>.

A fixação de prazo razoável à duração do processo, decorrente da necessidade de um devido processo sem dilações exageradas<sup>8</sup>, diz respeito diretamente ao cumprimento, por parte do Estado, do princípio constitucional do *due process of law* e ainda ao tempestivo acerto do caso penal em julgamento.

Na atual estruturação do sistema brasileiro infelizmente a maior pena imposta ao acusado é a morosidade na tramitação do processo, que lhe causa um desgaste não só econômico, mas também familiar, social, moral e psicológico, dentre muitos outros aspectos.

Há uma constatação atual de que muitos jurisdicionados acabam fugindo dos tribunais, isto é, procuram resolver as suas demandas através de outros meios – como, por exemplo, a arbitragem e a transação extrajudicial – pois sabem da demora na resposta a ser dada pela justiça. Entretanto, se este

---

<sup>7</sup> Bidart destaca que “en resumen, puede hablarse del tiempo procesal como una especie de marco y, por ende, como *de-limitación* de un objeto, de seres humanos en ciertas actividades que realizan, actos en que las concretan, obras que sean su resultado. Aquí lo que importa es la duración, mayor o menor, de lo actuado. Por otra parte, puede mencionarse al tiempo procesal como un aspecto necesario del desenvolvimiento, decurso, desarrollo o evolución del proceso mismo, de esa unidad que *deviene*, para usar el antiguo galicismo, vale decir que *se está realizando* permanentemente, a lo largo del tiempo.” (BIDART, A. G. El Tiempo y el Proceso. **Revista de...**, p. 102). Tradução livre: “Em resumo, pode-se falar do tempo processual como uma espécie de marco e, por isso, como *de-limitação* de um objeto, de seres humanos em certas atividades que realizam, atos em que as concretizam, obras que são seu resultado. Aqui o que importa é a duração, maior ou menor, do atuado. Por outro lado, pode mencionar-se o tempo processual como um aspecto necessário do desenvolvimento, decurso, desenvolvimento ou evolução do próprio processo, dessa unidade que está em devir, para usar o antigo galicismo, vale dizer, que *se está realizando* permanentemente, ao largo do tempo.”

<sup>8</sup> As dilações indevidas ou exageradas são os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários. Neste sentido: GARCÍA, José Antonio Tomé. **Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios**. Madri : Montecorvo, 1987.

raciocínio pode ser aplicado a muitos ramos do direito, não o pode ser em relação ao processual penal, dada a exclusiva possibilidade de processar e punir do Estado. Assim, neste ramo do direito a morosidade da justiça torna-se mais grave, especialmente quando há restrição cautelar da liberdade do acusado.

Entretanto, a análise da questão não pode ser reduzida apenas ao argumento acima esposado. Os princípios constitucionais e processuais, conquista universal, não podem ser desprezados e desrespeitados em razão de uma celeridade que na maior parte das vezes – quase sempre - pode não corresponder ao ideal de justiça construído e esperado pela sociedade. Na esfera penal, o caso deve ser processado, isto é, deve ser reconstruído numa dimensão de tempo que não exclua todas as possibilidades de defesa e neste aspecto é imprescindível que ele se processe no tempo, que ele amadureça e tome a sua forma definitiva a partir de uma construção das partes e do juiz<sup>9</sup>. A precipitação não é compatível com o respeito necessário às garantias das partes envolvidas no processo. Os valores em jogo são por demais relevantes e, por eles, não se pode permitir uma precipitação inadequada.

Basicamente, dois problemas afetam de maneira direta a celeridade: a) por um lado, o grande número de demandas judiciais, fruto da realidade social do país; b) por outro lado, o exíguo número de magistrados, promotores de justiça e de policiais, impedindo o cumprimento dos prazos fixados. Não há que

---

<sup>9</sup> “La duración es algo necesario en toda actividad y en toda obra humana, máxime cuando se realizar paulatina y no instantáneamente. Nos estamos refiriendo, no a la permanencia futura del resultado, sino al proceso en sí, que requiere un lapso de cierta prolongación para actuarse, que no puede realizarse en un instante único.” (BIDART, A. G. El Tiempo y el Proceso. **Revista de...**, p. 110). Tradução livre: “A duração é algo necessário em toda atividade e em toda obra humana, maxime quando se realizar paulatina e não instantaneamente. Estamos nos referindo, não à permanência futura do resultado, mas sim ao processo em si, que requer um lapso de certo prolongamento para colocar-se em ação, que não pode ser realizado num instante único.”



se falar, neste aspecto, do defensor dativo, porque diante da atual conjuntura esse não é causa do atraso, visto que sua presença, não raras vezes, não é considerada essencial, tanto que é comum acabar assinando os atos praticados posteriormente, sem embargo da ilicitude aí presente. Infelizmente, somente do advogado é que se exige o fiel cumprimento dos prazos<sup>10</sup>, sem embargo, no mais das vezes, serem impróprios. Tais problemas (eles e os deles decorrentes), como é sintomático e primário, não se resolvem pela precipitação dos prazos, dado que, se tal ocorre, estar-se-ia atacando os efeitos e não as causas.

Questão que também exige análise diz respeito à eventual oposição existente entre os postulados do devido processo legal e o da efetividade do processo. O primeiro justifica-se pela necessidade de um tempo razoável para a tramitação, a fim de que os princípios processuais possam ser respeitados e especialmente a prova possa ser colhida sem atropelos, evitando injustiças. O segundo justifica-se pela necessidade de que o acerto do caso seja rápido, sem procrastinações e demoras injustificadas, evitando constrangimentos desnecessários.

Entretanto, a oposição eventualmente existente trata de um falso dilema. Falso porque não há oposição entre as duas garantias, visto que é possível um processo célere e que seja devido, para alguns, fundamento da segurança jurídica<sup>11</sup>. O processo será razoável quando os prazos forem

---

<sup>10</sup> Não é raro se verificar nos autos, após a manifestação ministerial ou do próprio magistrado, a frase “fora do prazo legal, em razão do excesso de trabalho” ou ainda “fora do prazo, por estar este promotor (juiz) designado para atender várias varas.” Destaque-se que este tipo de argumentação pode justificar o atraso internamente, perante o órgão ao qual pertence o agente, mas não pode ser utilizado para justificar a demora no acerto do caso penal perante a sociedade.

<sup>11</sup> Há que se frisar que ‘segurança jurídica’ é um termo aberto, dando margem a inúmeras interpretações e conceituações. Há que se entender, entretanto, que jamais haverá

devidamente estabelecidos e efetivamente respeitados e os atos adequados às garantias e direitos constitucionais. Da mesma forma, há plena possibilidade de se assegurar a efetividade das garantias constitucional-processuais respeitando-se os prazos legais. Com o respeito às garantias e aos prazos estabelecidos o processo será devido, pois as decisões serão sempre calcadas em elementos e provas adequadamente produzidos<sup>12</sup>.

Entretanto, o legislador brasileiro, de forma inadequada e indesejada, porque ataca os efeitos e não as causas, no afã de tentar solucionar o problema da morosidade da justiça, acabou, ao contrário do razoável, por introduzir ou criar novos ritos processuais mais 'céleres', que indubitavelmente acabam não gerando qualquer efeito positivo, pois cerceadores de garantias fundamentais do acusado.<sup>13</sup> Trata-se de um problema que diz respeito ao sistema adotado, que, por óbvio, não será superado com simples alterações procedimentais.

O presente trabalho busca, no início, sintetizar as várias concepções do tempo, tanto na história da filosofia como na ciência, na tentativa de demonstrar que o tempo foi entendido durante vários séculos como universal e igual para todos os homens e que esta concepção acabou por afetar o próprio direito. Somente a partir do final do Século XIX é que a visão newtoniana do

---

segurança se não forem respeitados os princípios básicos insculpidos na Constituição. Somente é possível se falar em segurança jurídica se a premissa acima for o ponto de partida.

<sup>12</sup> Saliente-se a posição de Oliveira Vargas: "É importante garantir o início e o fim do processo, em tempo satisfatório, razoável, de tal maneira que a demora não sufoque o direito ou a expectativa do direito. (...) Não se deve pois, entender o acesso à justiça como o mero ingresso em juízo, mas também como garantia de uma justiça rápida e eficiente, com uma ordem jurídica justa. Se o Estado se comprometeu a dar a resposta, deverá dá-la efetivamente." (OLIVEIRA VARGAS, Jorge de. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 4).

<sup>13</sup> É o que esclarece Oliveira: "... criaram-se, simplesmente, procedimentos especialíssimos, geralmente com total desconhecimento do tão decantado princípio da igualdade das partes no processo, gerando-se, com isso, dupla desigualdade: desigualdade *de* procedimento e desigualdade *no* procedimento." (OLIVEIRA, Carlos Alberto A. de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. **Ajuris**, 33/81, Porto Alegre: Ajuris, 1985).

tempo começa a ser questionada, dando lugar a uma visão de tempo através dos conceitos de relatividade e ainda de subjetividade. Procura-se demonstrar ainda novas visões do tempo, com o auxílio de filósofos modernos e também da própria psicanálise, para, ao final, ingressar na análise do conceito de entropia e sua relação com o sistema jurídico.

Num segundo momento, busca-se trazer um breve histórico do princípio do devido processo legal, do qual advém a garantia do processo num prazo razoável, bem como sua concepção nos aspectos substantivo e processual e ainda a sua recepção pelo sistema jurídico brasileiro, notadamente pela Constituição da República de 1988.

A seguir, procura-se demonstrar o caráter instrumental e garantista do direito processual penal, salientando-se as suas finalidades. Dentro deste contexto e com base na garantia da razoabilidade dos prazos, fruto do devido processo, realiza-se análise dos prazos fixados no sistema brasileiro, tanto para a fase de investigação como para os principais ritos processuais, a fim de aferir a sua razoabilidade em confronto com a garantia constitucional.

Por fim, busca-se uma reflexão sobre a estrutura atual do direito processual penal, especificamente quanto à garantia do processo no prazo razoável, e a sua efetividade, demonstrando-se as graves conseqüências advindas do desrespeito à esta garantia constitucional, somada à entropia do sistema e à perda de sentido do direito quando sua resposta não advém no tempo esperado e necessário. Espera-se que, dentro da atual conjuntura, possa ser concebido e encontrado um efetivo critério de razoabilidade para que o processo possa se desenvolver de forma rápida, respeitando, entretanto, os princípios básicos do processo penal, especificamente o devido processo, a fim

de que o Estado possa dar uma resposta jurisdicional rápida, mas também efetiva, pois, como afirma Cruz e Tucci, “a intolerável duração do processo constitui enorme obstáculo para que ele cumpra, de forma efetiva e tempestiva, os seus compromissos institucionais”<sup>14</sup>, ou ainda, como lembrava Couture, “no processo, o tempo é algo mais do que ouro: é justiça.”<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**: Uma Análise Empírica das Repercussões do Tempo na Fenomenologia Processual Civil e Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 145.

<sup>15</sup> “En el proceso el tiempo es algo más que oro: es justicia.” (COUTURE, Eduardo. **Proyecto de Código de Procedimiento Civil**. Montevideo: s/ed. 1945, p.37).

## Capítulo 1 - O tempo e seus sentidos – brevíssima história do tempo

*“E um dia, então, as poderosas muralhas do universo,  
cercadas por forças hostis, hão de capitular e sucumbir e  
desmoronar em ruínas”*

*Lucrecio – sobre a natureza das coisas*

### 1.1 Processo, tempo e espaço

O Processo é uma palavra que pode ser entendida como movimento no tempo e no espaço. As noções de “tempo”, “movimento” e “espaço” são inseparáveis da noção de processo. De início, é importante se destacar, de uma forma geral, os sentidos e definições recorrentes de processo<sup>1</sup> e, a seguir, o sentido de tempo, movimento e espaço.

Em linhas gerais, a palavra “processo” pode ser entendida como método, como caminho, como transformação ou como concatenação de eventos que visam atingir uma finalidade. No primeiro sentido, o termo processo é entendido como maneira de operar ou agir; no segundo sentido indica transformação e desenvolvimento histórico, e, por fim, o terceiro indica concatenação causal, derivação de uma coisa a partir de outra.<sup>2</sup>

Muitos são os sentidos técnicos da palavra processo. Pode ter um sentido metafísico, um sentido teológico, um sentido lógico, um sentido físico e um sentido analítico.

---

<sup>1</sup> As noções sobre processo apresentadas neste momento não são, por óbvio, as mesmas que definem o processo no seu sentido jurídico, que serão trabalhadas em capítulo futuro, nada obstante o seu sentido primário seja o mesmo.

<sup>2</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 765-766.

Embora a palavra 'processo' seja, em princípio, axiologicamente neutra, é consenso na história da epistemologia manter para ela o sentido de movimento, de devir, noções estas contrárias a um caráter estático e estável. Processo é movimento. Por vezes, o termo foi entendido não somente como progresso, mas também com acontecimento e ação. Em função do dito, processo tem um sentido tão amplo que, segundo José Ferrater Mora, resulta praticamente inoperante, isto é, são tantas as definições que o conceito torna-se equívoco.<sup>3</sup>

Epistemólogos denominados de “processualistas” não estabelecem distinções formais entre “processo”, “acontecimento” e “ação”, pressupondo que o contexto esclarecerá ou deixará bem circunscrito o sentido do termo.

Na filosofia do século XX, a noção de processo aparece como equivalente a devir e mudança. Em consequência, as chamadas “filosofias do processo” foram entendidas como filosofias segundo as quais o que existe não é redutível a “entidades” ou “coisas” invariáveis, assim, desde o mobilismo de Heráclito ao mobilismo de Hegel. As coisas ou entidades são melhor explicadas em função ou dentro de um contexto (processo existencial, psicológico, histórico ou sociológico). Portanto, o processo é “um quê...” que se contrapõe ao ser estático ou ao ser substancial, o quid<sup>4</sup>.

A direção de tais filosofias parte do concreto ao indeterminismo e ao

---

<sup>3</sup> MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Madri: Alianza Editorial, 1988, vol. 3, p. 2701-2702.

<sup>4</sup> As noções: ousia, natureza, substância e quididade possuem o sentido comum, platônico, de essência. Segundo a filosofia de Platão as essências são eternas, imutáveis e infinitas na sua ordem, como a noção de bem, justo, verdadeiro, por exemplo, que não admitem nem o mais nem o menos, sendo, portanto, atemporais. O problema epistemológico de Platão, durante toda a sua vida, foi tentar explicar como tais noções se relacionam com o mundo material. Para tanto, criou duas teorias: a da participação e a da imitação. A primeira implica que a alma é imortal, transmigra num processo de metempsicose, isto é, um dia ela já esteve no hipermundo, hiperurânio e que por algum “pecado” foi condenada ao mundo material. A segunda, a imitação, exige a presença de um semi-deus, o demiurgo, inter mundos que molda os objetos e as coisas do mundo material (reico) conforme as formas puras do mundo ontológico. BRUGGER, Walter. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. 3. ed. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1977.

contingentismo. Assim são, por exemplo, a psicologia de William James e a filosofia de Henri Bergson, para citar apenas duas. O processualismo psicológico e filosófico faz uso junto a processo das idéias de “fluxo”, “corrente”, “duração” e “temporalidade”. O fundamental para as filosofias ditas processualistas é a totalidade, o tempo, a duração, a funcionalidade, a continuidade e a razoabilidade.

As filosofias não processualistas tomam como paradigma filosófico, por oposição a processo, a “coisa” ou o “agente” como um substrato de mudanças. Isto está implícito, por exemplo, na filosofia escolástica, nos ditos *operari sequitur esse; modus operandi sequitur esse; agere sequitur esse*<sup>5</sup>. O ser é entendido como a coisa, o agente. O fundamental nas filosofias não processualistas é o “indivíduo” e o “espaço” ou o indivíduo e sua situação no espaço, atômica e descontínua, *atemporal*.

Segundo Whitehead<sup>6</sup>, a filosofia do processo é também uma “filosofia do organismo”, entendido este num sentido dinâmico e não estático, como um processo orgânico. Whitehead definiu quatro sentidos para o termo processo: i) como mundo temporal ou o mundo das coisas finitas que transcorrem; ii) como atividade ou vida; iii) como crescimento ou mudança interna; iv) como o movimento de estado em relação às outras coisas.

As distinções insistem no aspecto dinâmico e mutável da realidade, tanto física quanto histórica, enfocando ou dando importância ao “descobrimento”, à “novidade” e à “racionalidade” dos eventos.

Desde que o Direito, a partir da modernidade, passou a entender processo como “método”, o conceito de processo foi tomado no sentido de descontínuo, de

---

<sup>5</sup> A operação segue o ser; o modo de operar segue o ser; o agir segue o ser (tradução livre).

<sup>6</sup> WHITEHEAD, Alfred North. **Process and reality**. Chicago: University of Chicago Press, 1981, p. 36 e seguintes.

estático, de fragmentado e não como evento, contínuo, concatenado, organizado, no sentido da filosofia processualista, conforme descrito acima. Quer seja tomada a noção de processo, em linhas gerais, como *movimento, transformação, ou concatenação de eventos*; quer seja tomada em sentido técnico, epistemológico, como *acontecimento dinâmico*; ou, finalmente, quer sejam tomadas as definições dadas por Whitehead, o que fica explícito é que as definições implicam *tempo, espaço e movimento*, razão pela qual se faria necessário explicitar estas noções nos vários campos que apareceram, mas, em razão do enfoque determinado do presente trabalho, essas noções serão analisadas historicamente a partir do campo da filosofia e da física, dada a influência que tiveram diretamente sobre o próprio Direito.

## 1.2 O tempo e suas concepções ao longo da História

O que é o tempo? Qual é a percepção que se pode ter do tempo? O que é ter “consciência” do tempo? Existe o tempo para além ou fora da consciência? Estas e muitas outras questões relativas ao tempo são de difícil resposta – algumas, talvez, sem resposta - e somente uma (tentativa de) reflexão sobre o tempo poderá aclarar a visão sobre ele, com a busca de suporte na história da filosofia e na própria ciência.

As medidas colocadas ao tempo pelo homem sempre foram feitas a partir dos elementos mais sensíveis, para que se pudesse ter a sua consciência e percepção pelas sociedades humanas. Ter consciência do tempo é estabelecer marcas ou referências comuns: marcas entre as manhãs e as tardes, entre os dias e as noites,



entre as semanas, as estações, os anos, pela posição do sol no céu<sup>7</sup>. Além disso, a altura do ano pode ser determinada pelo nascer e pôr helíacos das estrelas, constituindo a base de um calendário. Segundo Whitrow<sup>8</sup>, a passagem do tempo pode ser determinada, ainda que de forma aproximada, pela observação da posição de grupamentos estelares facilmente reconhecíveis, especialmente as Plêiades. Para o citado autor,

As estrelas, porém, se podem ajudar o homem a determinar as estações, não lhe permitem dividir o ano em partes. Em seu lugar, usou-se a Lua para produzir uma unidade temporal entre o ano e o dia. Mais ainda, diversamente das fases naturais e das estrelas, o crescimento e o decrescimento da Lua forneciam um meio de computar o tempo. A Lua pode ser considerada, portanto, o primeiro cronômetro, já que sua aparência continuamente cambiante chamou atenção para o aspecto de duração do tempo.<sup>9</sup>

Para o senso comum, existe a impressão de que o tempo prossegue sempre, por conta própria, sem que nada lhe afete, de modo que, mesmo que as atividades todas fossem interrompidas, mesmo assim ele continuaria seu fluxo, sem qualquer interrupção.<sup>10</sup>

As marcas são geralmente numéricas, tais como o número estampado no mostrador de um relógio, as batidas do relógio, a divisão do ano em 365 dias e 6 horas, a divisão do ano em 12 meses, a divisão dos dias em 24 horas, a divisão das

---

<sup>7</sup> Neste sentido: PIETTRE, Bernard. **Filosofia e ciência do tempo**. Tradução de Maria Antonia Pires de C. Figueiredo. Bauru: Edusc, 1997, p. 17.

<sup>8</sup> WHITROW, G. J. **O tempo na história**. Concepção do tempo da pré-história aos nossos dias. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 30.

<sup>9</sup> WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 30.

<sup>10</sup> G. J. Whitrow esclarece que "para muita gente, o modo como medimos o tempo pelo relógio e o calendário é absoluto, e já houve até quem pensasse que a alteração de um ou de outro atraía desgraça. Em 1916, quando o 'horário de verão' foi introduzido pela primeira vez no Reino Unido, adiantando o relógio em uma hora, foram muitos os que se opuseram à interferência no que a famosa romancista Marie Corelli chamou de 'horário do próprio Deus'. Assim também, em 1752, quando o governo britânico resolveu alterar o calendário de modo a fazê-lo coincidir com o que fora previamente adotado pela maioria dos outros países da Europa Ocidental, e decretou que o dia seguinte a 2 de setembro deveria ser registrado como 14 de setembro, muita gente pensou que, com isso, suas vidas estavam sendo encurtadas." (WHITROW, G. J. Idem, p. 15).

horas em 60 minutos, a divisão dos minutos em 60 segundos, e assim por diante<sup>11</sup>. Essa divisão em números, ou melhor, a correlação entre o movimento dos astros e a medida do tempo, foi que levou à definição de Aristóteles: “o tempo é o número do movimento, conforme o anterior e o posterior.”<sup>12</sup> O homem, desde os primórdios, buscou relacionar os ritmos dos fenômenos naturais à configuração dos astros:

Não há controvérsias, todavia, acerca do papel verdadeiramente capital desempenhado na história do pensamento científico pelo longo (e possivelmente árduo) processo de registro de correlações entre os ritmos que regulam os fenômenos naturais - biológicos, climáticos, sazonais – terrestres e a repetição de configurações dos astros. Nesse sentido, a astronomia seria indubitavelmente a ‘primeira’ das ciências; e a elaboração de calendários – tabelas que exprimem associações entre ciclos da natureza e ciclos celestes -, a ‘primeira’ das tecnologias. À Construção dos calendários se deve o triunfo da revolução agrícola do Neolítico e a conseqüente aparição e prosperidade das grandes civilizações antigas.

---

<sup>11</sup> Por óbvio, a divisão referida é convencional. Ao invés de 12, poderia o ano ser dividido em outra quantidade de meses e assim por diante. Entretanto, a divisão que se tem atualmente é baseada no movimento dos astros e não é por acaso que se guarda a medida do tempo babilônica: eles eram excelentes astrônomos e os gregos se serviram das tábuas astronômicas dos babilônios. (PIETTRE, Bernard. **Filosofia e...**, p. 18-19). Destaque-se ainda que “os gregos foram os primeiros a atribuir aos antigos povos da Mesopotâmia um amplo conhecimento astronômico. Conta Simplicio que, por ocasião das conquistas de Alexandre, Calístenes enviou ao seu tio Aristóteles um resumo de observações de eclipses, realizadas desde mil e novecentos anos antes dessa época: “ao acreditarmos nisto, os babilônios teriam registrado os eclipses, desde o fim do 3.º milênio a.C.! [...] o exame metódico das tabuinhas, e sua correta interpretação, mostraram que a astronomia assírio-babilônica não foi somente uma admirável ciência de observação, mas também uma disciplina teórica, em que a matemática desempenhou papel de primeira plana.” (TATON, René. **História geral das ciências**. A ciência antiga e medieval. v. 1. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1959, p. 127). Entretanto, Whitrow atribui aos egípcios a criação do calendário tal como hoje é conhecido: “Seja como for, sob um aspecto os egípcios deram uma importante contribuição à ciência do tempo. Foram os criadores do que Otto Neugebauer qualificou de ‘o único calendário inteligente que jamais existiu na história humana’. Seu ano civil compunha-se de 12 meses, cada um com 30 dias, com cinco dias adicionais no final de cada ano, perfazendo um total de 365. Na visão de Neugebauer, teve origens em bases puramente práticas, pela observação contínua e o estabelecimento de média dos intervalos de tempo entre sucessivas chegadas da cheia do Nilo – o principal acontecimento na vida egípcia – a Heliópolis. De início os egípcios não se davam conta de que o ano astronômico não consiste exatamente de 365 dias, contendo uma fração extra (de cerca de um quarto) de um dia. Mas a discrepância não tardou a ser percebida e introduziu-se então um outro calendário, que guardava uma consonância mais estreita com os fenômenos astronômicos. Percebeu-se que a cheia do Nilo ocorria quando a última estrela a aparecer no horizonte, antes que o clarão da aurora obscureça todas elas, era a estrela Cão Sótis, ou Sírius, como a chamamos. Esse ‘nascer heliaco’, para usar o termo empregado na astronomia grega, passou então a ser considerado o ponto fixo natural do calendário ‘sotiacal’ [...] Assim, na sucinta expressão de Neugebauer, nossa maneira atual de dividir o dia em horas, minutos e segundos ‘é o resultado de uma modificação helenística de uma prática egípcia combinada a procedimentos numéricos babilônicos.” (WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 40 e 43).

<sup>12</sup> Aristóteles, *Physica*, IV.

Inúmeras mitologias e cosmogonias da Antiguidade concebem o tempo como a expressão da repetição cíclica dos acontecimentos.<sup>13</sup>

Se para os egípcios o Rio Nilo trazia a fertilidade e era símbolo da possibilidade da vida, já a civilização mesopotâmica desenvolveu-se em ambiente diverso. Os rios Tigre e Eufrates possuíam um comportamento bem diferente do Nilo. Assim,

Os habitantes da antiga Mesopotâmia eram obrigados a enfrentar variações climáticas, ventos cortantes, chuvas torrenciais e enchentes devastadoras, que escapavam a seu controle. A mentalidade que marca a civilização mesopotâmica reflete esse elemento de força e violência da natureza, que não propiciava a crença de que a devastação causada pelo tempo podia ser superada por um culto ritual como o de Osíris, no Egito. Ainda que houvesse indícios de ordem cósmica nos movimentos do Sol, da Lua e das estrelas, bem como no ciclo das estações, essa ordem não era encarada como seguramente estabelecida, devendo ser continuamente promovida pela integração de vontades ou poderes divinos conflitantes.<sup>14</sup>

Desta forma, o estudo dos céus ocorria não apenas em busca de presságios, mas também com interesse no calendário. E a base do calendário babilônico parece ter sido lunar, com a inserção de um décimo terceiro mês de vez em quando, para evitar a defasagem do calendário. Foram os babilônios que associaram as fases da lua ao período de sete dias, sendo que cada período terminava com um 'dia maligno'. Nesse, tabus eram impostos para aplacar a ira dos deuses e efetivar a reconciliação. De acordo com o Whitrow,

---

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Luiz Alberto. *Imagens do tempo*. In: DOCTORS, Márcio. (Org.) **Tempo dos tempos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 38. É importante ressaltar a observação trazida por Whitrow: "Seja como for, está claro que a origem do conceito de número, como a origem da linguagem, está intimamente relacionada com o modo como nossas mentes trabalham no tempo, isto é, com nossa capacidade de prestar atenção, estritamente falando, a uma só coisa de cada vez, e nossa incapacidade de fazê-lo por muito tempo sem que nossas mentes divaguem. Nossa idéia do tempo está pois estritamente ligada ao fato de que nosso processo de pensamento consiste numa seqüência linear de atos discretos de atenção. Em conseqüência, o tempo é naturalmente associado por nós à contagem, o mais simples de todos os ritmos. Certamente não é por acaso que as palavras 'aritmética' e 'ritmo' vêm ambas de termos gregos derivados de uma raiz comum que significava 'fluir'." (WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 27).

<sup>14</sup> WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 43-44.

Essas normas proibitivas eram similares às observadas por muitos outros povos em diferentes partes do mundo nos momentos em que a Lua mudava de aspecto, mas os babilônios influenciaram os judeus, que por sua vez influenciaram os primeiros cristãos e, por fim, a nós mesmos. É entre os babilônios, portanto, que deve ser buscada a origem primeira de nossa semana de sete dias e das restrições por tanto tempo impostas às atividades dominicais.<sup>15</sup>

De 539 a 331 a.C. a Babilônia passou ao domínio persa. Segundo Whitrow<sup>16</sup>, é desse período que data o mais antigo sistema de teoria planetária dos babilônios, coincidindo com a invenção da astrologia horoscópica, o que implicava conhecimento da posição dos planetas. O objetivo era astrológico, mas, a influência de doutrinas iranianas da imortalidade e da origem celeste da alma acabou por influenciar e fazer tender para a astrologia horoscópica. É neste contexto que surge, inclusive, uma das grandes religiões da humanidade, o zoroastrismo<sup>17</sup>, que envolvia uma interpretação teleológica do tempo.

O caráter escatológico do zoroastrismo está diretamente ligado à importância do tempo para esta religião. Zaratustra pregava a existência de um espírito bom (Ormuzd) e de um espírito mau e destrutivo (Arimã), que seriam gêmeos e teriam sido criados por Deus (Ahura-Mazdâ), tendo este último espírito se tornado mau por sua própria e livre escolha. Para tentar explicar a origem comum e o desvio do espírito mau, surgiu uma heresia associada à idéia de tempo, personificada pelo

---

<sup>15</sup> WHITROW, G. J. Idem, p. 47. Também os hebreus tinham um calendário que se baseava na lua. A semana hebraica de sete dias terminava com o sabá, sendo este o único dia que recebia uma denominação. Enquanto o período babilônico de sete dias terminava com um dia maligno, associado à Lua, a semana hebraica se sucedia de mês a mês e de ano a ano, independentemente da Lua. Além disso, o dia maligno babilônico era observado apenas pelo rei, os sacerdotes e os médicos, enquanto que o sabá hebraico era observado por toda a nação. (WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 70).

<sup>16</sup> WHITROW, G. J. Idem, p. 47 e ss.

<sup>17</sup> Zaratustra, em grego Zoroastro, foi o fundador dessa religião. Ele pertencia a uma tribo de pastores do norte da Pérsia. Teria tido uma revelação profética quando jovem, que o levou a pregar uma nova fé em lugar do politeísmo reinante. Zaratustra pregava que a luta entre as forças do bem e do mal permeavam todo o universo. A luta entre o bem e o mal é cósmica e o homem tem o livre arbítrio para fazer a sua opção. No final, Deus fará o julgamento final. Essa doutrina representa a primeira escatologia sistematizada da história da religião, tendo influenciado o judaísmo, o cristianismo e o islã. (WHITROW, G. J. Idem, p. 48).

antigo deus Zurvan, que se tornou a divindade suprema. O raciocínio desse desdobramento está claro numa passagem de um escrito conhecido como Rivayat Persa:

Exceto o Tempo, todas as outras coisas são criadas. O Tempo é o criador; e o Tempo não tem limite, nem cume ou base. Ele sempre foi e será para todo o sempre. Nenhuma pessoa sensata dirá de onde veio o Tempo. Apesar de toda a grandeza que o cercava, não havia ninguém para chamá-lo de criador; pois ele não dera origem a criação alguma. Então ele criou o fogo e a água; e quando os reuniu, Ormuzd ganhou existência, e simultaneamente o Tempo tornou-se Criador e Senhor da criação que produzira.<sup>18</sup>

Merece destaque a tendência dualista de verificação do tempo, já que o pensamento iraniano possuiu sempre uma tendência dualista. Havia o tempo indivisível, que é eterno agora, e o tempo divisível em partes sucessivas. O primeiro, fundamental e denominado Zurvan arakana, era o genitor do universo e dos espíritos do bem e do mal. O segundo, denominado Zurvan daregho-chvadhata, era o tempo finito, que trazia a decadência e a morte, tendo existido unicamente para ocasionar o conflito entre o bem e o mau, que redundou na vitória do primeiro.<sup>19</sup>

Diferentemente dos persas, os gregos não concebiam o tempo como um deus<sup>20</sup>. Possuíam, em verdade, três termos para designar o tempo: Aiôn,<sup>21</sup> a eterna

<sup>18</sup> WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 49.

<sup>19</sup> WHITROW, G. J. *Idem*, p. 49-51.

<sup>20</sup> Com os gregos, aparece a idéia do tempo como um juiz. Anaximandro afirmava que todas as coisas que são criadas devem também perecer, de acordo com a sentença do Tempo. Esta idéia está presente também em Sólon, que teria apresentado sua defesa 'ante o tribunal do Tempo'. Nos tribunais atenienses havia o costume de se colocar uma clepsidra para assegurar que as intervenções não excedessem meia hora. (WHITROW, G. J. *Idem*, p. 53 e ss).

<sup>21</sup> Aiôn é o deus para quem o presente não se faz presente, instaura-se como espaço das vivências incorporais e dos atributos distintos das qualidades; é prenhe de efeitos que o povoam sem, entretanto, conseguir preenchê-lo; é ilimitado como o futuro e o passado, mas finito como o instante; estica-se em linha reta, incomensurável, nos dois sentidos. Sendo sempre passado e sempre devir, Aiôn redimensiona-se como verdade eterna do tempo. Já para Cronos, só o presente existe no tempo, enquanto que, para Aiôn, o que subsiste no tempo é o passado e o futuro. Em lugar de um agora, que estende seus tentáculos ao passado e ao futuro, tornando o tempo sempre presente, há um futuro e um passado que fragmentam, a cada momento do tempo, o presente, e multiplicam, ao infinito, o passado e o futuro. Cronos, assim conceituado, pode ser infinito sem, entretanto, ser ilimitado. É o movimento marcado dos presentes amplos e abismais. Desta forma, só

*presença*, a perenidade imóvel que abarca o passado e o futuro, e neste sentido, sim, era como se um deus fosse; Krónos,<sup>22</sup> o *deus das sucessões dinásticas*, que encarna a *consecutividade* das épocas; e kairós,<sup>23</sup> o deus das encruzilhadas, das bifurcações que se abrem para os diferentes futuros, o deus do *momento oportuno*.

Aiôn significava “época da vida”, “tempo da vida”, “duração da vida” e daí vida ou destino de uma existência individual. O significado mais originário é de força de vida, fonte de vida e vitalidade, porque o termo é derivado de ‘yu’, daí iuvenis (jovem). É fácil passar do conceito de força ao conceito de vida e da noção de vida ao de tempo da vida<sup>24</sup>. Assim, o tempo de duração de uma vida individual está ligado à persistência da força vital que faz com que o indivíduo seja.

Krónos, por sua vez, significava duração do tempo, e daí tempo em todo o seu conjunto, inclusive o tempo infinito. Em seus sentidos primitivos, Aiôn e Krónos designavam, respectivamente, uma época ou uma parte do tempo (Aiôn) e o tempo em geral (Krónos). Aiôn foi utilizado para significar eternidade e assim o seu significado restou mais amplo que o de Krónos. Aiôn, ao ser concebido assim, ampliou a concepção de período de vida e se converteu em vida sem fim e daí em eternidade. Por essa razão, Platão usa para a eternidade o termo Aiôn ao escrever

---

o presente afeta Cronos. Sob sua égide marcha a ação dos corpos e as qualidades corporais, a limitação e a infinitude, a circularidade e os acidentes desta mesma circularidade. (DELEUZE, Gilles. **Lógica do sentido**. São Paulo, Perspectiva, p. 167-168).

<sup>22</sup> “Crono, em grego, Krónos, sem etimologia certa até o momento. Por um simples jogo de palavras, por uma espécie de homonímia forçada, Crono foi identificado muitas vezes com o *tempo* personificado, já que, em grego, Krónos é o tempo. Se, na realidade, *Krónos*, Crono, nada tem a ver etimologicamente com *Krónos*, o tempo, semanticamente à identificação, de certa forma, é válida: Crono devora, ao mesmo tempo que gera; mutilando a Urano, estanca as fontes da vida, mas torna-se ele próprio uma fonte, fecundando Réia”. (BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. 11. ed. v. I. Vozes, Petrópolis, 1997, p. 198).

<sup>23</sup> Aquele tempo em que algo especial acontece. Enquanto Krónos é o tempo de natureza quantitativa, o “tempo dos homens”, Kairós é utilizado para descrever a forma qualitativa do tempo.

<sup>24</sup> MORA, José Ferrater. **Dicionário de...**, v. 4, p. 3240.

no *Timeo*<sup>25</sup> que Krónos é a imagem móvel da eternidade, Aiôn. Aristóteles, por sua vez, transpôs o conceito de idade para a idade do céu inteiro, por conseguinte, de eternidade, e desde Aristóteles o termo Aiôn passou a ter o sentido de tempo imortal, divino, sem princípio nem fim, totalidade do tempo e modelo do tempo<sup>26</sup>.

Na filosofia antiga, de modo geral, e na filosofia medieval, de modo especial, o conceito de tempo foi relegado a um segundo plano nas questões filosóficas, se comparado ao conceito de 'ser'.

A percepção grega do mundo fundamentada no conceito de ser é de caráter atemporal e oposta ao conceito hebreu, que é fundamentalmente temporal: os gregos destacam o estar enquanto que os hebreus destacam o passar. Isto não significa que os gregos não possuíam uma noção de tempo, mas sim que concebiam o tempo em função do presente ao passo que os hebreus o concebiam em função do futuro.

Os hebreus determinaram e mediram o tempo em dois sentidos: em grandes unidades, que refletiam as épocas do ano, medido em função da posição do sol no espaço e em pequenas unidades, medidas mediante o passar do dia e da noite e das diversas horas do dia e da noite pela quantidade de luz ou obscuridade. Conceberam o tempo como série de percepções temporais interiorizadas e convertidas em duração e temporalidade. Medidas e percepções fundamentais para a imagem de mundo hebraica, que condiciona e sustenta os conceitos de justiça, promessa divina, tempo de justiça, tempo de provação, tempo de esperança e tempo de redenção. O tempo hebreu é tempo profético. Vale, aqui, ressaltar o ensinamento de Whitrow:

---

<sup>25</sup> *Timeo*, 37, D. Imagem e não realidade; móvel no sentido em que o tempo passa, se escoia; mas esta mobilidade do tempo, na medida em que é ritmada pelo curso eterno e regular dos astros, imita a imutável eternidade. (PIETTRE, Bernard. **Filosofia e ciência...**, p. 36).

<sup>26</sup> *De Caelo*, I 9, 279 a 22-30.

Há muito se sustenta que nossa idéia moderna de tempo se deriva daquela do cristianismo primitivo, a qual, por sua vez, teria raízes em Israel e no judaísmo antigos. Diz-se que, em vez de uma concepção cíclica do tempo, os judeus teriam tido uma concepção linear, baseada, no caso, numa idéia teleológica da história, vista como a revelação gradual do designio de Deus. [...] O apelo ao passado transformou-se então numa filosofia da história voltada para o futuro. Por esta razão, muitas vezes se afirmou que, para os hebreus antigos, o tempo era um processo linear unidirecional que se estendia do ato divino da criação até a realização final do propósito de Deus, com o triunfo definitivo, aqui na Terra, do povo eleito, Israel. [...] o traço mais destacado a distinguir o pensamento hebraico do grego (em particular o de Aristóteles) era a idéia do cosmo como uma criação de Deus que ocorrera efetivamente na história. No pensamento hebraico, a natureza não era divina como no pensamento grego, e Deus transcendia todos os fenômenos. O Sol, a Lua e as estrelas eram todos criaturas de Deus e serviam para testar sua obra (Salmo 19). Em contraste com os egípcios e com os babilônios, os hebreus não consideravam a monarquia como 'ancorada no cosmo'. Na religião hebraica, e somente nela, o homem se unia a Deus por uma aliança quase legal, em virtude da qual o antigo vínculo entre o homem e a natureza era destruído. Por causa disto, os judeus foram por vezes considerados os 'construtores do tempo', ao passo que os gregos teriam sido os 'construtores do espaço', os romanos os 'construtores do império' e os cristãos os 'construtores do céu'.<sup>27</sup>

O tempo grego, porque concebido com base no movimento dos astros, possui um sentido cíclico, portanto repetível, tendo em conta que o movimento dos astros é cíclico<sup>28</sup>. O sentido grego é trágico, visto que o presente retorna de alguma forma,

---

<sup>27</sup> WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 67-69. O mesmo autor explicita que o cristianismo herdou a visão do tempo peculiar dos judeus, com sua esperança de redenção de sucessivos opressores. Assevera, também, que enquanto o judaísmo estava basicamente voltado para os destinos de Israel, os cristãos atribuíram um significado universal à sua fé, pois, uma vez que consideravam a crucifixão um evento não passível de repetição, então o tempo deveria ser linear, e não cíclico. Essa visão histórica do tempo é a própria essência do cristianismo. Enquanto para a maioria dos gregos e romanos, acreditassem ou não em ciclos, os aspectos dominantes do tempo eram o presente e o passado, o cristianismo dirigiu a atenção do homem para o futuro. (WHITROW, G. J. *Idem*, p. 72-73 e 80).

<sup>28</sup> Segundo Luiz Alberto Oliveira, “a observação de que a natureza é rica em regularidades – isto é, em fenômenos rítmicos ou periódicos – foi um dos sinais inequívocos do desenvolvimento da inteligência no homem, e suas evidências arqueológicas remontam a dezenas de milhares de anos atrás. Não admira que a imagem mais arcaica do tempo de que podemos dispor, segundo os historiadores das idéias, seja a do ciclo. Desde as eras mais remotas, inúmeros povos compartilharam a convicção de que a natureza se organizaria ritmicamente, sendo a conjugação dos diversos ritmos naturais a própria expressão da ordem cósmica ou divina vigente.” Em outra passagem, assevera o autor em questão: “Os gregos – a quem se costuma atribuir a gênese do sistema de pensamento que virá a ser chamado de Ocidente – ofereceram um contribuição espantosamente original acerca da representação da natureza, ao lançar mão de imagens geométricas para figurar os seres e os acontecimentos do mundo. Assim, o céu foi convertido em uma abóboda, e o tempo cíclico recebeu uma metáfora inesquecível: o círculo.” (OLIVEIRA, Luiz Alberto. *Imagens do tempo*. In: DOCTORS, Márcio. (Org.) **Tempo do...**, p. 37 e 38).



enquanto que para os hebreus o futuro é esperança. Os gregos consideraram o tempo de modo linear, pois cada série de um ciclo é um conjunto de presentes.

Tais distinções podem ser também denotadas não só quanto à percepção de mundo como também na linguagem. Segundo Whitrow

A razão por que a fala se baseia no som e não no gesto reside provavelmente no fato de que a audição é o sentido mais proximamente relacionado ao tempo. Contudo, embora o som seja transitório, o desenvolvimento da linguagem fundou-se originariamente no reconhecimento, pelo homem, de objetos duráveis a que podia dar nomes, pois há indícios de que a introdução de tempos verbais foi um desenvolvimento relativamente tardio. Nosso conhecimento da evolução da linguagem, embora forçosamente confinado a registros escritos, confirma essa conclusão. Por exemplo, no Médio Egito de cerca de 2000 a.C., os 'tempos' verbais diziam respeito à repetição da noção expressa pelo verbo e não à relação temporal da ação envolvida com o falante. Isto não era apenas uma peculiaridade do Médio Egito, pois verificamos que em outras formas antigas de linguagem a característica temporal dominante era a duração e não o tempo. De fato, foi somente nas línguas indo-européias que as distinções entre passado, presente e futuro se desenvolveram plenamente. Em hebreu, por exemplo, o verbo não distingue as ações nesses termos, mas entre incompletas e realizadas. Ademais, 'pensamos o futuro como estando à nossa frente, ao passo que, em hebreu, os eventos futuros são sempre expressos como vindo depois de nós'.<sup>29</sup>

Para os hebreus, os tempos do verbo expressam ações completas ou incompletas: por exemplo, matou (sentiu-se culpado) ou foi obrigado a matar (sentiu-se apreensivo). As formas verbais mudam o sentido no passado ou no futuro, porque se relacionam com vivências internas do tempo e não com os modos de presença das coisas, formas que firmam o sentido de responsabilidade (passado) e de compromisso (futuro). Já para os gregos, o temporal, o presente não possui conotação de duração, mas é entendido como presente momentâneo, presente pontual, porque o seu ponto de vista é o agora, mensurado pela série repetível do

---

<sup>29</sup> WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 26.

ciclo eterno, superior à mera temporalidade; por exemplo: mata, desde sempre. Krónos mata o primeiro filho, o segundo e os seguintes<sup>30</sup>

Aristóteles<sup>31</sup> rejeita a tese platônica de que o presente é uma cópia, imagem ou sombra de uma realidade eterna, verdadeira, afirmando que se não pode perceber o tempo sem que se perceba juntamente o movimento, mesmo que seja somente o movimento da mente. O tempo tem que ser o movimento ou algo relacionado ao movimento.

O tempo, ou melhor, a sucessão temporal é definida a partir de Aristóteles como o agora (o instante), o antes e o depois; essas são noções a partir das quais o tempo pode ser definido como: a medida do movimento segundo um antes e um depois, segundo um anterior e um posterior. O tempo é uma espécie de número que se mede e só pode ser medido numericamente. Tempo e movimento não só se relacionam, mas são interdefiníveis. O tempo é medido pelo movimento e o movimento é medido pelo tempo.<sup>32</sup>

O movimento, para Aristóteles, tem um sentido amplo, podendo ser concebido segundo o lugar (deslocamento, translação e rotação), a qualidade (alteração, ex. de cor), a quantidade (aumento e diminuição) e ainda segundo a essência (a geração e a corrupção – ex. o nascimento e a morte). Assim, não existe tempo onde não há movimento:

Com efeito, quando nosso pensamento não sofreu mudança nenhuma ou quando a mudança nos escapa, não nos parece que o tempo tenha passado. Somos como aqueles que, segundo a lenda de Sardes, acordam após ter dormido ao lado dos heróis. Eles ligam, com efeito, o instante

---

<sup>30</sup> A respeito da eterna repetição, vale citar o filme **Feitiço do tempo** (Groundhog Day), do diretor Harold Ramis (US 1993), onde meteorologista vê-se preso numa repetição das mesmas 24 horas de sua vida. (FEITIÇO DO TEMPO. Direção de Harold Ramis. EUA: Columbia Pictures Corporation. Dist. Columbia Pictures, 1993. 1 filme (97 min): son, color.; 16 mm).

<sup>31</sup> Física, Livro IV, II, 219 A.

<sup>32</sup> Física, Livro IV, 220 A.

precedente ao instante seguinte, tornando-os um único momento, apagando o intervalo que os separou, pois deste não tiveram consciência.<sup>33</sup>

Apesar de existir uma afinidade entre o tempo e o movimento, o tempo não é movimento, pois os movimentos variam e são multiformes, enquanto que o tempo não varia. O tempo é uma medida uniforme de movimentos multiformes: **“o tempo é o mesmo, em todo o lugar e para todos os homens.”**<sup>34</sup> Dentre todos os movimentos, um deles tem o privilégio, pois estabelece a medida do tempo: é o movimento eterno e regular da esfera celeste, mais precisamente do sol em torno da terra. Assim, o tempo é uma medida fixada pelo espírito humano a partir de um movimento astronômico. O tempo, ao contrário do movimento, não existe fora da alma, sem o espírito. Se o tempo é um número, tem que existir a alma que o numere, pois, para que uma coisa seja numerada ou simplesmente numerável, é necessário existir um ser que numere.<sup>35</sup>

A constatação de que o tempo existe no espírito e não na realidade torna-se clara quando se considera o “instante”, que é o limite entre o anterior e o posterior, o fim do que era anterior e o começo do que será posterior. Entretanto, o instante é uma abstração, tem uma existência matemática, mas não real, porque a ele não se pode atribuir realidade, pois senão ele seria uma realidade indivisível do tempo ou uma realidade divisível ao infinito.<sup>36</sup> Entretanto, para Aristóteles, nada é infinito em ato; uma coisa só é infinita em potência.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Aristóteles, Física, IV, 11, 218b.

<sup>34</sup> Física IV, 10, 218b. Segundo Whitrow, “o germe dessa idéia remonta ao sofista Antífono (c. 480-411 a.C.), em cujos fragmentos de obra encontram-se a primeira definição grega do tempo. Segundo ela, o tempo não tem existência substantiva, sendo um conceito mental ou um meio de medir – ponto de vista que atualmente surpreende por sua notável modernidade.” (WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 65).

<sup>35</sup> PIETTRE, Bernard. **Filosofia e ciência...**, p. 21.

<sup>36</sup> Em ambos os casos chega-se ao paradoxo desenvolvido por Zenão de Eléia: se uma flecha em movimento deve passar por instantes que constituem realidades discretas que compõem o tempo do seu movimento, ela deve poder parar a cada um desses instantes; assim, ela será, ao

Porém, se o instante delimita o anterior e o posterior, não sendo ele uma parte do tempo, então a medida do tempo vai ser o intervalo que separa o começo e o fim do movimento. Desta forma, quanto mais arbitrário foi o instante escolhido, menos a realidade da anterioridade e da posterioridade pode ser escolhida arbitrariamente. Há coisas que acontecem antes e outras que acontecem depois.

A definição aristotélica mencionada acima foi a que exerceu maior influência entre os filósofos e cosmólogos, desde a concepção naturalista dos estóicos até a concepção teológica medieval.

Segundo Luiz Alberto Oliveira, os gregos, ao se valerem da geometria para figurar o mundo e os acontecimentos, exemplo maior de Pitágoras, converteram o céu numa abóboda de cristal e o tempo cíclico recebeu uma metáfora inesquecível: o círculo, figura perfeita.<sup>38</sup> O tempo de Platão recebeu a forma da circularidade. Aristóteles também tem como modelo de movimento perfeito o movimento circular local, perfeitamente cíclico e medido desde sempre. À diferença de Platão, tal modelo não é autônomo, não é uma hiper realidade, mas existe no mundo.

Os estóicos, na esteira de Aristóteles, fizeram intervir na medida do movimento as noções de intervalo e velocidade, noções que produziram paradoxos filosóficos, à semelhança dos de Zenão de Eléia<sup>39</sup> a respeito do contínuo, somente compreendidos plenamente após a teoria dos conjuntos, no século XX.

mesmo tempo, móvel e imóvel; ora, ou uma coisa está em movimento ou está em repouso, não podendo ser as duas coisas ao mesmo tempo. Assim, segundo Zenão, Aquiles jamais alcançaria a tartaruga... (PIETTRE, Bernard. *Idem*, p. 22-23). Aquiles não alcança a tartaruga porque o contínuo que ele tem que percorrer também é infinito, também é divisível ao infinito e como para transcorrer o infinito é necessária uma eternidade e eternidade não transcorre, Aquiles está imóvel.

<sup>37</sup> Física, IV, 223 a 21 e seqüência.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Luiz Alberto. *Imagens do tempo. Tempo do...*, p. 38.

<sup>39</sup> Tanto Zenão, como seu mestre, Parmênides, eram naturais da Cidade de Eléia. Segundo Gerd Bornheim, "a observação sobre o detalhe geográfico é significativo, porque mais abaixo da Eléia já em pleno sul da Itália, vicejava a escola pitagórica que fazia do número a essência de todas as coisas. A doutrina pitagórica apresentava caráter esotérico, sendo por isso pouco conhecida. Assim é que Platão só entrou em contato com o ideário pitagórico quando de sua viagem ao sul da Itália, quando lá conheceu Filolau, que foi o grande herege da escola, por divulgar publicamente a doutrina

Ferrater Mora divide as teorias sob o tempo, a partir de Aristóteles, em dois grandes grupos: a dos absolutistas, que concebem o tempo como uma realidade completa em si mesma; e a dos relacionistas, que concebem o tempo como uma relação.<sup>40</sup> A partir dessas teorias, a maior parte dos filósofos combinou uma com a outra, especialmente a partir de Plotino.

Plotino, o mais ilustre neoplatônico, critica a posição de Aristóteles, entendendo que “anterior” e “posterior” são noções de tempo. Ora, pretender, como quis Aristóteles, que o tempo seja um número do movimento, é afirmar que o tempo é uma medida de movimento que se desenvolve no tempo e, assim, que o tempo mede... o tempo. Não se pode, segundo Plotino, confundir o numerado com o numerante, o que é medido com o que mede.

Para Plotino, o tempo mede uma grandeza de tempo percorrido por um corpo em movimento<sup>41</sup>. Não é o movimento que é medido, mas a maior ou menor grandeza de tempo durante a qual o movimento se desenvolveu. Todo movimento se desenvolve no tempo, mas “não é necessário que se o meça para que exista; tudo tem a sua duração, mesmo que essa duração não seja medida.”<sup>42</sup>

O tempo é, pois, uma realidade contínua, independentemente de ser medido, e está onde há vida e mudança, nada obstante não seja ele material. Existe a alma universal que anima o mundo físico, e ela procede da inteligência que, por sua vez, procede do Um (Uno). O mundo sensível, imperfeito e inacabado, está em constante transformação na busca pelo devir acabado e perfeito. Assim, “ele corre

---

proibida de seus avoengos. Seja como for, a passagem do plano esotérico para exotérico só poderia oferecer uma intrincada história. Mesmo porque o pensamento de Zenão, o pai da dialética, segundo Aristóteles, parece tornar-se pouco inteligível se prescindirmos da presença das teses pitagóricas.” BORNHEIM, Gerd. A concepção dos tempos. In: DOCTORS, Márcio (org.) **Tempo dos...**, p. 105.

<sup>40</sup> MORA, José Ferrater. **Dicionário de...**, p. 3242.

<sup>41</sup> PLOTINO. Enéadas, III, 7, parágrafo 8.

<sup>42</sup> PLOTINO. Idem, parágrafo 9, 80.

incessantemente em direção ao futuro”.<sup>43</sup> O tempo é consequência da marcha inacabada do espírito que anima o mundo. A experiência do tempo é a tentativa de suprir a carência de tudo o que compõe o mundo, visto serem seres inacabados e incompletos.

O desprendimento da alma do mundo sensível e sua elevação à Inteligência (Um) faz com que ela se afaste do tempo para, assim, contemplar as Formas eternas, que dão a este mundo a estabilidade e ordem possíveis. A união da alma com o Um a liberta do movimento inquieto da vida, da preocupação com o futuro ou dos lamentos do passado, pois atinge a eternidade una, indivisível e inefável.<sup>44</sup>

Em Plotino, a exemplo, o tempo é real na alma (absolutista) e a alma mede e relaciona o tempo (relacionista). O tempo não pode ser apenas a medida do movimento, mas deve possuir uma realidade (absolutista) própria com relação ao movimento (relacionista). O tempo, em verdade, é uma categoria íntima, não no sentido subjetivo, mas no sentido platônico de imagem móvel. Quando a alma se recolhe no intelegível, ela abandona o tempo, não acontecendo isso enquanto ela vive no tempo e até como tempo. O tempo repousa no ser e é uma prolongação sucessiva da vida da alma.

Se, conforme Plotino, o tempo é real como parte ou fundo da alma, então não há por que se preocupar com a sua inexistência. A alma mesma é a garantia do tempo e ela mesma faz a mediação entre a realidade e o puro devir feito de inapreensíveis agoras. E é ela mesma, a alma, que faz com que o tempo seja uma continuidade real e não uma série incompreensível de saltos de um instante a outro. De acordo com Whitrow, “embora não fosse um cristão, sob alguns aspectos Plotino

---

<sup>43</sup> PLOTINO. Idem, parágrafo 4, 29.

<sup>44</sup> PIETTRE, Bernard. **Filosofia e ciência...**, p. 27-28.

foi um precursor de Santo Agostinho, particularmente porque pensou o tempo em termos psicológicos”.<sup>45</sup>

A visão de Plotino acerca do tempo acaba, historicamente, tendo uma nova leitura, pelo viés teológico, através de Agostinho, o Bispo de Hipona, que procura demonstrar que o tempo não tem existência fora do espírito<sup>46</sup>, espírito este, aliás, jogado na temporalidade, decaído e afastado de Deus por causa do pecado:

O que é então o tempo? Se ninguém me pergunta, eu sei; porém, se quero explicá-lo a quem me pergunta, então não sei. No entanto, posso dizer com segurança que não existiria um tempo passado, se nada passasse; e não existiria um tempo futuro, se nada devesse vir; e não haveria o tempo presente se nada existisse. De que modo existem esses dois tempos – passado e futuro, - uma vez que o passado não mais existe e o futuro ainda não existe? E quanto ao presente, se permanecesse sempre presente e não se tornasse passado, não seria mais tempo, mas eternidade. Portanto, se o presente, para ser tempo, deve tornar-se passado, como poderemos dizer que existe, uma vez que a sua razão de ser é a mesma pela qual deixará de existir? Daí não poderemos falar verdadeiramente da existência do tempo, senão enquanto tende a não existir.<sup>47</sup>

Fiel à tradição platônica<sup>48</sup> e de Parmênides,<sup>49</sup> Agostinho se questiona sobre o ser do tempo, tendo em vista que o passado já não é, o futuro ainda não é e o presente acabou de ser. Apenas **é** o que é presente. Só a eternidade **é**.

Agostinho, da mesma forma que Plotino, tece rigorosa crítica ao conceito de tempo trazido por Aristóteles. Para Agostinho, tempo e movimento são conceitos

---

<sup>45</sup> WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 78.

<sup>46</sup> O tempo que se imagina pertencer ao mundo não é senão o tempo que pertence ao espírito. A alma é que determina o tempo dos acontecimentos, comparando-o com outras durações memorizadas.

<sup>47</sup> Santo Agostinho. Confissões, Livro XI, capítulo XIV. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 217-218.

<sup>48</sup> Segundo Whitrow, “mesmo após deixar o neoplatonismo, Santo Agostinho permaneceu muito influenciado pelas idéias filosóficas de Platão, em particular aquelas referentes ao tempo.” (WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 79).

<sup>49</sup> Platão buscou demonstrar a característica eterna da verdade: a verdade de uma demonstração matemática não é relativa aos homens que a descobriram numa certa época antes que uma outra; ela preexiste aos homens. Na mesma linha, Parmênides busca demonstrar que o ser é, não sendo possível que não seja ou seja o não-ser; ou ainda de que o ser foi ou ainda será. Exemplos trazidos por Bernard Piettre (PIETTRE, Bernard. **Filosofia e ciência...**, p. 30-31).

que devem ser cuidadosamente diferenciados, condenando a correlação aristotélica do tempo com o movimento dos corpos celestes, uma vez que o tempo ainda existiria mesmo se os astros parassem de se mover, mas a roda de um oleiro ainda girasse. Questiona Agostinho: “Ouvi dizer a um homem instruído que o tempo não é mais que o movimento do Sol, da Lua e dos astros. Não concordei. Porque não seria antes o movimento de todos os corpos? Se os astros parassem e continuasse a mover-se a roda do oleiro, deixaria de haver tempo para medirmos as suas voltas?”<sup>50</sup>

Observa Agostinho que o passado só existe na medida da lembrança presente que dele se guarda; o futuro é, na medida em que é presente pela espera que se tem dele; o presente em si é presente pela atenção que lhe é dedicada: “Talvez se dissesse mais justamente: ‘há três tempos: o presente do passado, o presente do presente, o presente do futuro’. Pois esses três tempos existem no nosso espírito, e não os vejo absolutamente em outro lugar. O presente do passado é a memória; o presente do presente, a atenção; o presente do futuro, a espera.”<sup>51</sup>

Assim, o passado e o futuro são ou existem apenas enquanto presentes à alma. Existe apenas o presente que é. O tempo existe para e pela alma e ainda é

---

<sup>50</sup> Santo Agostinho. Confissões. Livro XI, 23. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 223. É importante ressaltar que o tempo para o cristianismo teria começado com a criação do mundo e terminaria com a segunda vinda de Cristo, que para os primeiros cristãos, era iminente. É em razão disso que se explica o fato de São Paulo ter total falta de interesse pelo tempo, pois sequer datava as cartas que escrevia. Segundo Whitrow, a difusão dessa crença marca a cisão entre a perspectiva da Antiguidade clássica e a da idade Média. Essa perspectiva cristã sobre a história entre a época apostólica e Santo Agostinho acaba se alterando pois este demonstra que o fim do mundo não estava prestes a ocorrer. (WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 80 e 97).

<sup>51</sup> Santo Agostinho. Confissões. Livro XI, capítulo XX. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 222.



um repouso para ela,<sup>52</sup> pois o passado e o futuro são escoamentos do tempo vividos pela alma, afastada esta da presença divina pelo pecado.<sup>53</sup>

A concepção teológica, cristã medieval, do tempo, tem uma formulação madura em Santo Agostinho. O Bispo de Hipona problematiza o tempo de dois modos, entendendo-o como o momento da criação e como realidade. Conforme Aristóteles, quando apreendemos o tempo como realidade, ele é: - Um foi que já não é? - Um agora que não é? - Um agora que não pode ser detido, senão não seria tempo? - um será que, contudo, não é?

Tais dificuldades se desvanecem, segundo Agostinho, se deixarmos de fazer do tempo algo de externo, algo que pode estar aí, como estão as coisas e, como Plotino, o enraizarmos na alma: a alma e não os corpos é a verdadeira medida do tempo. -O futuro é o que se espera! - O passado é que se recorda! - O presente é aquilo sobre o que se está atento!

Futuro, passado e presente são, respectivamente: espera! Memória! Atenção! O tempo é o que se vive, o que se viveu e o que se viverá!<sup>54</sup>

Agostinho foi um apaixonado em refletir sobre a natureza do tempo. Do mesmo modo e com a mesma intensidade sempre rejeitou as teorias cíclicas da história. Em *A cidade de Deus* assim se manifestou:

Os filósofos pagãos introduziram ciclos de tempo em que as mesmas coisas seriam restauradas e repetidas pela ordem da natureza, e afirmaram que esses rodopios de idades passadas e futuras prosseguirão incessantemente. [...] A partir dessa zombaria, são incapazes de pôr em liberdade a alma imortal, mesmo depois que ela atingiu a sabedoria, e acreditam que ela está incessantemente caminhando para uma bem-aventurança falsa e incessantemente retornando a uma miséria verdadeira.

---

<sup>52</sup> Para Plotino, o mundo material, com o tempo físico que lhe é inerente, são uma *distentio animi*, isto é, uma distensão da alma, uma expansão da alma, da *alma universal*, da qual participa a alma individual.

<sup>53</sup> PIETTRE, Bernard. **Filosofia e ciência...**, p. 32.

<sup>54</sup> Santo Agostinho. Confissões, XI, 28. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 228.

[...] É apenas através da sólida doutrina de um curso retilinear que podemos escapar de não sei quantos falsos ciclos descobertos por sábios falsos e enganosos.<sup>55</sup>

Para Agostinho, a mente humana é a fonte última e o padrão do tempo. O homem só pode medir o tempo se a mente tiver o poder de guardar em si mesma a impressão nela deixada pelas coisas à medida que passam, mesmo depois que já se foram. Dito de outro modo, o homem não mede as próprias coisas e sim algo que permanece fixo na memória.<sup>56</sup>

Nesta concepção, a obra de Platão, Plotino e Agostinho demonstra que só é o eterno presente. Essa visão idealista do tempo, do mundo e da alma sempre preocupou a ciência. Mesmo uma eventual oposição a ela, pelo materialismo, segundo o qual as pessoas e as coisas se sucedem e o tempo reina no mundo não foi suficiente. O próprio materialismo privilegia a eternidade em relação ao tempo. De uma forma geral, os atomistas antigos, e em especial os epicuristas, vêem o universo como infinito e eterno, sendo que o passado e o futuro apenas cabem se analisados se entendidos como desgostos e angustias irrisórias dos homens. Os átomos e o vazio são incriados e imperecíveis, portanto eternos. O tempo não é mais que uma aparência, um acidente dos acidentes; os corpos, feito átomos, fazem-se e se desfazem.

---

<sup>55</sup> Santo Agostinho. **A cidade de Deus**. XII, 13. Petrópolis: Vozes, 1990-1991. 2 v.

<sup>56</sup> Whitrow, obra citada, p. 80. Para o autor, “Santo Agostinho parece ter sido o primeiro pensador a investigar cuidadosamente as conseqüências do confinamento de nossa experiência real de tempo ao instante presente. Chegou à conclusão de que nossas idéias de passado e futuro devem depender de nossa consciência da memória e do sendo de expectativa. Se o tempo é considerado desse ponto de vista psicológico, seu conceito primário é o instante, não a duração. Entretanto, apesar da grande influência de Santo Agostinho na teologia medieval, só a partir do Renascimento humanístico do século XV e da Reforma Religiosa do século XVI, seguida pela revolução copernicana na astronomia e na cosmologia – que contribuíram todos para a dissolução da visão atemporal do mundo da Idade Média, com sua estrutura hierárquica em que tudo tinha um lugar fixo -, os pensadores ocidentais começaram a considerar a existência pessoal como essencialmente baseada no momento presente.” (WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 190).

Da mesma forma, o estoicismo, panteísta e materialista, reforça, em relação ao tempo, a atualidade do presente. Existe apenas o presente dos meus atos, do meu ser atual. Assim, pode-se concluir, é só a alma que faz existir o tempo, seja enquanto ´numera´ o movimento (Aristóteles), seja enquanto recorda ou antecipa (Agostinho).<sup>57</sup>

Como realidade teológica, os paradoxos que se colocam são os seguintes: O tempo preexistia a Deus? O tempo foi criado por Deus? Se Deus é eterno, ao criar o tempo, como surgiu a duração? Duração chamada eternidade e duração chamada tempo são heterogêneos? Se a eternidade é uma presença simultânea, por que o tempo não o é?

A resposta agora deve ser buscada em Tomas de Aquino, que examinou o problema da eternidade.<sup>58</sup> Pode-se demonstrar tanto a eternidade, contra Murmurantes, quanto um começo do universo no tempo, contra Averroístas.

O tempo é uma duração que tem começo e fim; começo e fim conforme Aristóteles, porque começo e fim das coisas das quais o tempo é medida de eternidade, é duração sem começo nem fim<sup>59</sup>. Tomas evita assim a separação dos conceitos de eternidade e tempo, separação que surge no momento em que se insiste no caráter sucessivo da duração e na índole atemporal da eternidade.

---

<sup>57</sup> PIETTRE, Bernard. **Filosofia e ciência...**, p. 35-39.

<sup>58</sup> Neste sentido: MORA, José Ferrater. **Diccionario de...**, v. II, p. 1053.

<sup>59</sup> (Suma Teológica I, questão 1ª, art.5 ) Segundo Whitrow, "a natureza do tempo e sua relação com diferentes formas de existência, incluindo a física, fora considerada muito antes do século XVII, em especial por São Tomas de Aquino (1224-1274) em sua vasta *Summa theologiae*, em que discutiu três tipos de 'tempo'. O tempo, no sentido estrito, era concebido por ele como um estado de uma sucessão que tem um começo e um fim definidos. Aplica-se apenas a corpos e fenômenos terrestres. A Eternidade, que existe toda simultaneamente (*tota simul*) é essencialmente 'atemporal' e prerrogativa de Deus apenas. O terceiro conceito, chamado *aevum*, originalmente formulado pelo filósofo Boécio, do século VI, tinha começo, como o tempo, mas diferentemente dele, não tinha fim. Segundo Aquino, era o estado 'temporal' dos anjos, dos corpos celestes e das idéias (*archetypum mundum*).” (WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 148).

Na Idade Média, revelou-se um interesse, principalmente por parte dos eruditos, por relógios mecânicos, em razão de sua conexão com a astronomia<sup>60</sup>. Acreditava-se que o conhecimento dos corpos celestes e seus movimentos era necessário para o bom desempenho das atividades terrenas. A importância deste interesse reside no fato dele ter influenciado o pensamento filosófico, especialmente o pensamento de Nicole Oresme (1323-1382)<sup>61</sup>, sobre a questão da comensurabilidade ou incomensurabilidade dos corpos celestes. Segundo Whitrow, “este é um dos primeiros exemplos em que vemos a simulação mecânica do universo pelo mecanismo do relógio sugerir, pelo menos implicitamente, a idéia recíproca de que o próprio universo é uma máquina semelhante a um relógio.”<sup>62</sup>

Essa idéia de comparar o universo a um relógio, que traz implícita a idéia do tempo universal, ganhou corpo no século XVII com Kepler e ainda com Robert Boyle (1627-1691), para quem a existência de Deus é revelada, não tanto por milagres,

---

<sup>60</sup> De acordo com Witrow, “embora os doutores da Igreja tivessem convertido a história de uma seqüência interminável de ciclos numa visão do universo a se mover em sua totalidade da Criação à Redenção, a imagem do círculo ainda dominava o pensamento humano no campo da astronomia no século XVI. [...] Durante o Renascimento, os homens adquiriram crescente consciência de que quase tudo muda com o tempo, e portanto tem uma história. Contudo, se na idade Média a interpretação linear da história fora enfatizada em razão de sua importância para a doutrina cristã, no Renascimento houve um acentuado ressurgimento da visão cíclica, porque cresceu o interesse pela história secular.” (WHITROW, G. J. Idem, p. 151-152).

<sup>61</sup> Nicole de Oresme foi filósofo e teólogo escolástico francês, nascido próximo de Caen, Normandia. Estudou teologia em Paris, obtendo o título de Mestre em 1355. Lecionou no Colégio de Navarra, à época muito conceituado. Foi Arqui-diácono em Bayeux e deão do Capítulo de Rouen, além de preceptor do delfim (filho do rei Jean e futuro Carlos V da França), a partir de 1360. Em 1362 foi professor de teologia em Paris. Finalmente, em 1377 bispo de Lisieux. Ocupou-se universalmente dos mais variados temas. Advertiu para a importância das ciências experimentais, como em seu tempo já vinham fazendo Buridano e Alberto de Saxônia. Dedicou-se também pessoalmente a elas, assim havendo contribuído para o desenvolvimento da matemática, física e astronomia. Foi precursor da geometria analítica, antecipando-se a Descartes na teoria das coordenadas, útil para a representação gráfica das variações de intensidade. Igualmente se antecipou a Galileu na lei da queda dos corpos, ainda que não a desenvolvesse tanto quanto ele. Também propôs a teoria heliocêntrica antes de Copérnico. Além disso, demonstrou que as razões propostas pela física aristotélica contra o movimento do planeta Terra não eram válidas e invocou o argumento da simplicidade (da navalha de Occam – linha de pensamento que diz que a resposta mais simples costuma ser a certa) a favor da teoria de que é a Terra que se move e não os corpos celestiais. No geral, o argumento de Oresme a favor do movimento terrestre é mais explícito e bem mais claro do que o que foi dado séculos depois por Copérnico. Entre outras proezas, Oresme foi o descobridor da curvatura da luz através da refração atmosférica, embora até hoje o crédito por esse feito tenha sido dado a Robert Hooke. Fonte: [www.cfh.ufsc.br/~simposio/novo/2216y340.htm](http://www.cfh.ufsc.br/~simposio/novo/2216y340.htm) consultada em 8.9.2008.

<sup>62</sup> WHITROW, G. J. Idem, p. 140.

mas pela primorosa estrutura e simetria do mundo. Para ele, o universo assemelha-se a um relógio raro, em que tudo é tão habilmente arranjado que, tendo o mecanismo sido acionado uma vez, tudo prossegue de acordo com o propósito inicial do artífice, e os movimentos não exigem sua interposição especial, ou o emprego de qualquer recurso inteligente, mas desempenham suas funções nos momentos exatos em virtude do arranjo geral e inicial de todo o mecanismo. Portanto, o relógio mecânico foi o instrumento protótipo da idéia moderna de tempo, criando a idéia de um mundo independente dos eventos humanos.<sup>63</sup>

Se o século XVII fora marcado por uma visão pessimista do mundo, onde se imaginava que o fim estava próximo, já o século XVIII caracteriza-se pelo otimismo, especialmente o intelectual, tendo sido denominado, inclusive, o “século das luzes”. Leibniz esteve particularmente ligado a esta concepção, considerando este como o melhor dos mundos possíveis.

Entretanto, outro filósofo da história do século XVIII merece destaque: Giambattista Vico (1668-1744). Para o professor de retórica da Universidade de Nápoles, embora existam ciclos históricos, certos períodos da história possuem uma natureza básica geral, que influencia todos os seus detalhes, a qual reaparece em certos outros períodos, sendo, assim, possível usar a analogia para comparar entre os períodos. Assim, o conceito de tempo não seria circular, mas sim uma espiral, pois a história nunca se repete a si mesma, mas ressurgem em cada nova fase de uma forma alterada em relação ao que se passou antes. Segundo Whitrow, Vico pode ser considerado o primeiro pensador da crença moderna de que a compreensão da natureza e da estrutura da sociedade é possível se forem

---

<sup>63</sup> WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 140.

estudados todos os seus aspectos desde a perspectiva histórica, isto é, do ponto de vista do tempo.<sup>64</sup>

Durante o século XVIII começou a ser difundida a crença de que a idéia de tempo é parte essencial da idéia de natureza. A convicção de que a extensão do tempo passado era limitada já não convencia e a cronologia da natureza baseada na Bíblia começava a ser rejeitada pela ciência. A influência dos evolucionistas biológicos fez prevalecer, já no século XIX, a idéia do tempo como progressão linear.<sup>65</sup>

No século XVIII, com a origem da sociedade industrial moderna, o tempo passou a exercer uma influência muito grande sobre a vida das pessoas. Para Whitrow, a introdução de um sistema de organização do transporte em âmbito nacional, na Inglaterra, a invenção da locomotiva e ainda a utilização da energia a vapor na revolução industrial foram fatores determinantes desta influência. Os operários tinham que trabalhar sempre que a máquina estivesse funcionando. Isto os obrigou a serem pontuais, não apenas com relação à hora, mas também aos minutos, tornando-os, diferentemente de seus ancestrais, escravos do relógio.<sup>66</sup>

### 1.3. Newton e o tempo

---

<sup>64</sup> WHITROW, G. J. Idem, p. 170.

<sup>65</sup> “A radioatividade é um exemplo importante de um processo natural não-cíclico que é um indicador da ‘seta do tempo’, isto é, da natureza unidirecional do tempo. Descoberta em 1896 por Becquerel, foi explicada em 1902 por Rutherford e Soddy em termos da transformação espontânea de átomos. É um fenômeno puramente nuclear, independente de influências externas: o índice de ‘decaimento’ de determinada quantidade de um elemento radioativo, como o urânio, é proporcional ao número de átomos do elemento presente. Em conseqüência, a radioatividade não só indica a seta do tempo como pode ser usada para medir o tempo.” (WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 177).

<sup>66</sup> WHITROW, G. J. Idem, p. 178-180. Segundo o autor, “no século XVIII, contudo, houve uma revolta geral contra a idéia do instante como o conceito temporal básico. Em seu lugar, começou-se a considerar que nossa experiência do tempo é dual: a intensidade da sensação está associada ao instante, mas nossa consciência da multiplicidade da sensação depende da duração.” (WHITROW, G. J. Idem. p. 191).

Das concepções modernas sobre o tempo, as mais importantes estão centradas na discussão entre Newton e Leibniz, para quem o tempo é a ordem da sucessão dos fenômenos, de tal sorte que, se não houvesse fenômenos, não haveria tempo.

Conforme Newton, “o tempo absoluto, verdadeiro e matemático por si mesmo e por sua própria natureza flui uniformemente sem relação com nada externo, e se chama duração”<sup>67</sup>

Paralelo ao tempo absoluto existe o tempo relativo, que pode ser descrito como aparente e comum, que é uma medida sensível e externa da duração por meio do movimento, que é o que é percebido. Deve-se entender que o conceito de tempo

---

<sup>67</sup> *Principia*, 1, definição 8. É interessante o experimento realizado com o balde, por Isaac Newton. Brian Greene assim o descreve: “pegue um balde cheio de água e pendure-o com uma corda; torça bem a corda, de modo que ela esteja pronta para desenrolar-se, e solte-a. Inicialmente, o balde começa a girar, mas a água no seu interior permanece razoavelmente estacionária, com a superfície serena e plana. À medida que a rotação do balde ganha rapidez, o seu movimento é transmitido à água, por meio da fricção, e ela começa também a girar. Então, progressivamente a superfície da água toma uma forma côncava, mais alta na borda e mais baixa no centro. [...] a questão colocada por Newton era: *por que* a superfície da água toma essa forma?... ele queria saber o que *significa* dizer que a água está girando: girando com relação a quê? [...] Descartado o balde como referência relevante para o movimento da água, Newton teve a coragem de dar o passo seguinte. Imagine, sugeriu ele, outra versão do experimento do balde giratório, levado a efeito no espaço profundo e completamente vazio... no espaço *totalmente* vazio – sem o Sol, sem a Terra, sem o ar, sem nada -, o que poderia fazer o papel de ‘algo’ com relação ao qual o balde está girando? Em princípio, como estamos imaginando que espaço é completamente vazio, exceto pelo balde e o seu conteúdo, pareceria que simplesmente não há nada que possa servir como ‘algo’. Newton discordou. A sua resposta leva ao último dos recipientes como o esquema referencial relevante: *o próprio espaço*. Ele considerou que o cenário transparente e vazio em que todos nos encontramos e em que todos os movimentos ocorrem é uma entidade física real, à qual deu o nome de *espaço absoluto*. É impossível segurar ou apertar o espaço absoluto, ou cheirá-lo, ou prová-lo, ou ouvi-lo, mas Newton declarou que ele é ‘algo’: o “algo” que fornece a referência mais verdadeira para descrever o movimento. Um objeto está verdadeiramente em repouso quando está em repouso com relação ao espaço absoluto. Um objeto está verdadeiramente em movimento quando está em movimento em relação ao espaço absoluto. E o mais importante, conclui Newton, é que um objeto está verdadeiramente acelerando quando estiver acelerando com relação ao espaço absoluto. Newton usou essa hipótese para explicar o movimento do balde terrestre da seguinte maneira. No início do experimento, o balde está girando com relação ao espaço absoluto, mas a água está estacionária com relação a ele. Por isso, a superfície da água está plana. À medida que a rotação da água se equipara à do balde, ela passa a girar com relação ao espaço absoluto e por isso a sua superfície torna-se côncava. À medida que a rotação do balde desacelera, porque a corda se retorçe no sentido contrário ao inicial, a água continua a girar – com relação ao espaço absoluto – e por isso a sua superfície permanece côncava. Assim, embora o movimento relativo entre a água e o balde não possa explicar as observações, o movimento relativo entre a água e o espaço absoluto pode. O próprio espaço proporciona o esquema referencial verdadeiro para definir o movimento... O espaço absoluto tem a palavra final no que diz respeito ao movimento.” (GREENE, Brian. **O Tecido do cosmo**. O espaço, o tempo e a textura da realidade. Tradução de José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 40-46).

absoluto em Newton é operacional supondo que o tempo é independente das coisas e não muda. O movimento e a alteração das coisas são movimentos e alterações em relação a um tempo uniforme que lhe serve de métrica. O movimento se encontra no tempo de modo análogo de como os corpos se encontram no espaço. O tempo é indiferente às coisas que ele contém e às alterações que as coisas sofrem<sup>68</sup>.

Newton concebe o tempo como algo perfeitamente homogêneo: nenhum instante do tempo difere qualitativamente de qualquer outro instante do tempo. O tempo flui e se move unidimensionalmente em uma única direção. O tempo é entendido como um pano de fundo em relação ao qual é possível mensurar o antes e o depois. Antes e depois são inteligíveis apenas em relação ao tempo absoluto, que é prévio não só às coisas, mas a qualquer medida. Embora seja entendido assim como prévio, como anterior às coisas, o tempo não exerce causalidade sobre as coisas.

Na mecânica newtoniana o tempo relativo depende do tempo absoluto e como não há nenhum instrumento com o qual o tempo absoluto possa ser medido, todas as medidas temporais devem ser efetuadas em relação a algum sistema de referência. Em Newton tem-se já uma certa relatividade do tempo. Essa relação pode ser entendida ou objetivamente, no sentido físico, ou no sentido numérico, ou ainda, num sentido subjetivo.

A partir da publicação do *Principia*, com exceção de Leibniz, todos os pensadores e teóricos assumem a concepção newtoniana de tempo até o aparecimento da teoria da relatividade.

---

<sup>68</sup> MORA, José Ferrater. **Dicionário de...**, v. IV, p. 3245



A concepção de tempo relativo que funda o que se entende por mecânica clássica está encaixada no conceito de tempo absoluto, que flui uniformemente sem relação a nada de externo. As medidas temporais são relativas a esse tempo absoluto. Whitrow tece crítica à concepção newtoniana do tempo, pois

Uma das dificuldades de definição de Newton [...] é que não há como utilizá-la para obter um meio prático de medir o tempo. Ela foi também criticada por filósofos, por atribuir ao tempo a função de fluir; mas, se o tempo não fosse algo que flui, ele próprio consistiria de uma série de eventos no tempo, e isso não tem sentido. *O tempo não pode ser ele mesmo um processo no tempo.* Ademais, que se quer dizer quando se afirma que 'o tempo flui de modo igual' ou uniforme? Aparentemente isto implicaria que há algo que controla o ritmo de fluxo do tempo, de modo a que se prossiga sempre na mesma velocidade. Se, entretanto, o tempo existe 'sem relação a nada de externo', que significado pode ser atribuído à afirmação de que a razão do fluxo não é uniforme? Se nenhum significado pode ser atribuído sequer à possibilidade de fluxo não-uniforme, que sentido tem estipular que seu fluxo é 'uniforme'?<sup>69</sup>

A teoria especial da relatividade relativiza por completo o tempo, entendendo-o como função de um sistema de referência a partir do qual se efetuam todas as observações e medidas: as medidas dependem das três coordenadas do observador (altura, largura e profundidade), não havendo simultaneidade absoluta. Um acontecimento só é simultâneo, relativo a um observador, não dizendo respeito em nada a outro observador. Segundo Whitrow, "enquanto para Newton o tempo era independente do universo e para Leibniz era um aspecto do universo, a visão que hoje prevalece, desde que a teoria de Einstein passou a ser vista como uma parte essencial da física, é a de que o tempo é um aspecto do universo que depende do observador."<sup>70</sup>

Nunca é bom deixar de lembrar que relatividade do tempo não implica relatividade epistemológica ou solipcismo. As coordenadas de um observador são

---

<sup>69</sup> WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 147.

<sup>70</sup> WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 194.

absolutas neste espaço de observação sendo possível sempre obter a mesma mensuração independente deste ou daquele cérebro. “se *tudo* fosse relativo, não haveria coisa alguma em relação à qual tudo fosse relativo.”<sup>71</sup>

A relatividade do tempo da teoria especial descarta um hipotético observador cósmico, como na experiência do balde de Newton, para quem o tempo seria absoluto. O tempo se relaciona também com a velocidade sendo alterado por ela em contraste com a massa, que aumenta com a velocidade. Na teoria da relatividade generalizada o tempo fundido ao espaço constitui uma quarta coordenada. Tempo e espaço são coordenadas de um universo tetradimensional que espacializa o tempo ou temporaliza o espaço. Com a fusão do tempo na teoria generalizada todo o movimento, acelerado ou não, resulta da estrutura local do espaço-tempo. O movimento é resultado de um arranjo especial do tempo-espaço.

#### 1.4 A filosofia moderna: Bérqson, Kierkegaard e Heidegger

A filosofia ocidental, tanto a antiga quanto a moderna, tem dado um lugar secundário ao tempo, se comparado em relação à intemporalidade da verdade, da sabedoria e do próprio universo. A partir de Hegel<sup>72</sup> e Nietzsche<sup>73</sup>, a filosofia

---

<sup>71</sup> RUSSELL, Bertrand. **ABC da relatividade**. 5.ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 15.

<sup>72</sup> Na lição de Michel Inwood, Hegel “vê o espaço e o tempo não como formas de sensibilidade, distintas do conceito do ENTENDIMENTO, mas como as manifestações mais fundamentais do CONCEITO na natureza. Ele tenta, assim, uma derivação conceptual de espaço e tempo, e de suas principais características, por exemplo as três dimensões de espaço e de tempo (passado, presente e futuro). Mas, diferentemente de Kant, a sua derivação *a priori* não se limita ao espaço e ao tempo: prossegue para derivar conceptualmente o lugar (*ort*) de um corpo, os próprios corpos, e o movimento. [...] Em virtude de sua estrutura conceptual (isto é, o conceito) e da CONTRADIÇÃO nela envolvida, as entidades FINITAS DESENVOLVEM-SE, mudam, extinguem-se e dão origem a outras entidades. Tais mudanças acarretam tempo e sem elas não haveria tempo. Logo, tempo é o ‘conceito existente’. O tempo é, pois, intrínseco nas coisas finitas e não é uma forma que lhes seja imposta. Mas Hegel também considera a eternidade intemporal anterior ao tempo. O próprio conceito e o ESPÍRITO que ascende ao conceito são eternos, não temporais.” INWOOD, Michael. **Dicionário Hegel**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 306-307. Segundo

contemporânea tem tentado dar um espaço maior ao tempo, buscando reavaliar a questão do Ser sobre o devir e da eternidade sobre o tempo.

Já a filosofia do século XX apresenta uma visão nova sobre o tempo, merecendo destaque as posições de Henri Bérgrson e Martin Heidegger.

Para Bérgrson, o tempo existe apenas na consciência, sendo que o passado e o futuro são *presentes* à consciência, pela memória (passado) ou pela expectativa (futuro). Mesmo existindo somente na consciência, este presente comporta uma largueza, pois ele está grávido de um futuro próximo e de um passado recente. O único tempo que existe é o que é experimentado, de modo concreto e real, ciente de que o presente não é idêntico ao passado e o futuro não será igual ao presente. Bernard Piettre esclarece que “a duração, que prolonga um passado, em que ‘o presente está prenhe de futuro’, não consiste numa justaposição de instantes. Ela designa mesmo a matéria do tempo. O instante não existe. O instante presente que eu imagino fora de mim não é senão uma abstração, um referencial para o meu espírito.”<sup>74</sup>

Aristóteles definiu a essência como *o ser daquilo que era*, e toda a sua teoria de ato e potência, mais metafísica do que física, fundamenta-se no conceito de ato formal primeiro, o ser daquilo que era.

---

Piettre, Hegel tenta reconciliar a razão com o devir, na busca da realização progressiva do Espírito. Esta perspectiva racional do devir da história e da natureza faz com que o fim esteja contido no começo, o que significa negar a contingência do futuro e, nesse sentido, o tempo. (PIETTRE, Bernard. **Filosofia e ciência...**, p. 40). No mesmo sentido, ver: URDANOZ, Teófilo. **Historia de la filosofia**. Vol. IV. Siglo XIX: Kant, idealismo y espiritualismo. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1975, p. 357-363 (la filosofía del espíritu).

<sup>73</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falava Zaratustra: um livro para todos e para ninguém**. São Paulo: Logos, 1954, 374p. Nietzsche procurou demonstrar que a filosofia e a ciência sempre foram incapazes de pensar o devir como tal. Para ele, a filosofia, a moral, a religião e a ciência, fixadas em um ideal de verdade, apenas expressam um ressentimento do homem contra o tempo. Há uma desvalorização do mundo e do seu devir. A libertação, para as doutrinas religiosas e filosóficas, seria um voo para os estados intemporais, numa fuga inexorável do tempo. PIETTRE, Bernard. Idem, p. 40-41). No mesmo sentido, ver: URDANOZ, Teófilo. **Historia de la filosofia**. Vol. V. Siglo XIX: Socialismo, materialismo y positivismo. Kierkegaard y Nietzsche. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1975, p. 560-563 (el eterno retorno).

<sup>74</sup> PIETTRE, Bernard. Idem, p. 45-46.

Ato e potência pertencem ao mesmo gênero e de ovos de pombas não se tiram águias: o ser da essência é desde Platão e este é o lado platônico de Aristóteles, imutável eterno e infinito na sua ordem. O cristianismo platonizado e aristotelizado manterá a mesma definição até Kierkegaard. Nas expressões já utilizadas, o modo de ser segue o modo de agir, a operação segue o ser, o que uma coisa é o é para sempre.

Coube a Kierkegaard o papel de chamar novamente a atenção quando no seu debate com Hegel para o sujeito individual singular no sentido de Boécio, mas agora envolvido o circunscrito num sitio existencial único. A causa do desespero, categoria forte de Kierkegaard, é que o ser se define pela categoria do possível. A essência se define pelo ser daquilo que será, o que implica futuro, projeto, possibilidade, angústia, autenticidade... a existência precede a essência e esta é a causa do desespero. O desespero de querer ser si próprio, doença mortal:

O homem é espírito. Todavia, o que é espírito? É o 'eu'. Mas, nesse caso, o 'eu'? O 'eu' é uma relação que não se estabelece com qualquer coisa de alheio a si, mas apenas consigo mesma. Ele consiste no orientar-se dessa relação para a própria interioridade, mais e melhor do que na relação propriamente dita. Não é a relação em si o 'eu', mas, sim, o seu voltar-se sobre si mesma, o conhecimento que ela tem de si mesma depois de estabelecida. O homem é uma síntese de infinito e de finito, de temporal e de eterno, de liberdade e de necessidade, é, em resumo, uma síntese. É a relação de dois termos uma síntese. O 'eu' não existe ainda sob este ponto de vista.<sup>75</sup>

É a essas categorias enunciadas por Kierkegaard que está relacionada a analítica fenomenológica do *Dasein* de Heidegger, cuja categoria eleita por fundamental por Heidegger é a da temporalidade. Dado que a existência se define por possibilidade e projeto, dentre as determinações do tempo, a fundamental é o futuro.

---

<sup>75</sup> KIERKEGAARD, Soren. **O desespero humano**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 19.

O se projetar adiante, para o em vista de si mesmo é a característica da existencialidade e o seu sentido primário e o futuro. O teor básico da constituição existencial da presença e o delineamento de sua interpretação é a temporalidade, cujo cuidado antecipa as possibilidades.

Entre o passado e o futuro está aquele a se ocupar com as coisas, que é o presente. A temporalidade possui três determinações ou os três momentos do tempo: i) o futuro: o fora de si é um pretender-se; ii) o presente: é um estar preso às coisas e iii) o passado: é um retornar às situações de fato para aceitá-las. A temporalidade é o originário “fora de si, em si e para si”, (categorias desenvolvidas por Sartre). As categorias mudam com base no tempo autêntico ou no tempo inautêntico. O tempo autêntico é medido pela existência, pelo curar-se de si, pela cura de si mesmo.

O tempo inautêntico é tipificado pela preocupação com o sucesso, com o êxito, ao passo que na existência autêntica, que assume a morte como possibilidade qualificante da existência, o futuro é um viver para a morte que não permite ao homem viver pelas possibilidades mundanas.

O passado autêntico é não aceitar passivamente a tradição e confiar nas possibilidades que a tradição oferece de viver a possibilidade do homem que já foi. O presente autêntico é um instante no qual o homem repudia o presente inautêntico, onde ele é absorvido sem descanso pelas coisas e afazeres e decide o seu destino.

Da análise da temporalidade em Heidegger têm-se três conseqüências: a primeira são os significados do tempo no pensamento comum e da ciência, é a datação e a medida científica do tempo que constituem o tempo inautentico; segunda, a existência autêntica é a existência angustiada que vê a insignificância de todos os projetos, a nulidade dos fins; a angustia dá ao indivíduo a possibilidade de

aceitar como próprio o seu próprio tempo, permanecendo fiel a ele e assumindo como próprio o destino da comunidade humana; vive o destino da comunidade humana no afastamento que a experiência antecipadora da morte revelou do nada dos projetos e da existência humana; e terceira, a historicidade do ser-aí, a historiografia é historicidade do ser-aí e está em conformidade com a sua estrutura ontológica.<sup>76</sup>

### 1.5. O tempo lógico

A lógica se ocupa do valor verdade e a verdade se relaciona com o tempo. Esse é o motivo pelo qual Lacan procurou unir lógica e tempo. Conferiu um lugar decisivo ou uma dimensão temporal nova: *a pressa*, que se acrescenta à sucessão e à sincronia.<sup>77</sup>

A análise do tempo por parte de Lacan está evidenciada no “O sofisma do prisioneiro”, que ora se transcreve:

O diretor de um presídio faz comparecer três detentos escolhidos e lhes comunica o seguinte:

- por razões que não lhes tenho de relatar agora, devo libertar um de vocês. Para decidir qual, entrego a sorte a uma prova pela qual terão de passar, se estiverem de acordo.

- Vocês são três aqui presentes. Aqui estão três (sic) discos que só diferem por sua cor: três são brancos e dois são pretos. Sem dar a conhecer qual deles terei escolhido, prenderei em cada um de vocês um desses discos nas costas, isto é, fora do alcance direto do olhar; qualquer possibilidade indireta de atingi-lo pela visão estando igualmente excluída pela ausência aqui de qualquer meio de se mirar.

- A partir daí, estarão à vontade para examinar seus companheiros e os discos de que cada um deles se mostrará portador sem que lhe seja permitido, naturalmente, comunicar uns aos outros o resultado da

<sup>76</sup> REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia** – do Romantismo até nossos dias. v. III. São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 589 e ss.

<sup>77</sup> As idéias contidas sobre o tempo lógico estão baseadas nas seguintes obras: KAUFMANN, Pierre. **Dicionário enciclopédico de psicanálise** – O legado de Freud e Lacan. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 519-522. ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Jorge Zahar Editor, 1997, p.

inspeção. O que, aliás, o simples interesse de vocês os impedia de fazer. Pois o primeiro que puder deduzir sua própria cor é quem se deverá beneficiar da medida libertatória de que dispomos.

- Será preciso ainda que sua conclusão seja fundamentada em motivos de lógica, e não apenas de probabilidade. Para esse fim, fica convencionado que, tão logo um de vocês esteja pronto a formulá-la, ele transporá esta porta, a fim de que, chamado à parte, seja julgado por sua resposta.<sup>78</sup>

Aceita essa proposta, cada um de nossos três sujeitos é adornado com um disco branco, sem se utilizarem os pretos, dos quais se dispunha, convém lembrar, apenas em número de dois.

Como podem os sujeitos resolverem esse problema?<sup>78</sup>

A conclusão do sofisma do prisioneiro, ou do paradoxo do prisioneiro, tem rigor de uma solução lógica desde que seja integrado o valor de duas medidas suspensivas em que os prisioneiros colocam em dúvida a validade da solução e repetem a cada vez a conclusão. Essas medidas verificam a precipitação do sujeito em concluir, *na pressa*, num momento de eclipse em que, percebendo um tempo de atraso do seu raciocínio em relação ao dos outros, ele tem medo, caso não conclua imediatamente, caso se deixe ultrapassar pelos outros, de não mais poder ter certeza de que não é preto.

A solução perfeita está em que depois de se olharem entre si *por um certo tempo*, os três sujeitos dão juntos *alguns* passos, que os levam simultaneamente a cruzar a porta. Cada um fornece uma resposta semelhante, que se expressa assim:

- sou branco, eis como sei disso. Dado que meus companheiros eram brancos, achei que, se eu fosse preto, cada um poderia ter inferido o seguinte: - se eu também fosse preto, o outro, devendo reconhecer imediatamente que era branco, teria saído na mesma hora, logo, não sou preto. E os dois teriam saído juntos, convencidos de ser brancos. Se não estavam fazendo nada, é que eu era branco como eles. Ao que saí porta afora para dar a conhecer a minha conclusão. Assim, todos os três saíram simultaneamente, seguros das mesmas razões de concluir.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> LACAN, Jacques. **Escritos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 197-198.

<sup>79</sup> LACAN, Jacques. **Escritos**, p. 198.

A certeza do sujeito é impelida por um ato de asserção de certeza *antecipada*. É no 'só-depois' das mensurações que o sujeito sabe que sua asserção terá sido a boa. A verificação 'só-depois' verifica a justeza e alguma coisa que é atingida como verdade antes mesmo de poder ser verificada: é a verificação da antecipação da verdade. Há um hiato irreduzível, entre verdade e verificação, hiato que se reduz à dimensão temporal da pressa.

O tempo na apreciação de Lacan se modula segundo três formas de subjetivação:

- sujeito impessoal para um instante de ver;
- sujeito indefinido recíproco para o tempo de compreender;
- sujeito da asserção para o momento de concluir;

As três formas representam transformações dos dados espaciais, visíveis (mas não vistos) de imediato, do estado de combinação dos discos (dois pretos, um branco = instante de ver; um preto, dois brancos = tempo para compreender; três pretos = momento de concluir).

O tempo lógico possui um valor paradigmático de múltiplas aplicações. Ele constitui a lógica da deliberação e da ação, que se apóia em três tempos. Essa lógica dá à repetição de duas medições um valor que não é de situar o sujeito *no* tempo, mas de engendrar o sujeito da asserção *pelos* tempos dessas medições, isolando pela mesma ação a função específica da pressa. No momento de concluir, o tempo de adiantamento possível do outro se constitui como objeto de uma competição temporal: o sujeito se precipita em concluir para "compensar" o seu



atraso e se apoderar desse objeto temporal de competição, esse objeto apressado, no matema de Lacan  $h(a)té$ .

### 1.5.1 A modulação do tempo

*O instante do olhar: estando diante de dois pretos, sabe-se que é branco.*

*Dois pretos = um branco. Valor instantâneo da evidência. Tempo zero.*

Tempo para compreender: *se eu fosse preto, os dois brancos que estou vendo não tardariam a se reconhecer como sendo brancos. A evidência supõe a duração de um tempo de meditação.*

O momento de concluir: *apresso-me a me afirmar como branco ("por medo de que..."), para que esses brancos, assim considerados por mim, não me precedam, reconhecendo-se pelo que são. O sujeito conclui o movimento lógico na decisão de um juízo. Ressurge no sujeito o modo subjetivo de um tempo de demora em relação aos outros nesse mesmo movimento e que se apresenta logicamente como pressa do momento de concluir. A evidência é subjetiva, nascida pelo eclipse sofrido na objetividade do tempo para compreender.*

O texto é fundamental tanto no manejo da transferência que diz respeito à preocupação mais próxima de Lacan como também é fundamental no manejo dos mecanismos do processo, no manejo do tempo do processo, visto que o processo é uma relação essencialmente ligada ao tempo e ao seu manejo. O tempo lógico toma o tempo como evento significante e não como uma ocasião de duração mensurável. O manejo do tempo no processo reinscreve no lugar do Outro a não identidade histórica do sujeito, não lhe permitindo acesso ao que constitui o seu desejo.

Se existe uma estruturação temporal da verdade no processo, compete ao juiz possuir os meios para agir sobre os tempos segundo a lógica que preside essa estruturação. Ao dividir o processo numa seqüência de atos, o juiz se põe em posição de recusa de todo o saber, priva-se mesmo do ideal da acumulação do saber. Ele, assim como o analista, introduz o réu na vida de cair de sua fantasia; a divisão do processo em momentos libera significantes.

### 1.5.2. Os três atos da Carta Roubada

A Carta Roubada, texto de Edgar Allan Poe<sup>80</sup>, faz referência, segundo Lacan, na obra “O Seminário sobre a Carta Roubada”<sup>81</sup>, aos três tempos lógicos pelos quais uma decisão pode ser tomada e também aos três lugares que ela atribui aos sujeitos, constituindo, assim, uma maquete da intersubjetividade: “a maneira pela qual os sujeitos se revelam em seus deslocamentos no curso da repetição intersubjetiva.”<sup>82</sup>

As três cenas onde se desenrolam os Atos da Carta Roubada são as seguintes:

#### a) Primeira Cena:

- O ladrão - disse G... - é o Ministro D..., que se atreve a tudo, tanto o que é digno como o que é indigno de um homem. O roubo foi cometido de modo não só engenhoso como ousado. O documento em questão... uma carta, para sermos francos, foi recebida pela personalidade roubada quando esta se encontrava a sós em seus aposentos. Quando a lia, foi subitamente interrompida pela entrada de outra personalidade

---

<sup>80</sup> ALLAN POE, Edgar. A Carta Roubada. In: **Poemas e ensaios**. 3.ed. rev. Tradução de Brenno Silveira e outros. São Paulo: Globo, 1999, p. 65-113. As partes do texto de Allan Poe citadas durante a explanação foram retiradas da presente obra.

<sup>81</sup> LACAN, Jacques. **Escritos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 13-66.

<sup>82</sup> LACAN, Jacques. Idem, p. 16.

de elevada posição, de quem desejava particularmente ocultar a carta. Após tentar às pressas, e em vão, metê-la numa gaveta, foi obrigada a colocá-la, aberta como estava, sobre uma mesa. O sobrescrito, porém, estava em cima e o conteúdo, por conseguinte, ficou resguardado. Nesse momento, entra o Ministro D... Seus olhos de lince percebem imediatamente a carta, e ele reconhece a letra do sobrescrito, observa a confusão da destinatária e penetra em seu segredo. Depois de tratar de alguns assuntos, na sua maneira apressada de sempre, tira do bolso uma carta parecida com a outra em questão, abre-a, finge lê-la e, depois, coloca-a bem ao lado da primeira. Torna a conversar, durante uns quinze minutos, sobre assuntos públicos. Por fim, ao retirar-se, tira de cima da mesa a carta que não lhe pertencia. Seu verdadeiro dono viu tudo, certamente, mas não ousou chamar-lhe a atenção em presença da terceira personagem, que se achava ao seu lado. O ministro retirou-se, deixando sua carta - uma carta sem importância - sobre a mesa.

Conseqüência:

- Está claro, como acaba de observar - disse eu -, que a carta se encontra ainda em poder do ministro, pois é a posse da carta, e não qualquer emprego da mesma, que lhe confere poder. Se ele a usar, o poder se dissipa.

b) Segunda Cena:

- Em sua avaliação prática, depende disso - confirmou Dupin. - E, se o delegado e toda a sua corte têm cometido tantos enganos, isso se deve, primeiro, a uma falha nessa identificação e, segundo, a uma apreciação inexata, ou melhor, a uma não apreciação da inteligência daqueles com quem se metem. Consideram engenhosas apenas as suas próprias *idéias* e, ao procurar alguma coisa que se ache escondida, não pensam senão nos meios que eles próprios teriam empregado para escondê-la. Estão certos apenas num ponto: naquele em que sua engenhosidade representa fielmente a da *massa*; mas, quando a astúcia do malfeitor é diferente da deles, o malfeitor, naturalmente, os engana. Isso sempre acontece quando a astúcia deste último está acima da deles e, muito freqüentemente, quando está abaixo. Não variam seu sistema de investigação; na melhor das hipóteses, quando são instigados por algum caso insólito, ou por alguma recompensa extraordinária, ampliam ou exageram os seus modos de agir habituais, sem que se afastem, no entanto, de seus princípios. (...) Mas, quando se trata de um caso

importante - ou de um caso que, pela recompensa oferecida, seja assim encarado pela polícia - *jamaís* essas qualidades deixaram de ser postas em ação. Você compreenderá, agora, o que eu queria dizer ao afirmar que, se a carta roubada tivesse sido escondida dentro do raio de investigação do nosso delegado - ou, em outras palavras, se o princípio inspirador estivesse compreendido nos princípios do delegado -, sua descoberta seria uma questão inteiramente fora de dúvida. Este funcionário, porém, se enganou por completo, e a fonte remota de seu fracasso reside na suposição de que o ministro é um idiota, pois adquiriu renome de poeta. Segundo o delegado, todos os poetas são idiotas - e, neste caso, ele é apenas culpado de uma *non distributio medii*, ao inferir que todos os poetas são idiotas.

c) Terceira Cena:

"Mal lancei os olhos sobre a carta, concluí que era aquela que eu procurava. Era, na verdade, sob todos os aspectos, radicalmente diferente da que o delegado nos descrevera de maneira tão minuciosa. Na que ali estava, o selo era negro e a inicial um "D" na carta roubada, o selo era vermelho e tinha as armas ducais da família S...

"Aqui, o endereço do ministro fora traçado com letra feminina muito pequena; na outra, o sobrescrito, dirigido a certa personalidade real, era acentuadamente ousado e incisivo. Somente no tamanho havia uma certa correspondência. Mas, por outro lado, a grande *diferença* entre ambas as cartas, a sujeira, o papel manchado e rasgado, tão em desacordo com os *verdadeiros* hábitos de D..., e que revelavam o propósito de dar a quem a visse a idéia de que se tratava de um documento sem valor, tudo isso, aliado á colocação bem visível do documento, que o punha diante dos olhos de qualquer visitante, ajustando-se perfeitamente às minhas conclusões anteriores, tudo isso, repito, corroborava decididamente as suspeitas de alguém que, como eu, para lá me dirigira com a intenção de suspeitar.

"Prolonguei minha visita tanto quanto possível e, enquanto mantinha animada conversa com o ministro, sobre um tema que sabia não deixara jamais de interessá-lo e entusiasamá-lo, conservei a atenção presa à carta. Durante esse exame, guardei na memória o aspecto exterior e a disposição dos papéis no porta-cartas, chegando, por fim, a uma descoberta que dissipou por completo qualquer dúvida que eu ainda

pudesse ter. Ao observar atentamente as bordas do papel, verifiquei que as mesmas estavam mais estragadas do que parecia necessário. Apresentavam o aspecto *irregular* que se nota quando um papel duro, depois de haver sido dobrado e prensado numa dobradeira, é dobrado novamente em sentido contrário, embora isso seja feito sobre as mesmas dobras que constituíam o seu formato anterior. Bastou-me essa descoberta. Era evidente para mim que a carta fora dobrada ao contrário, como uma luva que se vira no avesso, sobrescrita de novo e novamente lacrada. Despedi-me do ministro e sai incontinentemente, deixando uma tabaqueira de ouro sobre a mesa.

A apoteose:

- Mas o que pretendia você - perguntei - ao substituir a carta por um fac-símile? Não teria sido melhor, logo na primeira visita, tê-la apanhado de uma vez e ido embora?

- D... - respondeu Dupin - é homem decidido de grande coragem. Além disso, existem, em seu hotel, criados fiéis aos seus interesses. Tivesse eu feito o que você sugere, talvez não conseguisse sair vivo de sua presença "ministerial".

A boa gente de Paris não ouviria mais notícias minhas. Mas, à parte estas considerações, eu tinha um fim em vista. Você sabe quais são minhas simpatias políticas. Nesse assunto, ajo como partidário da senhora em apreço. Durante dezoito meses, o ministro a teve à sua mercê. Agora, é ela quem o tem a ele, já que ele ignora que a carta já não está em seu poder e continuará a agir como se ainda a possuísse. Desse modo, encaminha-se, inevitavelmente, sem o saber, rumo à sua própria ruína política. Sua queda será tão precipitada quanto desastrada. Está bem que se fale do *facilis descensus Averní*, mas em toda a espécie de ascensão, como dizia Catalani em seus cantos, é muito mais fácil subir que descer. No presente caso, não tenho simpatia alguma - e nem sequer piedade - por aquele que desce. És esse *monstrum horrendum* - o homem genial sem princípios. Confesso, porém, que gostaria de conhecer o caráter exato de seus pensamentos quando, ao ser desafiado por aquela a quem o delegado se refere como "uma certa pessoa", resolve abrir o papel que deixei em seu porta-cartas.

- Como! Você colocou lá alguma coisa particular?

- Ora, não seria inteiramente correto deixar o interior em branco... Seria uma ofensa. Certa vez, em Viena, D... me pregou uma peça, e eu lhe disse, bem-humorado, que não me esqueceria daquilo. De modo que, como sabia que ele iria sentir certa curiosidade sobre a identidade da pessoa que o

sobrepujara em astúcia, achei que seria uma pena deixar de dar-lhe um indício. Ele conhece bem minha letra e, assim, apenas copiei, no meio da tolha em branco, o seguinte:

*... un dessein si funeste, s'il n'est digne d'Artrée, est digne de Thyest.*

São palavras que podem ser encontradas em *Artrée*, de Crébillon.

A Carta, seguindo Lacan<sup>83</sup>, retrata duas cenas. Uma cena primitiva e uma segunda cena, repetição da primeira. A cena primitiva desenrola-se na alcova real, de modo que se suspeita que uma pessoa ilustre, que ali se encontra sozinha ao receber a carta, é uma Rainha. O embaraço em que a tal pessoa é colocada pela entrada do outro personagem, também ilustre, confirma o sentimento que a Carta poria em jogo nada menos que a segurança da pessoa que a recebeu. A cena se inicia com a entrada do Ministro D... e a partir daí, a Rainha não pode fazer nada a não ser contar com a desatenção do Rei, deixando a Carta sobre a mesa: “virada para baixo, com o sobrescrito para cima.”

Contudo, o estratagema não escapa aos olhos do Ministro, que percebe também a manifesta apreensão da Rainha. Daí em diante tudo se desenrola silogisticamente. O Ministro tira do bolso uma carta semelhante, finge lê-la e a coloca ao lado da Carta “virada”. Entretendo a assembléia real com o seu palavrório costumeiro, o Ministro se apodera friamente da Carta embaraçante despedindo-se da Rainha. A Rainha acompanha a sua manobra mas não pode intervir, tem medo de chamar a atenção do Rei, que está ao seu lado.

Balanço da primeira cena: o Ministro roubou a Carta e a Rainha sabe que é ele quem a tem. A segunda cena se passa no gabinete do ministro. O Inspetor de Polícia Dupin, após dezoito meses de busca pela Carta, a pedido da Rainha, visita o ministro. O olhar do Inspetor, por fim, recai sobre um bilhete aparentemente

---

<sup>83</sup> LACAN, Jacques. **Escritos**, p. 14-16.

abandonado num porta-cartas de cartolina, pendurado no meio do painel da lareira. Seu espírito de policial sabe que encontrou o que procurava. Esquecendo algo, o Inspetor se retira.

Ao voltar ao ambiente, para buscar a sua tabaqueira e aproveitando-se de um incidente previamente preparado para atrair o ministro até a janela, Dupin apodera-se da Carta substituindo-a por um simulacro, escrito por ele mesmo, de tal modo que sua letra possa ser identificada pelo ministro. O que Dupin deixa escrito é: - “um desígnio tão funesto, / se não é digno de Atreu, é digno de Tiestes.”<sup>84</sup>

Enunciado que demonstra ser semelhante as duas ações, em dois atos. O que as ações retratam é a intersubjetividade estabelecida e ressaltada em três termos que ela mesma estrutura.

Segundo Lacan<sup>85</sup>, a estrutura corresponde aos três tempos lógicos pelos quais uma decisão se precipita e os três lugares que a decisão atribui aos sujeitos:

Essa decisão é concluída no momento de um olhar, pois as manobras que se seguem, quando nelas ele se delonga sorratamente, não lhe acrescentam nada, como tampouco o adiamento de sua oportunidade na segunda cena rompe a unidade desse momento. Esse olhar supõe dois outros, que ele reúne numa visão da abertura deixada em sua falaciosa complementaridade, para se antecipar à rapina oferecida nesse descobrir. Três tempos, portanto, ordenando três olhares, sustentados por três sujeitos, alternadamente encarnados por pessoas diferentes. O primeiro é o de um olhar que nada vê: é o Rei, é a polícia. O segundo, o de um olhar que vê que o primeiro nada vê e se engana por ver encoberto o que ele oculta: é a Rainha, e depois, o ministro. O terceiro é o que vê, desses dois olhares, que eles deixam a descoberto o que é para esconder, para que disso se apodere quem quiser: é o ministro e, por fim, Dupin.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Atreu, na mitologia grega, filho de Pélops e de Hipodâmia, Rei de Argos, desposou Aéropa. Concebeu ódio violento a seu irmão Tiestes. Esse ódio teve início com o rapto do carneiro de pelo de ouro, ao qual Atreu ligava a felicidade de sua família. Além disso, havia o comércio incestuoso que seu irmão mantinha com sua mulher Aéropa. Atreu expulsou da corte a esposa e o irmão. Não se julgando suficientemente vingado, convidou Tiestes para um festim de reconciliação, e, durante o banquete, ofereceu-lhe os membros do filho que tivera com Aéropa. O sol recuou para não ver e não iluminar tão horrível repasto. (SPALDING, Tassilo Orpheu. **Dicionário de mitologia greco-latina**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1965, p. 34).

<sup>85</sup> LACAN, Jacques. **Escritos**. p. 17-18

<sup>86</sup> LACAN, Jacques. **Escritos**. p. 197. Segundo Lacan, o tempo lógico é asserção de certeza antecipada.

Estendendo a Carta Roubada às relações jurídicas, apresentam-se os tempos que ordenam três olhares e são sustentados por três sujeitos:

- o primeiro é de um olhar que nada vê: na Carta o rei e a polícia, no processo o juiz, o sujeito que não vê o fato.

- o segundo, o olhar que vê que o primeiro nada vê e se engana por ver encoberto o que ele oculta: na Carta, a Rainha e o ministro; no processo, a vítima e o réu.

- o terceiro, o olhar que vê, desses dois olhares, o que eles deixam a descoberto e o que é para esconder, e o que disso é para se apoderar: na Carta, o Ministro e Dupin; no processo, o réu e a defesa.

Para Lacan, conforme conclui Oscar Massota<sup>87</sup>, a verdade não se situa numa relação dual. Situa-se para além dela, na ausência, num terceiro *fundamental*. No exemplo de Allan Poe, o terceiro é o Rei. O que é fundamental não é a *pessoa do Rei*. Se este se interessa para o fechamento da cena não é por aquilo sua posição e seu papel constitui emblema. É na legitimidade de sua realeza e os emblemas que investe é o verdadeiro pivô em torno do qual a cena se fecha efetivamente.

Que lição Lacan apresenta? A lição que Lacan tira é que “não teria efeito de roubo, o ato do ministro, sem transgressão por parte da Rainha; mas, não existiria nem um nem outro sem algo suscetível de ser transgredido. Não haveria cena, nem fechamento da cena, nem constituição do edifício dramático sem essa legitimidade que o Rei representa e suporta. *‘Carta de amor ou carta de conspiração, carta delatora ou carta de instrução, carta ameaçadora ou carta de queixa angustiada, não podemos reter dela mais que uma coisa, a Rainha não poderia deixá-la conhecer*

---

<sup>87</sup> MASOTTA, Oscar. **Introdução à leitura de Lacan**. Campinas: Papyrus, 1988, p. 43 e ss.



*por seu amo e senhor. Ora, estes termos longe de tolerar o caráter desbotado que têm na comédia burguesa, tomam um sentido eminente quando designam a seu soberano, a quem a liga a fé jurada.”*

A “comédia”, na verdade, designa a eminência da Lei. A existência do juiz e sua relação com a Lei muda o alcance e a significação desse poder, tornando controversa<sup>88</sup> a relação entre a vítima e o réu, na figura da Rainha e do ministro. Do ponto de vista do poder, o juiz, o Rei, é assimétrico em relação ao réu e à vítima, ministro e Rainha. O alcance e definição de *seu* poder devem *aparecer* como absoluto, por mais imbecil e cego que seja a personagem, o *seu* exercício não pode deixar de ser menos temível. O rei, juiz, não é a lei, mas sim sua investidura; ele, o juiz, *diz* o direito, daí a jurisdição. Por isso, a sua responsabilidade. No dizer de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,

A função jurisdicional é – e deve ser – por demais séria. Exercício de poder, chega a ser de vida e de morte. A contrapartida é a responsabilidade; responsabilidade pelos seus atos, dos quais deve esperar que lhe outorguem um lugar, portanto, os atos devem ser simbólicos, justo em razão dos laços (Marcel Mauss, Lacan, Melman, Calligaris), no processo, serem reais ou, cada vez mais reais. Mas não é isso que se vê todo dia. Ao contrário, os laços são reais e os atos têm sido reais e, assim, não se funda nada, nem o lugar do juiz (que se não respeita justo porque, deste modo, não se faz respeitar, em face do posto burocratizado – e marcado pelo medo – aonde se vão colocando cada vez mais), muito menos dos réus, que se não vêem como sujeitos e, portanto, como cidadãos. Deste modo, ‘justiciados’, vão ter que esperar de seus atos, depois, um lugar não arranjado no processo.<sup>89</sup>

A posição do rei, do juiz, pode ser analisada a partir de um tempo duplo: da posição como homem e da posição como rei:

---

<sup>88</sup> A controvérsia, o paradoxo reside, por um lado, na situação em que está a rainha como vítima, mas que não pode enunciar abertamente tal situação. Por outro lado, por parte do ministro, que é o algoz que não pode também, por seu turno, enunciar-se assim. Em ambos os casos, é a figura também paradoxal do rei que estabelece a ambivalência das relações: marido e majestade.

<sup>89</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). In: **Estudos constitucionais**. Org: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 148.

Do ponto de vista do Rei, o Rei não é um homem, é um *lugar* onde a Lei de deflexiona (digamos assim) *em seu nome*. Se o Rei então não é um homem, teríamos que dizer: é porque não é mais – isto é, nada menos que o nome do Rei. Bem a partir de sua posição como homem, o Rei *não* é simplesmente o Rei. Se o fato da existência dos protocolos régios, a origem desses protocolos, sabe-se, encontra-se na distância que separa a pessoa real e empírica do Rei daquele, a Lei, que sua pessoa investe, tudo isso não desdiz o *fato* da lei; ao contrário, o homem não deixa de ser um imbecil. Porém não somente por sua conduta no interior da tríade, a que não vê nada, senão porque nenhum homem pode sustentar por si mesmo o peso do símbolo maior, os emblemas da Lei '*Rex et augur*'.<sup>90</sup>

Assim, na relação processual, a verdade também não se situa numa relação dual. Situa-se num terceiro *fundamental* que está no *significado* da figura do juiz. Não é na pessoa do juiz que está este significado, mas naquilo que legitimamente o significado investe como verdadeiro e em torno do qual o processo gira e se fecha.

Aos três tempos de Lacan relacionando-os ao tempo do juiz, ao tempo da defesa e ao tempo da acusação, acrescenta-se o tempo do olhar do réu. É este o mais interessado – ou melhor, o verdadeiro interessado – na solução do caso penal. É em seu desfavor que o tempo corre, pois é a sua vida – o seu projeto – que está em jogo no processo.

A interseção entre o direito e a psicanálise é essencial para que o primeiro possa saber trabalhar com o ser humano, que é sua principal meta e seu principal interlocutor, tendo em vista que o Direito é um instrumento sem igual de exercício de poder. Atento a esta necessidade, há muito Jacinto Nelson de Miranda Coutinho já deu o alerta:

Sigo com grande preocupação em relação à interseção Direito-Psicanálise; e não pelo imenso prazer que as novas fronteiras abrem, passo a passo, dando sabor e cor àquilo que, desgastado, tem-se mostrado 'sem tudo'; mas porque, cada vez mais é possível afirmar que o Direito não tem salvação sem as luzes do discurso psicanalítico.

---

<sup>90</sup> MASOTTA, Oscar. **Introdução à...**, p. 44.

Instrumento inigualável de exercício do Poder, o Direito segue tendo o homem como sua principal meta, por um lado, mas também como seu principal interlocutor e, assim, padece do drama colocado pela diferença, à qual não há razão suficiente – embora fosse de se esperar, com séculos de seu predomínio – para dar conta. Ao contrário, não se estanca o discurso que denuncia a crise, ou as crises. Assim caminha a humanidade...<sup>91</sup>

## 1.6. Temporalidade e pro-jeto como dimensão do ser em Enrique Dussel

Enrique Dussel, ao analisar a dimensão do ser e sua relação com o tempo, parte da leitura de Martin Heidegger, especificamente da obra *Ser e Tempo*, em seu parágrafo 83:

“§ 83: A analítica existencial e temporal da pre-sença e a questão de uma ontologia fundamental sobre o sentido do ser em geral

A tarefa das considerações até aqui realizadas consistia em interpretar, de maneira ontológica e existencial, a *totalidade originária, a partir de seu fundamento*, da pre-sença de fato nas possibilidades de sua existência própria e imprópria. A temporalidade revelou-se como esse fundamento e, portanto, como o sentido ontológico da cura. Desse modo, *antes* da liberação da temporalidade, o que a analítica existencial *preparatória* da presença aprontou foi *reconduzido* à estrutura originária da totalidade do ser da pre-sença, isto é, à temporalidade. As estruturas, anteriormente apenas ‘de-monstradas’, só recebem a sua ‘fundamentação’ a partir das possibilidades analisadas de temporalização do tempo originário. A elaboração da constituição ontológica da pre-sença é, porém, apenas *um* caminho. A meta é elaborar a questão do ser em geral. A analítica *temática* da existência necessita, por sua vez, da luz que emana da idéia do ser em geral, antes esclarecida. Isso adquire validade, sobretudo no caso de se manter como parâmetro orientador de toda investigação filosófica a proposição anunciada na introdução: a filosofia é uma ontologia fenomenológica e universal que parte da hermenêutica da presença, a

---

<sup>91</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O Estrangeiro do Juiz ou o Juiz do Estrangeiro? In: **Direito e psicanálise**. Interseções a partir de ‘O Estrangeiro’ de Albert Camus. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Coord. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 69. Na mesma linha, é importante ressaltar a posição de Alexandre MORAIS DA ROSA: “O convite formulado por **Miranda Coutinho** para que a *Psicanálise* penetre *definitivamente no processo penal, para cumprir uma missão fundamental* deve, pois, ser levado à sério, a fim de que se possa indicar como, mais ou menos, funciona o mecanismo de decisão judicial, eis que a *consciência plena* é ilusória. Esse ir ao encontro do *um-juiz* humano, portador de uma subjetividade que opera dentro da ‘Instituição’, para encontrar *emoções, desejos, complexos*, é um caminho rumo à democratização do *ato* decisório. Não se trata, evidentemente, de eclipsar seu lugar, nem de aceitar a decisão consensual entre as partes envolvidas sobre o ‘caso penal’, muito menos de adotar uma ‘psicologia do eu’. Cuida-se de reconhecer a influência do *inconsciente do um-julgador* no momento do *ato* decisório, uma vez que *não tem sentido manter uma venda nos olhos para fazer de conta que o problema não existe*’ (**Miranda Coutinho**).” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. O estrangeiro, a exceção e o direito. In: **Direito e psicanálise**. Interseções a partir de ‘O Estrangeiro’ de Albert Camus. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Coord. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59).

qual, enquanto analítica da *existência*, amarra o fio de todo questionamento filosófico no lugar de onde ele *brota* e para onde *retorna*. Sem dúvida, essa tese não tem o valor de um dogma, mas de uma formulação do problema fundamental ainda ‘entranhado’, a saber: Pode-se fundamentar *ontologicamente* a ontologia ou será que ela também necessita de um fundamento *ôntico*? E *que* ente deve assumir a função fundamentadora?

Por mais elucidadora que possa parecer a diferença entre o ser da presença que existe e o ser dos entes não dotados do caráter de presença (ser simplesmente dado, por exemplo), ela não passa de um *ponto de partida* da problemática ontológica. Não é algo com que a filosofia possa se tranquilizar. De há muito se sabe que a antiga ontologia trabalha com ‘conceitos de coisa’ e que há o perigo de se ‘coisificar a consciência’. Mas o que significa coisificação? De onde ela surge? Por que, ‘de início’, se ‘concebe’ o ser justamente a partir de algo simplesmente dado e *não* do manual, que está *ainda mais perto*? *Por que* essa coisificação sempre chega a predominar? Como se estrutura *positivamente* o ser da ‘consciência’ de forma que a coisificação lhe seja inadequada? Será que a ‘diferença’ entre ‘consciência’ e ‘coisa’ é suficiente para se desenvolver originariamente a problemática ontológica? Estão a caminho as respostas a essas questões? E enquanto a questão do sentido do ser em geral não for colocada e esclarecida, poder-se-á simples *buscar* a resposta?

A origem e a possibilidade da ‘idéia’ do ser em geral nunca podem ser investigadas mediante a ‘abstração’ lógico-formal, ou seja, sem um horizonte seguro de pergunta e resposta. Trata-se de buscar e percorrer um *caminho* para o esclarecimento da questão da ontologia fundamental. Somente após tê-lo percorrido é que se poderá decidir se ele é o *único* ou, simplesmente, o *correto*. *Por nem sequer ter sido desencadeado*, o *combate* em torno da interpretação do ser não se pode dar por terminado. Por fim, esse combate não pode ser desencadeado ‘com um estalar de dedos’, mas exige uma mobilização. Exclusivamente para isso é que a presente investigação está *a caminho*. Onde ela está?

Na compreensão ontológica, que, enquanto compreensão, pertence à existência da presença, abriu-se algo como ‘ser’. Embora não concebida, a abertura preliminar do ser possibilita que, como ser-no-mundo existente, a presença se possa comportar *com o ente* que vem ao encontro dentro do mundo e também consigo mesma, enquanto existente. *Mas como é simplesmente possível na presença a compreensão do ser em sua abertura*? Pode-se responder essa questão, remontando-se à *constituição ontológica originária* da presença que compreende o ser? A constituição ontológico-existencial da totalidade da presença se funda na temporalidade. Desta forma, é um modo originário de temporalização da própria temporalidade ekstática que deve tornar possível o projeto ekstático do ser em geral. Como se há de interpretar esse modo de temporalização da temporalidade? Haverá um caminho que conduza do *tempo* originário para o sentido do *ser*? Será que o próprio *tempo* se revela como horizonte do *ser*?<sup>92</sup>

Comentando o texto acima, Enrique Dussel resume dizendo que “a temporalidade é um horizonte transcendental que abarca num só movimento o *ser*,

---

<sup>92</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte II. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1989, p. 250-252.

ao qual o homem se abre pela com-preensão do ser, como poder ser”<sup>93</sup>. O fundamento da ética é o ser do humano compreendido existencialmente como poder-ser, o poder ser é o horizonte ontológico do humano, entendido essencialmente pela modalidade do pro-jeto. Compreender o ser do ser humano pela modalidade do futuro, do poder-ser é entender o humano como *temporalidade*.

A temporalidade não pode ser captada nem apreendida a partir do sentido vulgar de uma relação entre passado, presente e o que se realizará, o futuro, o não realizado, mas é apreensível somente pelo significado de *horizonte transcendental* ao qual o homem se abre pela compreensão do ser, como poder-ser:

O poder-ser não é somente o ainda não realizado; é um modo de presença-ausente. O poder-ser é dado na com-preensão que pro-põe (que *põe diante de nós* um horizonte `futuro`), um horizonte *a partir do qual* tudo o que se nos depara é, por sua parte, compreendido como possibilidade. A temporalidade reúne o faticamente dado já, com o estar sendo no horizonte de alguma forma presente, e de alguma forma ausente, do poder ser.<sup>94</sup>

Entendido como horizonte transcendental, o “futuro” não é o que se realizará depois, mas sim é o que a partir de agora, como uma presença, se nos manifesta. O futuro é o que se aproxima, mas é também o que se retira como horizonte. O tempo mundano, no sentido vulgar, das coisas que se nos apresentam é o modo cotidiano ou existencial da temporalidade. A temporalidade mundana é possível, a temporalidade das coisas do cotidiano, é possível somente porque a nota existenciária essencial do ser do homem é a temporalidade. A temporalidade “é um modo de ex-sistir (fora do possível) pelo qual o poder-ser se situa na presença-

---

<sup>93</sup> DUSSEL, Enrique. **Para uma ética da libertação Latino-americana**. Vol. I – Acesso ao ponto de partida da ética. Edições Loyola – Unimep – Piracicaba – s/d, p. 53.

<sup>94</sup> DUSSEL, Enrique. **Para uma ética...** obra citada, p. 53.

ausente do ad-*vir* como *fundo a partir do qual* ou *horizonte dentro do qual* o que se nos apresenta é remetido ao futuro, como possibilidade.”<sup>95</sup>

Além disso, o ser do homem que este mesmo com-preende não é um mero presente; não é um futuro como o que se fará depois; não é o passado como o já acontecido: é a unidade indivisível das três instâncias assumidas no único momento da temporalidade. O ser já-sido, o presente e o ad-*vir* são os três êxtases da temporalidade. Ser um ser humano é uma finalidade nunca totalizada que se desdobra no horizonte da temporalidade a partir do possível, a partir do poder-ser ad-veniente: “o ser que sou como poder-ser é o *telos*. O ser que sou no momento des-dobramento de totalização nunca totalizado é a *entelécheia* (o estar-já num não-ainda). A intra-temporalização das mediações (o cotidiano) funda-se na temporalidade radical da compreensão do ser finito.”<sup>96</sup>

No mesmo sentido, o ensinamento de Kierkegaard: “A temporalidade reúne em um único fenômeno a totalidade da finitude: O homem é uma síntese de infinito e de finito, de temporal e de eterno, de liberdade e de necessidade, é, em resumo, uma síntese. É a relação de dois termos uma síntese. O ‘eu’ não existe ainda sob este ponto de vista.”<sup>97</sup>

Para Dussel, o humano se encontra sempre lançado, pro-jetado a si mesmo no mundo e tem a seu cargo o seu próprio ser, ser estar lançado no mundo. Por conseqüência, é faticamente responsável de si mesmo e por si mesmo: “assim (o humano) se estabelece como que uma bipolaridade entre o homem que é e o homem que se recebe já como sendo entre `o ser fundado e o ser fundante, uma

---

<sup>95</sup> Idem, p. 53.

<sup>96</sup> Idem, p. 54.

<sup>97</sup> KIERKEGAARD, Soren. **O desespero humano**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 19.

dualidade que é unidade`".<sup>98</sup> Desde Sartre, sabe-se que a existência humana e a verdade do humano é o fundamento de si mesmo *em situação*. Se, por um lado, o humano é fundamento de si mesmo em situação, contudo ele não escolhe essa situação. Isso faz com que ele se compreenda ao mesmo tempo como totalmente responsável de seu ser, enquanto está sendo o fundamento, e, ao mesmo tempo, como totalmente injustificável.<sup>99</sup>

O se encontrar “estar sendo” ou “estar lançado” é um *factum* que não pode ser explicado racional ou irracionalmente, mas é o âmbito próprio e ambíguo do existir mundano, cotidiano, por *seu horizonte inobjetivável*. O poder-ser situa-se e abre-se *a partir* do ser já-dado mas, motivo da ambigüidade e da “angústia”<sup>100</sup> jamias dado totalmente.

Transcendendo a cotidianidade e a faticidade, o rêico, no e pelo projetar o seu poder-ser, o humano abre-se, lançando-se e arrojando-se adiante de seu mundo até seu horizonte que lhe serve de pano de fundo compreensivo do seu projeto. Abre-se ao âmbito das possibilidades. A compreensão é um movimento projetivo e transcendental. Segundo Dussel, “se o homem é ‘abertura’ ao mundo é porque é ‘pro-jetante’ de seu próprio ser como o ‘por causa do que’ está no mundo. Ao ‘estar pro-jetado’ o ser do homem sobre o seu poder-ser, que não é mais do que o

---

<sup>98</sup> Idem, p. 54.

<sup>99</sup> SARTRE, Jean Paul. **O ser e o nada**. Ensaio de fenomenologia fenomenológica. 5.ed. Petrópolis : Vozes, 1997, p. 158 e seguintes.

<sup>100</sup> “Com efeito, a angústia é reconhecimento de uma possibilidade como *minha possibilidade*, ou seja, constitui-se quando a consciência se vê cortada de sua essência pelo nada ou separada do futuro por sua própria liberdade. Significa que um nada nadificador me deixa sem desculpas, e, ao mesmo tempo, que o que eu projeto como meu ser futuro está sempre nadificado e reduzido à categoria de mera possibilidade, porque o futuro que sou permanece fora de meu alcance. Mas convém notar que, nesses casos, fizemos uso de uma forma temporal pela qual me aguardo no futuro, ‘marco encontro comigo mesmo para além desta hora, dia ou mês’. A angústia é o temor de não estar nesse encontro, o temor de sequer querer comparecer a ele.” (SARTRE, Jean Paul. **O ser e o nada...** obra citada, p. 80).

horizonte de significatividade<sup>101</sup> do mundo mesmo, dizemos que se encontra 'aberto'. Este é o sentido primário do pro-jetar fundamental."<sup>102</sup>

Em conclusão, o projeto existencial é a polarização de uma vida para uma meta, denominada, segundo Dussel, 'determinação-indeterminada', da qual não é possível nenhuma representação e que jamais será reconhecida senão no momento

---

<sup>101</sup> O horizonte de significatividade é dado pelo círculo hermenêutico, trazendo o significado do compreender, do pré-dizer e do dizer. Segundo Richard E. Palmer, "A compreensão (*Verstehen*) é um termo específico em Heidegger, não significando o que a palavra inglesa geralmente denota, nem aquilo que o termo significava em Dilthey. Em inglês, 'compreensão' sugere simpatia, capacidade de sentir aquilo que outra pessoa expetimenta. Falamos de um 'olhar compreensivo' e com ele sugerimos mais do que um mero conhecimento objectivo, é como se participássemos na coisa percebida. Podemos ter um grande conhecimento e uma fraca compreensão, pois a compreensão parece chegar ao que é essencial e, nalgumas de suas aplicações, ao que é pessoal. Em Schleiermacher a compreensão baseava-se na afirmação filosófica da identidade das realidades internas (*Identitätsphilosophie*) de modo que ao compreendermos vibrávamos em uníssono com quem falava, à medida que íamos compreendendo: a compreensão tanto envolvia fases comparativas como divinatórias. Em Dilthey, a compreensão referia-se ao nível mais fundo da compreensão incluído na captação de uma pintura, de um poema ou de um facto, fosse ele social, económico ou psicológico. Era mais do que um mero dado, era como que a 'expressão' de 'realidades internas' e em última instância da própria 'vida'. Todas essas concepções de compreensão acarretam associações totalmente estranhas à definição de Heidegger. Para Heidegger, a compreensão é o poder de captar as possibilidades que cada um tem de ser, no contexto do mundo vital em que cada um de nós existe. Não é capacidade ou o dom especial de sentirmos a situação de outra pessoa, nem é o poder de captar mais profundamente o significado de 'alguma manifestação de vida'. A compreensão não se concebe como algo que se possui mas antes como um modo ou elemento do ser-no-mundo. Não é uma entidade no mundo, antes é a estrutura do ser que torna possível o exercício actual da compreensão a um nível empírico. A compreensão é a base de toda a interpretação; é contemporânea da nossa existência e está presente em todo o acto de interpretação. A compreensão é assim ontologicamente fundamental e anterior a qualquer acto de existência. Um outro aspecto do problema está no facto da compreensão sempre se relacionar com o futuro; nisso consiste o seu carácter projectivo (*Entwurfscharakter*). Mas a projecção tem que ter uma base, e a compreensão está também relacionada com a situação de cada um (*Befindlichkeit*). Contudo, a essência da compreensão não está na simples captação de situação de cada um mas sim na revelação das potencialidades concretas do ser, no horizonte da situação que cada um ocupa no mundo. Heidegger usa o termo 'existencialidade' (*Existenzialität*) para este aspecto da compreensão. Uma característica importante da compreensão tal como Heidegger a encara, é que ela opera sempre no interior de um conjunto de relações já interpretadas, num todo relacional (*Bewandtnisganzheit*). Para a hermenêutica, as implicações deste facto são de longo alcance, especialmente quando relacionadas com a ontologia de Heidegger. Dilthey já estabelecera que a significação se referia sempre a um contexto de relações (*Strukturzusammenhang*), exemplificando o princípio já conhecido de que a compreensão opera preferencialmente no interior de um 'círculo hermenêutico' e não na progressão ordenada que vai das partes simples e auto-suficientes ao todo. Contudo, a hermenêutica fenomenológica de Heidegger, avança mais um passo; explora as implicações do círculo hermenêutico no que respeita à estrutura ontológica de toda a compreensão e interpretação existenciais do homem. É claro que a compreensão não pode conceber-se como algo metafísico, acima da existência sensível do homem, mas sim enquanto inseparável desta; Heidegger não nega a visão de Dilthey orientada para a experiência mas coloca-a num contexto ontológico. Isso vê-se no facto da compreensão não ser separável da nossa disposição. Nem tão pouco a podemos imaginar se [sem] o 'mundo' ou sem a 'significação'. O ponto chave em Heidegger é que a compreensão se tornou ontológica." (PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70. p. 135-136).

<sup>102</sup> DUSSEL, Enrique. **Para uma ética**, obra citada, p. 55.



mesmo em que alcançada: “o projeto pessoal tem dois caracteres fundamentais: não pode em caso algum ser definido por meio de conceitos: como projeto humano é sempre compreensível (senão de fato, ao menos de direito. (...) o projeto fundamental que sou eu é um projeto que se refere não às minhas relações com tal ou qual objeto particular do mundo, mas a meu-ser-no-mundo em sua totalidade.”<sup>103</sup>

#### 1.6.1. Totalidade, alteridade e o bem comum como exterioridade

Se, por um lado, a lógica da totalidade se pauta na univocidade, por outro, a lógica da alteridade se pauta na analogia. Como conciliar alteridade e totalidade se as lógicas são distintas? Como relacionar totalidade-alteridade? Os termos não são meramente diferentes, mas são distintos.

Assim, segundo Dussel, continua válido o texto Paul Ricouer que trata da dialética histórica e ao mesmo tempo simbólica caracteristicamente hebraica do “profeta” diante do “rei”. “O “rei” é o responsável e o poder da totalidade (Saul, Davi, Salomão...). O “rei” sem profeta é um dominador de uma Totalidade fechada, injusta, violentamente assassina do Outro. O “profeta” sem rei é um anárquico ou utópico de um projeto inexistente e irrealizável. O “profeta” exerce sua ação libertadora sobre o rei (Moisés sobre o Faraó); o “rei” para ser eticamente justo, deve ouvir a voz do profeta e lançar dialeticamente a totalidade para novas possibilidades históricas. A profecia se torna real pelo “rei”; a obra do Tudo abre-se ao futuro e a justiça por tal profecia. O “rei” é a poética. A “profecia” é metafisicamente filosofia. A filosofia se torna real na política; a política sem a crítica filosófica realiza uma tarefa imoral”<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> SARTRE, Jean Paul. **O ser e o...**, p. 558-559.

<sup>104</sup> DUSSEL, Enrique. **Para uma ética da libertação latino-americana**. Tomo II – eticidade e moralidade. Piracicaba: Edições Loyola / Unimep, s/d, p. 71-72.

Como, a partir destes diferentes horizontes (totalidade e alteridade), o Outro pode ser ouvido? Pergunta-se Dussel. O Outro se torna manifesto pelo rosto<sup>105</sup>, responde Dussel, como o que é exterior ao horizonte ontológico, como o que está para além da totalidade estabelecida, instaurada, totalidade de 'direito', que não tendo um rosto, contudo tem um 'corpo' de leis positivas e culturais, O 'Outro' transcende a todos os *interesses, fins* de pactos (Hobbes, Rousseau, Hegel) ou mesmo o interesse comum (Aristóteles) da totalidade entendida sempre como "o mesmo". Se, por um lado, o interesse, seja de fins, ou de pacto, ou comum, é o *telos* da totalidade fechada, contudo, não é na realidade um "bem", mas interesse do Tudo como único, divino, eterno, absoluto, da polis (grego) ao Nacional (Hitler), é projeto sem alteridade:

O 'bem comum', realmente 'bem', e não mero fundamento de uma Totalidade institucionalizada na dominação e a injustiça do definitivamente fechado, é o que perenemente avança para o Outro para servi-lo na justiça, instaurado um *novo* Todo, crescido na pro-criação e para além dos limites estreitos estabelecidos no passado. O Todo de 'o mesmo', aberto ao Outro, 'Outro' que o profeta soube escutar e testemunhar, passa para a práxis trans-versal, práxis que lança o Todo para uma nova Totalidade histórica, Totalidade futura. O futuro autêntico da história alterativa opõe-se ao mero futuro inautêntico da atualidade do já potencial no todo sem

---

<sup>105</sup> Segundo Nicola Abbagnano, o conceito de pessoa significa o homem e suas relações com o mundo ou consigo mesmo. No sentido mais geral, a palavra pessoa significa um sujeito de relações, podendo ser distinguidas três fases no conceito: 1.ª) função e relação-substância; 2.ª) auto-relação (relação consigo mesmo); 3.ª) hetero-relação (relação com o mundo). No primeiro sentido, o termo significa máscara, no sentido de personagem, tendo sido introduzido na linguagem filosófica pelo estoicismo popular para indicar as funções representadas pelo homem na vida. O conceito de função neste sentido pode ser reduzido ao de relação: uma função outra coisa não é senão um conjunto de relações que ligam o homem a uma dada situação e o definem em relação a ela. Para evitar a referência da noção de pessoa à de máscara, os gregos adotaram, em vez de *prósopon*, a palavra *hypóstasis*, significando suporte. Desde Descartes, enquanto se diminui o caráter substancial da pessoa, acentua-se a sua natureza de relação, especialmente auto-relação ou relação do homem para consigo mesmo. O conceito de pessoa neste sentido identifica-se com o do Eu como consciência. Nesta mesma linha seguem Locke, Leibniz, Wolff, Kant, Hegel, Lotze e Renouvier. Em contrariedade à posição filosófica anterior, estão as posições que se recusam a reduzir o ser do homem à consciência. A esquerda hegeliana e os marxistas consituíram o início de uma renovação do conceito. Mas é somente pela fenomenologia que o conceito de pessoa como hetero-relação faz o seu ingresso explícito na filosofia. Husserl acentua o caráter da intencionalidade. Em Scheler a pessoa é explicitamente definida como relação com o mundo. Esse conceito foi fecundo porque assumido como ponto de partida da análise existencial de Heidegger, o conceito do *ser-aqui* como relação com o mundo. O homem é pessoa enquanto, nestas suas funções, é essencialmente definido pelas suas relações com o mundo. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de...**, p. 730-732).

alteridade. O futuro na alteridade é tempo novo, é novidade radical, é *bem comum* (se entendermos o bem comum o sim-ao-Outro na práxis libertadora). O futuro na totalidade é desenvolvimento do tempo velho do 'Mesmo', antiguidade definitivamente retornante sobre si mesma, mero *interesse* egoísta do Todo (*interesse* unívoco do dominador em sua práxis opressora do 'outro' escravizado).<sup>106</sup>

A igualdade e a justiça devem ser vistas, assim também pela ótica do outro, respeitando a diferença. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho ensina que:

Temos feito muita força para não perder de vista o fato de que o legado de igualdade, basilar da Modernidade, é um daqueles que foi assim tomado – como bem disse Agostinho Ramalho Marques Neto e não restam mesmo dúvidas – pelo espaço da diferença, tanto que, desde Aristóteles, o conceito de justiça sempre foi marcado pela idéia de justiça distributiva. Nunca nos iludimos com uma igualdade tomada como identificação. Mesmo nós, do Direito, sabíamos que a igualdade era, neste aspecto, um conceito eminentemente jurídico (igualdade de todos perante a lei).<sup>107</sup>

O futuro autêntico, criador e novo só é possível através do Outro, enquanto exterioridade. É a realidade política, através de uma práxis libertadora, que constitui efetiva e praticamente o novo *Todo*. Há o político no interesse comum. É essencial que o Todo superado seja sucedido pelo novo Todo. Essa sucessão deve ocorrer na paz. Mas se o político da Totalidade superada se opõe à essa superação, transforma-se, então, no político totalitário que procura matar o Outro para reduzi-lo a “o outro”. Uma vez estabelecida a violência totalitária e injusta, o político do novo Todo tem o direito, em nome da justiça como futuro, de defender o Outro. Por fim, enfatiza Dussel que:

Na tarefa histórica do progresso analógico das comunidades políticas como história universal dos povos, da humanidade, o homem vai crescendo e vai julgando diária e praticamente seu próprio destino. Exterior a todo Todo, e, contudo, sempre comprometido nele, o homem, a pessoa humana, conserva sempre um resto inalienável de seu ser, sua liberdade como pólo

<sup>106</sup> DUSSEL, Enrique. **Para uma ética da...**, p. 72-73.

<sup>107</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Direito e...**, p. 78.

escatológico intotalizável. É nesse último nível que o espírito humano se manifesta como mistério no face-a-face, e onde tal espírito aparece em sua nota suprema (muito mais do que no poder 'fazer-ser todas as coisas' pelo compreender, conhecer ou saber) porque pode experimentar por sua parte o Outro como livre no amor de justiça, que ainda cabe uma abertura final onde se afirma dis-tinto de todo outro de maneira intotalizável para a razão humana.<sup>108</sup>

Posição idêntica adota Jacinto Nelson de Miranda Coutinho quando enfatiza que:

A democracia sempre foi lucidamente pensada como um lugar que se conquista, porque todos sabiam que o homem, embora não fosse mal por natureza, nunca foi tomado como naturalmente bom. A construção – da possibilidade de vida em sociedade – sempre foi determinada por um inafastável respeito à diferença, que é o respeito por uma palavra capaz de fundar alguma coisa, sem a qual fica quase impossível sobreviver, eis que não apenas nos funda como também desliza – e desliza cada vez mais – a apontar tudo na direção daquilo em que quase estamos chegando hoje, onde, diante do Direito, cada um diz absolutamente o que quiser, porque não só descobrimos que o Direito era, por excelência, estruturado normativamente a partir de normas dadas por nós, como intérpretes, mas em relação a uma referência que nos dava um certo caminho, um certo sentido, um certo trilho; e não o caminho, o sentido, o trilho.<sup>109</sup>

Enfim, a falta de democracia e de respeito pelo *outro enquanto outro*, faz com que se perca a referência e apareça o discurso da totalidade, e assim cada um diz aquilo que quer, sempre, por óbvio, justificando o discurso em algum ideal: “como resposta, o que aparece hoje de mais sobressalente em um quase-vazio de referência é o discurso dos justiceiros, que se põem a falar em nome do bem. É

<sup>108</sup> DUSSEL, Enrique. **Para uma ética da...**, p. 76.

<sup>109</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Direito e...**, p. 79. Em outra passagem, também digna de registro e reflexão, assinala o autor em questão: “Para nós, no espaço periférico do Terceiro Mundo, resta o suporte das epistemologias críticas latino-americanas, que procuram dar conta do seu lugar sem esquecer que existe um semelhante a ser levado em consideração; e a ética da alteridade, onde o ‘outro’ conte efetivamente alguma coisa e possa ter dignidade: ‘uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos’. Nada, porém, de se pensar no *bom sauvage*, não só porque não é mesmo assim em qualquer formulação, mas principalmente porque a prática, o dia-a-dia, tem mostrado ser bem diferente: de regra, quando o assunto é poder, basta estar lá exercendo-o; e aqui o melhor exemplo são os inquisidores... ainda presentes porque servem ao poder-de-fato, em detrimento da democracia processual. Inquisidor é inquisidor, seja lá quem for.” Atualizando o discurso sobre Direito e Neoliberalismo no Brasil. In: **Revista de estudos criminais**. N.º 4. Porto Alegre: Editora Nota Dez, 2001, p. 33

sempre em nome de um deus, da verdade, do bem, que esse tipo de coisa acontece.”<sup>110</sup>

### 1.7 A entropia<sup>111</sup>

A teoria da relatividade geral e a teoria da relatividade especial despedaçaram a universalidade e a unicidade do tempo. Referidas teorias mostram que o velho tempo universal de Newton é o relógio pessoal de cada um, que parece marcar o tempo de maneira uniforme e constante, com o senso intuitivo de tempo pessoal e assim o tempo de um não é o tempo do outro.

As experiências pessoais ensinam que o passado é diferente do futuro, que o futuro apresenta possibilidades e que o passado limita-se ao acontecido. Acredita-se que é possível afetar e moldar o futuro, mas o passado é imutável. Entre o passado e o futuro está o *agora*, um ponto temporal de sustentação que se reinventa a cada instante.

O tempo parece, para cada um, passar num ritmo perfeitamente uniforme, alcançando sempre um *agora* a cada marcação do compasso. As experiências pessoais também ensinam que há uma unilateralidade no desenvolvimento das coisas através do tempo. Existe uma seta temporal que nunca desvia da estipulação fixa e as coisas começam de um jeito e terminam de outro, mas nunca ao contrário.

Resumidamente, a experiência ensina duas coisas: a primeira, que o tempo flui; como um rio, o tempo corre, passa, trazendo o futuro, tornando-o agora e, como corrente abaixo, leva o passado. A segunda, que o tempo é uma seta, um fluxo de

---

<sup>110</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Idem, ibidem.

<sup>111</sup> As idéias trazidas neste item estão baseadas nos seguintes livros de Brian Green: GREENE, Brian. **O universo elegante**. Supercordas, dimensões ocultas e a busca da teoria definitiva. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. GREENE, Brian. **O tecido do cosmo**. O espaço, o tempo e a textura da realidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

direção única no sentido em que coisas acontecem em uma seqüência única do passado para o futuro. O rio é **entrópico** e a seta é uma lei.

*Entropia é a medida da desordem de um sistema físico*, traduzida pela equação de Boltzmann  $S = k \log w$ , ou, como dizia Aristóteles, *generatio unis est corruptius alteris (a geração de uma coisa é a corrupção da outra)*. A noção de entropia foi desenvolvida durante a Revolução Industrial por cientistas que estavam preocupados com a operação de fornos e máquinas a vapor. As pesquisas deste campo denominado termodinâmica cominaram com a teoria de Boltzmann<sup>112</sup>. A sua versão da entropia, expressa de maneira concisa na equação acima, emprega o raciocínio estatístico para estabelecer um vínculo entre os componentes individuais que integram um sistema físico e as propriedades globais desse sistema.

Segundo Paul Davies,

No ano de 1956, o físico alemão Hermann von Helmholtz fez uma previsão que viria a ser provavelmente a mais deprimente em toda a história da ciência. O universo, declarou Helmholtz, está morrendo. O fundamento desse pronunciamento apocalíptico era a assim chamada segunda lei da termodinâmica. Formulada originalmente no início do século XIX como uma afirmação basicamente técnica a respeito da eficiência das máquinas a vapor, a segunda lei da termodinâmica (hoje em dia frequentemente denominada apenas 'a segunda lei') logo foi reconhecida como tendo importância universal – na verdade, conseqüências literalmente cósmicas.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> De acordo com Whitrow, "No século XIX, a natureza unidirecional do tempo na física foi basicamente associada à segunda lei da termodinâmica. Esta, originalmente formulada por volta de 1850 por Rudolf Clausius e William Thomson, foi uma generalização da hipótese de que o calor não pode se transmitir por si mesmo de um corpo mais frio para um corpo mais quente. A lei determina a direção em que os processos termodinâmicos ocorrem e expressa o fato de que a energia, embora nunca possa se perder, pode se tornar indisponível para trabalho mecânico. Clausius acreditava que, por causa dessa lei, o universo como um todo está tendendo para um estado de 'morte térmica' em que a temperatura e todos os outros fatores físicos serão os mesmos por toda parte e todos os processos naturais cessarão." (WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 177).

<sup>113</sup> DAVIES, Paul. **Os três últimos minutos** – conjeturas sobre o destino final do universo. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 19.

Seguindo em sua análise, Davies expõe que a segunda lei da termodinâmica afirma que o calor flui do quente para o frio. Por exemplo, quando se deixa uma xícara de café esfriar, o calor flui da área de temperatura mais alta para a de temperatura mais baixa. A manifestação do calor na matéria dá-se na forma de agitação molecular. Quanto mais quente for o corpo, mais energética será a agitação molecular. O contato de dois corpos com temperaturas diferentes faz com que a agitação molecular mais vigorosa, isto é, do corpo mais quente, logo se espalhe para as moléculas do corpo mais frio.

Com o passar do tempo, o processo tende para um lado, pois o fluxo do calor é unidirecional. O calor fluir, espontaneamente, do frio para o calor seria tão estúpido quanto um rio seguir para cima ou gotas de chuva subirem para as nuvens. Assim, o fluxo do calor tem um direcionamento fundamental, o que é representado por uma seta apontando do passado para o presente. A 'seta do tempo' indica a natureza irreversível dos processos termodinâmicos.<sup>114</sup>

A entropia, como medida da desordem de um sistema físico, salienta dois aspectos essenciais de sistemas: a alta entropia significa que muitos rearranjos dos componentes que integram o sistema passam despercebidos, ou seja, que o sistema é altamente desordenado; a baixa entropia significa que muito poucos rearranjos passariam despercebidos ou, que o sistema é altamente ordenado.

Em sistemas físicos com muitos componentes, como, por exemplo, as páginas de um livro lançadas ao ar, há uma evolução natural em direção a uma desordem maior, uma vez que a desordem pode ser alcançada de um número muito maior de maneiras do que a ordem, o que na linguagem da entropia pode ser

---

<sup>114</sup> DAVIES, Paul. *Idem*, p. 20.

traduzido pela seguinte afirmação: *sistemas físicos evoluem em direção a estados de entropia mais alta.*

A tendência de sistemas físicos a evoluir em direção a estados de mais alta entropia é denominada a segunda lei da termodinâmica (a primeira é a lei da conservação da energia). A lei é um raciocínio estatístico que garante que há mais maneiras para que um sistema tenha mais alta entropia, onde 'mais maneiras' significa que é mais provável que um sistema evolua para uma configuração de alta entropia (baixa ordem).

A segunda lei da termodinâmica fornece uma seta para o tempo. Ela sugere que quando os sistemas físicos têm um grande número de componentes, a direção dele (o tempo) é uma só, a desordem. Para sistemas que possuem muitos componentes, é fácil ir da baixa entropia para a alta entropia, da ordem para o caos; entretanto, ir da alta entropia para a baixa entropia, da desordem para a ordem, é muito difícil. A lei proclama que o aumento da entropia é uma probabilidade estatística, expressando a improbabilidade - embora reconheça a sua possibilidade - de processos ocorrerem em sentido inverso.

O sentido do tempo é da ordem para o caos e é esse raciocínio estatístico que representa claramente o que de modo intuitivo denomina-se passado e futuro, porque coisas compostas começam de uma maneira e terminam de outra (pior).

A grande questão do tempo, o dilema passado *versus* futuro pauta-se em observações cotidianas que possuem as propriedades das leis newtonianas da física clássica.

O ser humano tem uma óbvia experiência da contínua direcionalidade de como as coisas se desdobram no tempo e as leis newtonianas tratam exatamente em pé de igualdade o que se percebe como direção do tempo para frente e para



trás. O problema é saber se as leis da física de Newton possuem uma orientação temporal própria.

Como as leis físicas são simétricas quanto à inversão temporal, não há nenhuma maneira pela qual se possa por elas distinguir o passado e o futuro. Elas não fornecem, portanto, qual direção é o futuro do tempo e qual direção é o passado. As leis não oferecem qualquer orientação temporal e como as leis do movimento são responsáveis pela maneira como as coisas se modificam.

O raciocínio estatístico que inspira a segunda lei da termodinâmica aplica-se igualmente bem em ambas as direções temporais: não existe uma probabilidade esmagadora de que a entropia de um sistema físico será maior no que se denomina futuro, mas também existe essa mesma probabilidade esmagadora de que a entropia tenha sido maior no que se denomina passado.

Isso quer dizer que em qualquer momento dado, um sistema físico não possui a máxima entropia possível e é extraordinariamente mais provável que esse sistema venha depois a ter e que previamente tenha tido mais entropia. Como as leis são cegas quanto à direção entre passado e futuro, a simetria temporal termodinâmica é inegável: o tempo tem duas pontas. A partir de qualquer momento especificado, a seta do aumento de entropia aponta tanto para o futuro quanto para o passado.

O senso comum percebe a realidade numa banda que poderia ser denominada média, a banda newtoniana, média entre teoria da relatividade, que proporciona uma visão do macrocosmos, numa escala inconcebível intuitivamente, onde o espaço é curvo, o tempo é curvo... e a física quântica, que proporciona uma visão do microcosmos, na escala de Plank o incomensuravelmente pequeno, onde as distâncias entre um próton e um nêutron são proporcionalmente maiores que a galáxia inteira. Este é o grande desafio do direito contemporâneo: como se

acomodar às novas percepções, tendo em conta que todo o direito moderno tem por modelo epistemológico as “certezas” da banda média newtoniana.

Em termos concretos, as implicações da seta entrópica de duas pontas são as seguintes: se existem cubos de gelo parcialmente derretidos em um copo de água, isto é a garantia segura de que em mais meia hora eles estarão mais derretidos e, quanto mais derretidos, mais entropia. Da mesma forma, também se tem a mesma certeza de que à meia hora antes eles estavam menos derretidos.

A segurança de que a entropia aumenta em direção ao futuro, numa dispersão progressiva, dá a mesma segurança de que a entropia era mais baixa no passado.

Intuitivamente, a idéia de uma alta entropia no passado viola a perspectiva normal do desdobramento dos eventos em direção ao futuro, porque a experiência indica que a seqüência de eventos mais prováveis é que os cubos de gelo antes formados derretem-se paulatinamente no seu copo. Matemática e intuitivamente, há um acordo de que havia cubos bem formados e que então, em uma seqüência de eventos mais prováveis, eles se derreteram: o aumento resultante de entropia está de acordo com a segunda lei da termodinâmica e com a experiência.

A principal lição da segunda lei aponta que qualquer sistema possui uma tendência irresistível a estar em configurações de alta entropia porque são múltiplas as maneiras pelas quais esse estado pode ser entendido; uma vez nesses estados de alta entropia, os sistemas também possuem uma tendência irresistível de permanecer neles: *a alta entropia, a desordem é o estado natural das coisas.*

O futuro é, efetivamente, a direção para a qual a entropia aumenta. A seta do tempo - o fato de que as coisas começam de uma maneira e terminam de outra e

nunca o contrário - começou a voar num estado altamente ordenado e de baixa entropia em que o universo começou a existir.

### 1.8 A temporalidade roubada e a totalidade instaurada pelo processo

O processo põe o sujeito numa situação atemporal, isto é, o processo rouba a temporalidade do sujeito. Quando envolto a responder a um processo, é comum que suas inquietações e interrogações se manifestem no sentido de saber 'quando terá a decisão final' ou, ainda, 'que decisão será tomada a seu respeito'. O processo, ao invés de ser uma marcha concatenada e desenvolvida de forma simétrica, com espaços de tempo determinados, acaba sendo uma marcha descontínua, com a realização atropelada de atos, intercalada de espaços extremamente longos onde nada acontece. Não acontece nem o respeito ao tempo devido e muito menos o respeito às garantias necessárias para a efetiva defesa.

O processo acaba instaurando a totalidade, é totalitário, pois não reconhece o *outro* como o *outro*, roubando-lhe a realização existencial de sua temporalidade. No processo o estado de angústia ao qual está submetido o acusado é substituído, em razão da demora da tramitação daquele, pelo estado de torpor, indiferença ou inércia moral.

Buscando superar essa situação, é importante a lição de François Ost, que faz uma aproximação entre o tempo e o direito. Partindo da idéia, já presente entre os gregos, de que existe uma relação enigmática entre o tempo e o justo, isto é, entre a Temperança, que é a sabedoria do tempo, e a Justiça, que é a sabedoria do direito, procura ele desvendar essa relação a partir de três teses, quais sejam:

Primeira tese: o tempo é uma instituição social, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica. Sem dúvida, ele apresenta uma realidade objetiva ilustrada pelo curso das estrelas, a sucessão do dia e da noite, ou o envelhecimento do ser vivo. Do mesmo modo, ele depende da experiência mais íntima da consciência individual, que pode vivenciar um minuto do relógio, ora como duração interminável, ora como instante fulgurante. Mas quer o apreendamos sob sua face objetiva ou subjetiva, o tempo é, inicialmente, e antes de tudo, uma construção social – e logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico.

[...] A segunda tese... diz respeito ao direito. Ela afirma que a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social: mais que proibições e sanções como se pensava anteriormente; ou cálculo e gestão como se crê muito frequentemente na atualidade, o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade. Instituir significa, aqui, atar o laço social e oferecer aos indivíduos as marcas necessárias para sua identidade e sua autonomia. É sob o ângulo de sua contribuição para a extração do estado natural e sua violência sempre ameaçadora, sob o ângulo de sua capacidade de instituição, que o direito será, então, interrogado.

Finalmente, a terceira tese resulta da interação dialética das duas primeiras... Um laço potente se estabelece entre temporalização social do tempo e instituição jurídica da sociedade. Mais precisamente: o direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituinte do direito. Ainda mais precisamente: o direito temporaliza, ao passo que o tempo institui. Trata-se, então, de uma dialética profunda e não de relações superficiais que se ligam entre o direito e o tempo. O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico em cujo seio desenrolaria sua ação; do mesmo modo, o direito não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos, deixando para o restante que o tempo desenrole seu fio. Antes, é muito mais desde o interior que direito e tempo se trabalham mutuamente... Não é possível 'dizer o direito' senão 'dando o tempo'; longe de se voltar à medida formal de seu desenrolar cronológico, o tempo é um dos maiores desafios da capacidade instituinte do direito.<sup>115</sup>

O processo busca a reconstrução do fato histórico e esta reconstrução está diretamente ligada aos preceitos e ao modo de vida quando do seu acontecimento. Busca-se a reconstrução da 'verdade histórica', processualmente possível. E ela, a verdade, depende do tempo: "Com o avançar do século [19], verificamos que a própria verdade tendeu a ser considerada não mais como eterna e imutável, mas como dependente do tempo. A atenção passou a se centrar mais no processo histórico que numa ordem de coisas imutável, eternamente válida. Em outras

---

<sup>115</sup> OST, François. **O tempo...** obra citada, p. 12-14.

palavras, o interesse se transferiu da 'coisa acabada' ao processo genético, isto é, do 'ser' ao 'tornar-se'.<sup>116</sup>

É necessário que o processo retome e repense o conceito de tempo e se adapte a este, sob pena de estar buscando resolver situações e fatos já em muito ultrapassadas, perdendo a sua finalidade vital:

“Atualmente é lugar-comum considerar que tudo tem uma história, e isto se aplica até à nossa idéia de tempo. [...] Hoje começamos a nos dar conta de que nosso conceito de tempo deveria ser considerado não uma condição *a priori*, mas uma conseqüência de nossa experiência do mundo, o resultado de uma longa evolução. A mente humana tem o poder, que aparentemente os animais não possuem, de construir a idéia de tempo a partir da consciência de certos traços que caracterizam os dados de nossa experiência. [...] A incessante evolução de nossa idéia de tempo é revelada pela crescente importância dos tempos verbais no desenvolvimento da linguagem. Um maior conhecimento do universo foi acompanhado por uma maior valorização das distinções entre passado, presente e futuro, à medida que as pessoas aprenderam a transcender as limitações do 'eterno presente'. Embora nosso sentido do tempo se baseie em fatores psicológicos e processos fisiológicos que estão abaixo do nível da consciência, vimos que ele depende também de influências sociais e culturais. Em decorrência destas últimas, há uma relação recíproca entre tempo e história. Pois, assim como nossa idéia de história é baseada na de tempo, assim também o tempo, tal como o concebemos, é uma conseqüência de nossa história.”<sup>117</sup>

Em relação à entropia, passando-se para o mundo jurídico, é necessário afirmar que, se o tempo se mede pelo desgaste, degradação e morte, o tempo do processo produz uma entropia de caráter axiológico, que é a desvalorização da causa, do benefício e do justo, pela perda de sentido. A morosidade do processo desqualifica os atos, porque justo e injusto é contextual, mérito e demérito também. O tempo no processo é axiologicamente corrosivo. Vale lembrar a interrogação trazida por Ost:

---

<sup>116</sup> WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 192.

<sup>117</sup> WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 206-207.

O abandono ao curso do tempo físico, cujo movimento, irreversível, conduz toda coisa à destruição. A irremediável fugacidade do instante... é confirmada pela lei de entropia dos físicos: quanto mais o tempo passa, mais a energia se dissipa e mais a desordem aumenta. Será possível ao homem 'fazer voltar a ampulheta' não para negar a irreversibilidade do tempo cronológico, o que seria loucura, mas para imprimir-lhe um sentido propriamente humano ao articular passado e futuro?<sup>118</sup>

E, ainda, a reflexão de Whitrow:

O que distingue particularmente o homem da sociedade contemporânea de seus antepassados é que ele adquiriu crescente consciência do tempo. Assim que acordamos, pensamos em geral em que horas serão. Ao longo de nossa rotina diária estamos continuamente preocupados com o tempo e não cessamos de consultar nossos relógios. [...] O desenvolvimento e o aperfeiçoamento do relógio mecânico e, mais recentemente, de relógios que trazemos conosco, teve profunda influência em nosso modo de viver. Hoje somos governados por horários e muitos de nós carregamos agendas não para lembrar o que fizemos, mas para nos assegurarmos de que estamos no lugar certo, na hora certa. Temos uma necessidade sempre crescente de aderir a determinadas rotinas, de modo que as complexas operações de nossa sociedade possam ocorrer de maneira regular e efetiva. Tendemos até a comer não quando sentimos fome, mas quando o relógio indica que está na hora da refeição. Em consequência, embora haja diferenças entre a ordem objetiva do tempo físico e o tempo individual da experiência pessoal, somos compelidos cada vez mais a relacionar o nosso 'agora' pessoal ao cronograma determinado pelo relógio e o calendário.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> OST, François. **O tempo...** obra citada, p. 15.

<sup>119</sup> WHITROW, G. J. **O tempo na...**, p. 31.

## Capítulo 2 - O devido processo legal

### 2.1 Histórico do princípio

Considerado como um dos mais antigos princípios da ciência jurídica, o devido processo legal traz em seu conteúdo a moderna concepção da legalidade, tendo se tornado a grande garantia das liberdades fundamentais do indivíduo em face do poder público.<sup>1</sup>

Entretanto, para que chegasse a esta concepção foi preciso percorrer um caminho de vários séculos, com o travamento de inúmeras batalhas, se não sangrentas mas judiciais e legislativas, onde os ideais de liberdade e garantia dos direitos fundamentais do homem acabaram prevalecendo, mesmo que efetivamente não tenham sido – e ainda não o são – devidamente respeitados.

Antes de se iniciar o histórico do princípio na Inglaterra, é importante destacar os períodos distintos da história do direito inglês, para uma correta visualização do princípio. Neste sentido, a lição de René David, que os enumera de forma sintética:

Podem reconhecer-se quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas “regras de equidade”. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Neste sentido: SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. O autor em questão traça, neste trabalho, um histórico bastante detalhado do princípio.

<sup>2</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 356.

A conquista da Inglaterra pela Normandia, na batalha de Hastings,<sup>3</sup> constituiu um “acontecimento capital na história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia”<sup>4</sup> e precedeu a instauração do sistema feudal.

A trajetória do princípio do devido processo legal teve início na Inglaterra, com a edição da Magna Carta, passando, a seguir, a ter receptividade nas colônias da América do Norte, onde o princípio se firmou com a edição de duas Emendas à Constituição.

A parte histórica da cláusula é de uma riqueza que, neste momento, é impossível detalhá-la. Tendo em conta que o presente trabalho objetiva, no seu cerne, a análise do denominado princípio ou garantia do processo no prazo razoável, no âmbito criminal, far-se-á assim uma rápida busca dos elementos essenciais da evolução da cláusula do *due process*, em razão da necessidade do resgate histórico como premissa essencial para a exata compreensão do sentido e da extensão que atualmente deve possuir a garantia do processo no prazo razoável como decorrência do citado princípio.

Em razão do exposto, a análise histórica ficará restrita à Inglaterra, berço do princípio, às Colônias americanas, que depois se tornariam uma nação, e ao Brasil, sendo que quanto a este último, não de ser ressaltados os aspectos presentes nas constituições brasileiras, mesmo que nestas tenha aparecido de maneira escassa.

### 2.1.1 Inglaterra

---

<sup>3</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 209.

<sup>4</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 357-358).



Concebido e surgido inicialmente com a finalidade de limitar as ações reais,<sup>5</sup> o princípio do devido processo legal teve sua origem em 15 de junho de 1215<sup>6</sup>, na Inglaterra, quando o Rei João, denominado “O Sem Terra”, viu-se obrigado a concordar com os termos da declaração de direitos e apor o selo real no documento que ficou conhecido como a Magna Carta das Liberdades<sup>7</sup> (*Great Charter of Liberties* ou *Magna Carta Libertatum*),<sup>8</sup> coagido pelos revoltosos da alta estirpe, liderados pelo arcebispo de Canterbury, Stephen Langton. Em verdade, foram os barões que impuseram a Magna Carta ao Rei João Sem Terra. A história da Inglaterra é a história da luta dos barões contra os reis.<sup>9</sup>

Como anotou Adauto Suannes, “a origem desse documento foi bastante acidentada, valendo notar a habilidade dos nobres ingleses que, descontentes com

---

<sup>5</sup> É importante destacar que o princípio em estudo foi o marco inicial das reivindicações populares que viriam posteriormente a dar origem às constituições democráticas. O princípio surge, como afirmado, como uma defesa contra o Estado, como lucidamente expõe Humberto Theodoro Júnior: “As primeiras cartas magnas do Estado democrático foram frutos de uma concepção puramente liberal. Seu fundamento básico situava-se na defesa do homem contra o Estado. Daí a estipulação de normas institucionais que pudessem preservar o indivíduo da interferência estatal em tudo aquilo que fosse predicado da personalidade humana, como a liberdade e a igualdade naturais.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução da sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1987, p. 25).

<sup>6</sup> A título de informação, destaque-se a afirmação de Adhemar Ferreira Maciel: “Se começarmos a espiolar muito o instituto do devido processo legal... veremos que ele se remonta a mais de 5 séculos antes da era cristã. Na ‘Antígona’ de Sófocles, peça estreada em Atenas, presumidamente no ano 441 a.C., já se invocavam determinados princípios morais e religiosos, não escritos, que podiam ser opostos à tirania das leis escritas.” (MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 85, p. 176, 1997).

<sup>7</sup> Tãmanha é a importância do citado documento que Orlando Bitar afirma: “Na perspectiva dos séculos vindouros e encarada como documento do futuro, não do passado, acusa a Magna Carta o início de uma *tendência* e nesse caráter, diz o professor Adams, pouco seria chamar-lhe o documento mais importante *de toda a história constitucional*. Seu valor, reitera o prof. Trevelyan, está no haver acendido a imaginação das gerações, voltando-se estas para as tendas de Runnymede, como fanal inextinguível.” (BITTAR, Orlando. **Obras completas de Orlando Bitar**: estudos de direito constitucional e direito do trabalho. v. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 64).

<sup>8</sup> No texto original foi utilizada a palavra *Carta* e não *Charta*, que seria mais consentâneo com o latim clássico, como bem observou Adauto Suannes. (SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 84).

<sup>9</sup> O preâmbulo da Magna Carta explicita que a celebração do documento é a tentativa de se colocar termo às disputas entre a Coroa e os barões: “That we wish this so to be observed, appears from the fact that our own free will, before the outbreak of the present dispute between us and our barons”.

os rumos do governo, vinham de longa data reivindicando o retorno de seus privilégios, que os reis autoritários só faziam diminuir.”<sup>10</sup>

Nas lições de Samuel Pleasants III, “the result of this historical confrontation was that the monarch conceded that he could be placed beneath the law. A turning point had been reached in history, and the relationship between governor and governed was never again to be quite the same.”<sup>11</sup>

Insta salientar que Ricardo Coração de Leão, filho do Rei Henrique II, assumiu o trono da Inglaterra, após se envolver em luta com seu pai e irmãos. Como era belicoso, não era raro que abandonasse o reino para se envolver em lutas externas, fazendo com que o reino estivesse numa situação econômica deplorável, exigindo o aumento na cobrança de tributos, fato que o tornava impopular.

Aproveitando-se da participação do rei nas Cruzadas, seu irmão, John, assumiu o trono. O país encontrava-se em período de grande tumulto, pois estava envolvido em guerra com a França. Apesar do bom governo de Henrique II, o fraco governo de seus filhos não agradava aos barões que, entretanto, não tinham como reivindicar os seus privilégios, pois tal fato revoltaria ainda mais o povo.

O incidente ocorrido entre o Rei João Sem Terra e o Papa Inocêncio III, gerado pelo fato daquele não aceitar a designação de Stephen Langton para assumir o Arcebispado de Canterbury em 1206, fez com que o Rei fosse excomungado e fossem fechadas todas as igrejas do país, gerando grande insatisfação popular, o que fez com que este se retratasse em 1213, numa clara vitória para a independência da Igreja.

---

<sup>10</sup> SUANNES, Adauto. Idem, p. 86.

<sup>11</sup> “O resultado deste confronto histórico foi que o monarca admitiu que ele poderia ser colocado abaixo da lei. Um momento decisivo havia sido alcançado na história, e a relação entre governante e governado nunca mais seria exatamente a mesma.” Tradução livre. (PLEASANTS III, Samuel Augustus. **The bill of rights**. Columbus, Ohio: Charles E. Merrill Books. 1966. p. 5)

Contudo, este incidente não ficou esquecido pelos barões. Em 1214, o Rei fracassou ao tentar retomar as terras perdidas para a França, fazendo com que os barões encarregassem o Arcebispo de Canterbury para redigir um documento ao Rei, reivindicando o reconhecimento de alguns direitos dos administrados em face do monarca.

Com a recusa inicial do Rei em aceitar o documento, iniciou-se a marcha do Exército de Deus e da Santa Igreja em direção a Londres, com a tomada da cidade. Temendo que a revolta se espalhasse por todo o reino, o Rei João acabou apondo o selo real no documento, comprometendo-se a respeitá-lo.

Bernard Schwartz afirma, com fundamento, que na Magna Carta “é que se encontra pela primeira vez, na história inglesa, um instrumento escrito arrancado de um soberano pelo grosso da comunidade politicamente articulada, com o objetivo de impor preceitos compulsórios que nem mesmo o soberano podia violar. É na Magna Carta que se encontra o germe do princípio básico de que há direitos individuais que o Estado, por mais soberano que seja, não pode infringir.”<sup>12</sup>

Segundo a crítica moderna, o documento em verdade reduz-se a um acordo celebrado entre o Rei e os súditos revoltosos, apesar da forma de concessão de direitos, vindo a proteger inclusive os interesses da nobreza. Entretanto, o citado documento alcançou um valor muito maior, podendo ser considerado, juntamente com os demais pactos medievais,<sup>13</sup> como antecedente importante das modernas Constituições, sendo uma garantia solene de direitos individuais. Outro ponto de

---

<sup>12</sup> SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes direitos da humanidade**. *'The bill of rights'*. Tradução de A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 12-13.

<sup>13</sup> Dentre eles, pode ser destacada a Carta do Rei Luiz VI, o Gordo (1108/1137), de França, intitulada “Estatuto da Paz”, que previa: “Ninguém poderá prender qualquer pessoa, livre ou serva, sem a intervenção do juiz; se este não aparecer, o indiciado réu poderá ser detido até ele chegar, ou conduzido à sua casa.” Além desta carta, cita Plínio de Oliveira Corrêa, a antiga constituição Anglo-Saxonica e a Carta de Henrique I (1100). (CORREA, Plínio de Oliveira. **Liberdade individual nos países do Mercosul**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 21 e notas da p. 126).

relevante importância diz respeito ao fato de que a Carta significou, pela primeira vez na história, a imposição ao monarca da supremacia de uma lei em relação à vontade deste.<sup>14</sup>

Com efeito, conforme aduz João Gualberto Garcez Ramos, “para os referidos nobres, o conteúdo mais importante desse diploma é o estabelecimento de limites jurídicos à atividade impositiva do rei inglês, dado que consideravam extremamente pesada a carga tributária da época. Contudo, outro dos seus dispositivos trouxe importante conquista para a cidadania”.<sup>15</sup>

Samuel Pleasants III ressalta, nas palavras de Thomas Jefferson<sup>16</sup>, a importância de limitações constitucionais ao poder do Estado, para o qual a insuficiência de uma legislação obrigatória para todos os ramos do governo seria o pior de todos os males e não poderia ser considerada Constituição.<sup>17</sup>

Independente do seu objetivo inicial, a Magna Carta tornou-se um documento que acabou servindo às necessidades das gerações posteriores, valendo destacar que

O significado da Magna Carta, portanto, está em seu potencial de representar coisas diferentes para épocas diferentes. Assim, um documento que no fundo não passava de um produto do egoísmo da classe feudal pôde servir para moldar as bases de uma monarquia parlamentar, ao longo dos dois séculos seguintes; e depois como um veículo pelo qual os líderes parlamentares resistiriam aos reis Stuarts quatro séculos mais tarde. Mesmo posteriormente, iria se tornar o corpo de direitos dos ingleses que os americanos reivindicaram como também sendo inerentemente seus... A simples existência do documento, arrancado do rei

---

<sup>14</sup> Neste sentido é a lição de Ada Pellegrini Grinover. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 23 e ss.).

<sup>15</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 82.

<sup>16</sup> O autor cita, ainda, Thomas Jefferson como autor da frase “I have sworn upon the altar of God eternal hostility against every form of tyranny over the mind of man”, ou seja, “Eu jurei sobre o altar de Deus hostilidade eterna contra toda forma de tirania sobre a mente do homem”. (PLEASANTS III, Samuel Augustus. **The bill of rights**. Columbus, Ohio: Charles E. Merrill Books. 1966. p. 63)

<sup>17</sup> PLEASANTS III, Samuel Augustus. **The bill of...**, p. 62.

como foi, permaneceu como uma eminente condenação ao absolutismo governamental.<sup>18</sup>

Vicente Greco aponta para a necessidade de se analisar o documento, por um lado, no que se refere ao seu conteúdo, como documento histórico e, de outro lado, como documento consagrador de um princípio atualmente acatado como indispensável pela civilização ocidental. Aliás, afirma o autor que as “liberdades” conquistadas

Significavam ‘privilégios’ para os barões, tais como o de não pagarem ao rei taxas extraordinárias sem votação prévia deles próprios, o de escolherem os próprios oficiais ou o de manterem uma corte de justiça... A Carta valeu, porém, por uma felicidade de redação, para que as gerações posteriores lessem o texto como fixador de princípios mais gerais, de obediência à legalidade, da existência de direitos da comunidade que o próprio rei deve respeitar.<sup>19</sup>

No mesmo sentido ensina Maria Rosynete Oliveira Lima:

Para colocar um ponto final no caminho percorrido pela cláusula do *due process of law* desde a sua proclamação na Magna Carta, importa frisar que, não obstante direcionada originariamente para amparar determinadas classes sociais, ela passou, indubitavelmente, a servir de apoio não apenas de algumas castas sociais, mas de todos os indivíduos, indiferentemente, subjugando, inclusive, todo o poder estatal.<sup>20</sup>

Escrita em língua latina, a Magna Carta assim dispôs o princípio em questão, no seu artigo 39: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de

<sup>18</sup> SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes...**, p. 17.

<sup>19</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 28-29. Destaque-se que, segundo René David, “a Inglaterra é o país da Europa em que as liberdades públicas foram mais cedo protegidas contra o despotismo do soberano.” (DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 76.

<sup>20</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 45.

libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mitemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae.”<sup>21</sup>

O princípio inicialmente foi utilizado através da locução *law of the land*<sup>22</sup>. Posteriormente, já no século seguinte, se tem conhecimento que a expressão *per legem terrae* ou *law of the land* foi substituída pela até hoje utilizada expressão *due process of law*.<sup>23</sup>

O parágrafo 40 do documento histórico garantia o devido processo ao afirmar que “a ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça.”<sup>24</sup> A expressão ‘retardar direito ou justiça’ traz em si e pode ser interpretada como a expressão do ideal de utilizar o direito num tempo razoável.

Os exegetas não são uníssonos quanto às traduções empregadas na Carta, bem como na redação definitiva que lhe foi dada em 1225, por Henrique III, que havia sucedido seu pai, o Rei João Sem Terra. Entretanto, há unanimidade em se afirmar que as regras insculpidas na Carta sempre tiveram o objetivo claro de reduzir

---

<sup>21</sup> Carlos Roberto Siqueira Castro anota que, de acordo com a lição de Celso Albuquerque Mello, a Magna Carta foi escrita em latim com o objetivo deliberado de torná-la desconhecida e inutilizável pela maioria da população para a proteção de seus direitos ali assegurados. Ficou ela com o texto em latim por mais de 200 anos, sendo somente mais tarde invocada pelo liberalismo. (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido...**, p. 9).

<sup>22</sup> Tal expressão deriva do texto inserido no artigo 39 do documento, que tinha a seguinte redação: “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.” Tradução livre: “Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, declarado fora-da-lei, exilado ou de qualquer maneira agredido, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser pelo julgamento legal dos seus pares ou pela lei da terra.”

<sup>23</sup> Durante o reinado de Eduardo III, foi editada lei do parlamento inglês (Statute of Westminster of the Liberties of London), em 1354, que já utilizava a expressão *due process of law*. E ainda, segundo CASTRO, na obra citada, p. 10, neste primeiro período após a edição da Magna Carta, era comum serem utilizadas indistintamente as expressões *law of the land*, *due course of law* ou ainda *due process of law*. O texto original da referida lei assim dispunha: “None shall be condemned without trial. Also, that no Man, of what State or Condition that he be, shall be put out of the land or Tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to Answer by Due process of law.” Tradução livre: “Ninguém será condenado sem julgamento. Além disso, nenhum homem, de qual estado ou condição que ele seja, será colocado fora da terra ou moradia, nem preso ou aprisionado, deserdado ou morto, sem ser levado a responder pelo devido processo legal.”

<sup>24</sup> To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice.

o poder do rei em benefício dos súditos, sendo “garantia do ser humano ante o poder estatal.”<sup>25</sup>

Merece ser destacado ainda que foi com a Magna Carta que se apontou o princípio da judicialidade, um dos princípios do Estado de Direito. Em seu parágrafo 39, exigia ela o crivo do juiz no que diz respeito à prisão do homem livre, elemento significativo na evolução das liberdades individuais. Afora a judicialidade, garantia a Carta ainda outros direitos fundamentais, como a liberdade de ir e vir, a propriedade privada e a graduação da pena de acordo com o delito.<sup>26</sup>

Com o passar do tempo, outras garantias foram sendo incorporadas à cláusula, especialmente o requisito da prévia citação e a oportunidade de defesa. Depois de três séculos de vigência, a cláusula teve uma nova interpretação, evoluindo por identificar-se com a tutela do *common law*,<sup>27</sup> inicialmente com o pensamento de Coke<sup>28</sup>, no século XVII, e depois com Blackstone, no século seguinte, transformando-se a cláusula na garantia fundamental do processo inglês.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> SUANNES, Adauto. **Os fundamentos...**, p. 91.

<sup>26</sup> Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. (FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p 12).

<sup>27</sup> Numa definição clara e precisa, Alvacir Alfredo Nicz esclarece que “a ‘common law’ designa o direito não escrito de um país, baseado no costume, no uso e nas decisões das Cortes de Justiça.” (NICZ, Alvacir Alfredo. **Estudos de...**, p. 41).

<sup>28</sup> Registre-se, ainda, que “A postura ideológica de *Sir Edward Coke*, ancorada na supremacia da *common law* contra o absolutismo do Rei e do Parlamento, frutifica nas colônias e permite uma maior adesão judiciária às leis inglesas. Assim, a *common law* da América adquire caracteres particulares que a diferenciam da *common law* inglesa.” (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo...**, p. 40)

<sup>29</sup> Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias...**, p. 25, em nota de rodapé). Destaque-se, também, que “o direito aplicado pelas Cortes Reais apresentou-se... de início, como um direito público, distinto dos costumes locais, que as jurisdições tradicionais aplicavam. Ao contrário destes, aquele valia para todo o reino; por isso foi chamado *comune ley* ou *common law*.” Anote-se ainda que o direito inglês “é composto, de um lado, da *common law*, constituída *stricto sensu* pelas regras definidas pelas Cortes Reais de Westminster (Cortes de *common law*), e, de outro, pela *equity (rules of equity)*, que consiste nos ‘remédios’ admitidos e aplicados por uma Corte Real específica, a Corte da Chancelaria.” (DAVID, René. **O direito...**, p. 4 e 9).

Esclarece John Gilissen que a expressão *common law* “é utilizada desde o século XIII para designar o direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região”.<sup>30</sup>

No breve histórico traçado em sua excelente obra, Aauto Suannes destaca que a partir da redação definitiva do documento, dada por Henrique III, filho de João Sem-Terra, houve a incrementação do sistema do direito comum (*Common Law*), com as decisões dos magistrados reais (*King's judges*), que andavam por todo o território para julgar as controvérsias. Como base para a decisão, estes se informavam sobre os hábitos locais, apreciando o caso de acordo com esses costumes, chamado *law of the land*.<sup>31</sup>

Em verdade, as expressões *law of the land* e *per legem terrae* acabaram sendo sinônimas, restritivas do poder real, significando que “no julgamento da conduta de alguém importava conhecer qual era o comportamento que seus vizinhos dele esperavam, o que, de fato, viria a fundamentar a instituição do júri.”<sup>32</sup>

Por fim, na tentativa de uma melhor compreensão do princípio, há que se considerar que, ao contrário do direito legislativo e codificado que constitui a base do direito em muitos países, sob a influência do direito romano, “o direito inglês é, essencialmente, obra das Cortes Reais – Cortes de *common law* e Corte de *equity*”<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 207.

<sup>31</sup> SUANNES, Aauto. **Os fundamentos...**, p. 88-89.

<sup>32</sup> SUANNES, Aauto. *Idem*, p. 91.

<sup>33</sup> John Gilissen ensina que “anteriormente aos séculos XV e XVI, tinha-se desenvolvido ao lado da *common law*, considerado então demasiado arcaico, um outro conjunto de regras jurídicas, as de *equity*, aplicadas pelas jurisdições do Chanceler; o *common law* conseguiu no entanto resistir à influência da *equity* e mesmo dominá-la no século XVII; mas o direito inglês conservou uma estrutura dualista até 1875, quando os dois sistemas foram mais ou menos fundidos por uma reforma da organização judiciária”. (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 208). René Davi, por sua vez, complementa com fundamento: “...o direito inglês possui e ainda possui uma estrutura dualista. Ao lado das regras da *common law* que são obra dos Tribunais Reais de Westminster, também designados por tribunais de *common law*, ele apresenta soluções de *equity*, que vieram completar e aperfeiçoar as regras da *common law*”.



-, que o criaram de precedente em precedente, buscando em cada caso a solução que era ‘razoável’ consagrar.”<sup>34</sup>

As jurisdições de *equity* dizem respeito a um “conjunto de soluções que foram, principalmente nos séculos XV e XVI, outorgadas pela jurisdição do Chanceler, para completar e eventualmente rever um sistema – o da *common law* –, então bastante insuficiente e defeituoso”.<sup>35</sup>

Além disso, o então chamado Tribunal do Chanceler “aceita os princípios da *common law* (*equity follows the law*), mas intervém num certo número de casos – do que resultarão regras complementares, ditas de *equity* – a fim de aperfeiçoar, no interesse da moral, o sistema de direito aplicado pelos tribunais”.<sup>36</sup>

Alvacir Alfredo Nicz explica que

...o direito inglês teve a sua evolução por meio de normas e práticas espontaneamente criadas e formalizadas por decisões dos juizes que as enunciavam no julgamento dos feitos particulares que lhes eram submetidos. No período anglo-saxão, a aplicação se dava considerando-se os costumes locais segundo a interpretação dos homens livres, isto é, os magistrados. Após este período, inicia-se a da ‘*common law*’, de 1066 até 1485, e em que os juizes e o rei juntaram em um só corpo os diversos e variados costumes locais, de modo a aplicá-los uniformemente... os juizes depositavam muita confiança nos julgamentos de casos já julgados e com isto deram origem ao precedente judiciário, sobre o qual, na Inglaterra, todo o direito é baseado, com exceção do direito escrito.<sup>37</sup>

No mesmo sentido, apregoa René David:

As circunstâncias nas quais se formou a *common law* não têm um interesse meramente histórico. Pelo menos em quatro aspectos elas marcaram, de modo duradouro, o direito inglês, no qual, ainda nos dias de hoje, podemos notar sua influência. Em primeiro lugar, levaram os juristas ingleses a

---

(DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 376-375).

<sup>34</sup> DAVID, René. **O direito...**, p. 12.

<sup>35</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas...**, p. 388.

<sup>36</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas...**, p. 391.

<sup>37</sup> NICZ, Alvacir Alfredo. **Estudos de...**, p. 39.

concentrar o seu interesse sobre o processo. Em segundo lugar, elas fixaram numerosas categorias e serviram para elaborar numerosos conceitos do direito inglês. Em terceiro lugar, levaram à rejeição da distinção entre o direito público e privado<sup>38</sup>. Finalmente, em quarto lugar, criaram obstáculos a uma recepção, na Inglaterra, das categorias e dos conceitos do direito romano.<sup>39</sup>

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho expõe com extrema clareza a estrutura do sistema *common law*:

Nele, por sua estrutura interna, a marca registrada é o comando do princípio dispositivo, pelo qual a gestão das provas (tomando-se o processo como um conjunto de atos preordenados a um fim e, assim, uma decisão de acerto do caso concreto) é mister das partes e, por isso, ao juiz cabe um papel muito mais de árbitro. Daí aparecerem com características importantes, porém secundárias outras que a doutrina insiste em apontar como fundamentais, dentre as quais a separação entre a figura de quem aciona (para acusar ou não, dependendo da natureza do processo e o que nele se pede) e de quem julga; ser o processo marcado pelo contraditório; ser o processo marcado pela oralidade, e assim por diante.<sup>40</sup>

Adiante, e com muita propriedade, esclarece o Autor:

Por sinal, as partes só vão efetivamente ter a missão de produzir provas a partir do século XV e, em alguns lugares, do século XVI. Afinal, o Júri, até então, em face do tamanho dos condados, constituía, por si só, a prova. Tanto que, como no modelo adotado (um tribunal – da época carolínea – composto por *boni hominis* que *indictment* o aumento patrimonial dos proprietários de modo a que lhes fosse fixado o *quantum* a pagar de tributos), o Júri detinha um saber sobre o caso concreto e, por isso, *vere dictum*. Eis por que o *Common Law* é, por excelência, um *judge made law*, embora os juizes britânicos continuem insistindo em não criar o direito mas tão-só declarar aquele já existente na sociedade. Trata-se de questão

---

<sup>38</sup> Sobre o assunto, complementando a idéia exposta, esclarece o autor: “As jurisdições reais ampliaram a sua competência, desenvolvendo a idéia originária de que o interesse da Coroa justificava a sua intervenção. Outras jurisdições eram competentes quando se tratava apenas de interesses privados. Entretanto, estes outros tribunais desapareceram, e com eles desapareceu também a idéia do próprio direito privado na Inglaterra. Todos os litígios submetidos aos Tribunais Reais ingleses surgem, na Inglaterra, como sendo, em certa medida, questões de direito público.” (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 368)

<sup>39</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas...**, p. 364.

<sup>40</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Direito e psicanálise: interseções a partir de “O Mercador de Veneza”**, de William Shakespeare. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 163-164.

retórica, por evidente. De qualquer modo, nela só se chegou porque, desde 1285, pelo *Statute of Westminster II*, todo o *Common Law* está vinculado aos precedentes dado que, em razão dele, só *in consimili casu* se podia emitir *writs*, logo, a inovação levava a marca da tradição, tendo os costumes grande importância. Assim, o *case precedente* era vital para se poder invocar a proteção real e, deste modo, o estudo e a divulgação do *sistema* passou a ser elaborado a partir de um *casuismo* inusitado até então, algo que se mantém intacto, de certa forma, até os dias de hoje. O interessante, porém, é que a obrigação de se decidir conforme os *precedentes* (*stare decisis*) só aparece no século XIX, o que mostra como o Direito britânico reflete – e sempre refletiu – os padrões da vida em sociedade.<sup>41</sup>

Baseado em precedentes, a estes deve ser reconhecido um certo valor. Nos casos onde não houvesse autoridade reconhecida aos precedentes, havia a solução específica para o caso, decidida pelo arbítrio do juiz. Assim, as coletâneas de jurisprudência é que permitiram ao direito inglês se desenvolver e se tornar um sistema. Cada caso tem a sua particularidade, o que faz com que o juiz possa “descobrir, na lide que lhe foi submetida, um elemento particular que não exista, ou que não fora considerado nos casos precedentes e que, se não lhe permite descartar a regra precedentemente estabelecida, pelo menos lhe possibilita precisá-la, completá-la, reformulá-la, de maneira que dê ao litígio a solução ‘razoável’ que ele requer.”<sup>42</sup> Talvez tenha sido esta a grande causa que posteriormente influenciou a jurisprudência e doutrina americanas a não conceituarem o princípio do devido processo, mas sim buscar o melhor sentido de interpretação para o mesmo diante de cada caso concreto a ser julgado.

---

<sup>41</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Direito e psicanálise...**, p. 163-164, nota nº 16.

<sup>42</sup> DAVID, René. **O direito...**, p. 14.

## 2.1.2 Estados Unidos

Marco importante na evolução do princípio foi a sua pronta aceitação pelas colônias inglesas da América do Norte, que mais tarde o incorporaram na Constituição da então nascente federação dos Estados Unidos. Esta garantia constitucional<sup>43</sup> foi herdada, ou melhor, recepcionada sem reparos pelo direito da América do Norte. Aliás, antes mesmo do nascimento do Estado americano, as então colônias inglesas já haviam adotado o princípio às suas leis, sempre no sentido de resistência contra o arbítrio dos governantes.<sup>44</sup>

Diferentemente da conotação dada na Inglaterra, o *due process of law* significou para o pensamento constitucional norte-americano a possibilidade e a prerrogativa dada ao Poder Judiciário de ser independente dos outros poderes e especialmente poder rever as decisões e competências orgânicas do Estado americano.

É necessário destacar que a evolução britânica foi travada envolvendo o confronto entre o Parlamento e a Monarquia, com a posterior supremacia daquele, que acabou se tornando o símbolo da democracia na ilha europeia. Já na América, o legislativo era visto com reserva, pois representava ainda a idéia da dominação sofrida pela imposição das leis britânicas, o que fez com que os Estados americanos – recém emancipados – se utilizassem de dois mecanismos principais para coibirem

---

<sup>43</sup> Destaque-se que “es como producto de la independencia de norteamérica de Gran Bretaña en 1776 que la garantia del debido proceso va a encontrar su lugar en textos constitucionales.” (HOYOS, Arturo. La garantia constitucional del debido proceso legal. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 47, p. 47, 1987).

<sup>44</sup> Conforme ressalta Carlos Roberto Siqueira Castro, destacando que a *Declaração dos Direitos* da Virgínia (16 de agosto de 1776); A *Declaração de Delaware* (2 de setembro de 1776); A *Declaration of Rights* de Maryland (3 de novembro de 1776); A *Declaração de Direitos* da Carolina do norte (14 de dezembro de 1776); A *Declaração* do Estado de Vermont (8 de julho de 1777); A *constituição* de Massachusetts (25 de outubro de 1780) e, por fim, o *Bill of Rights* do Estado de New Hampshire (2 de junho de 1784) foram as declarações e constituições onde se encontram referências perfeitamente identificáveis com a previsão do instituto que posteriormente seria previsto e inserido na Constituição Americana. (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido...**, p. 10-15).

o abuso legislativo: o controle judicial da constitucionalidade das leis e o veto presidencial incidente no processo legislativo.

Foi nesse contexto que a cláusula do *due process of law* esteve presente no pensamento constitucional norte-americano<sup>45</sup>, sendo então consagrada expressamente pela nova nação na famosa 5.<sup>a</sup> Emenda, que assim dispôs:

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 offense 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.<sup>46</sup>

Posteriormente, após o término da Guerra Civil (1861-1865) e com a abolição da escravatura (1863), surgiram as Emendas n.º 13, 14 e 15, que tinham por objetivo garantir os direitos de cidadania aos ex-escravos e, respectivamente, assim dispunham:

Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime where of the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Saliente-se que a cláusula do devido processo legal não foi referida expressamente pela Declaração de independência dos Estados Unidos e nem na Constituição Americana, aprovada pela Convenção de Filadélfia. A cláusula foi inserida posteriormente, através das Emendas V (redigida por Madison) e XIV, esta última incorporada em 1868 à Constituição, visando proteger os indivíduos contra os abusos do poder estadual, visto que V Emenda somente os protegia contra lesões dos órgãos federais.

<sup>46</sup> Tradução livre: “Nenhuma pessoa será levada a responder por um crime capital, ou de outro modo infamante, a não ser por denúncia ou acusação formal de um Grande Júri, exceto em casos referentes às forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço em tempo de guerra ou de perigo público; nem será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que lhe possa causar perigo de vida; nem será compelida, em nenhum caso criminal, a ser testemunha contra si mesma, nem será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será desapropriada para uso público sem justa indenização.”

<sup>47</sup> Em português, assim dispõe a Emenda nº 13: “Nem escravidão ou servidão involuntária, exceto como punição por crime no qual a parte tenha sido devidamente condenada, poderão existir nos Estados Unidos, ou em qualquer lugar submetido à sua jurisdição.” Tradução livre.

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction there of, are citizens of the United States and of the State where in 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. (...) <sup>48</sup>

The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude. (...) <sup>49</sup>

Com o advento da Emenda n.º 14, a cláusula do devido processo se tornava de obediência obrigatória pelos Estados americanos, devendo ser destacado que “nenhum Estado poderia desconsiderar o devido processo legal quando estivesse em jogo a vida, a liberdade ou a propriedade dos bens de alguém.”<sup>50</sup>

Uma vez incorporado ao direito constitucional norte-americano, o princípio do *due process of law* foi objeto de uma grande variante na exegese jurisprudencial, isto devido à elasticidade da locução. Impende salientar, entretanto, que a cláusula foi sempre objeto de transformação do direito, fazendo com que este passasse a “...significar novas condições no relacionamento do Poder Público com os indivíduos e a sociedade civil, condições essas que refletem a visão do homem e do mundo acerca da liberdade e da solidariedade social nesse ocaso do século XX.”<sup>51</sup>

Samuel Pleasants III, com propriedade, destaca:

In the United States, governmental power is limited. This means that our governments cannot arbitrarily deprive any of us of our due process, nor can

---

<sup>48</sup> Tradução livre: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado editará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos americanos; nem privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negará a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”.

<sup>49</sup> “O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não será negado ou restringido pelos Estados Unidos ou por qualquer Estado por motivo de raça, cor, ou anterior condição de escravidão.” Tradução livre.

<sup>50</sup> SUANNES, Adauto. **Os fundamentos...**, p. 115.

<sup>51</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido...**, p. 33.

our distinctive characteristics be destroyed by a capricious future government which might for instance have a different definition of a “criminal” from the one we use today.<sup>52</sup>

Demonstrando a importância do princípio na evolução do pensamento jurídico norte-americano, Adauto Suannes destaca que “a história do *due process of law*, notadamente no seu aspecto garantístico, confunde-se com a própria história do sistema jurídico norte-americano, pois, com a vinda para o novo continente dos colonizadores ingleses, muito da *Common Law*<sup>53</sup> foi por eles trazido e buscado implantar na terra que estavam colonizando.”<sup>54</sup>

### 2.1.3 Brasil

O princípio do devido processo legal – também denominado de princípio do processo justo<sup>55</sup> - está inserido na Constituição da República como vetor e base para os demais princípios, sendo ainda o elemento que garante a efetiva e regular aplicação do direito. Garantido expressamente somente na Constituição da República de 1988, o princípio, entretanto, já estava implícito nas cartas anteriores, como reflexo inclusive do direito europeu e norte-americano, sendo que este último é que verdadeiramente buscou traçar os contornos atuais que o envolvem.

---

<sup>52</sup> “Nos Estados Unidos, o poder do governo é limitado. Isso significa que nossos governos não podem, arbitrariamente, privar qualquer um de nós de nosso devido processo, nem nossas características particulares podem ser destruídas por um futuro governo caprichoso que possa, por exemplo, ter uma definição diferente de um “criminoso” da qual nós temos hoje.” Tradução livre. PLEASANTS III, Samuel Augustus. **The bill of rights**. Columbus, Ohio: Charles E. Merrill Books. 1966. p. 62.

<sup>53</sup> É importante destacar as lições de Paulo Lucena de Menezes, que anota: “No que tange particularmente aos Estados Unidos, ao contrário do que é divulgado em larga escala por parte da doutrina, o regime jurídico adotado por este país – excetuando-se o Estado da Louisiana, que segue o sistema romano-germânico, por influência francesa e espanhola – não é considerado um sistema puro da *Common Law*, se comparado com o da Inglaterra, mas um sistema misto”. (MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 54).

<sup>54</sup> SUANNES, Adauto. **Os fundamentos...**, p. 106.

<sup>55</sup> Denominação esta trazida por Rui Portanova. (PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 145).

Cumpram destacar inicialmente que no Brasil vigoraram por mais de trezentos anos as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). As leis civis eram por elas regidas, somente cessando com a vigência do Código Comercial (1850) e com o Código Civil (1917). No campo penal, as Ordenações Filipinas vigoraram até a entrada em vigor do Código Criminal do Império (1830) e, processualmente, até o advento do primeiro Código Processual Criminal (1832).<sup>56</sup> A primeira Constituição do Brasil – a Carta de 1824 – dava ao imperador o poder sobre toda a organização política, com poderes absolutos sobre os demais poderes. Por esta razão, como bem pondera Paulo Fernando Silveira, “não havendo poder judiciário independente, não há como falar em garantias de direitos individuais ou, especificamente, da observância do princípio do devido processo legal, que sequer era expressamente mencionado.”<sup>57</sup>

A vontade do monarca sempre esteve acima da constituição formal. Os integrantes dos demais poderes sempre foram servis às ordens do Imperador e a Constituição nunca teve a efetividade necessária para a criação de um Estado realmente democrático e fundado em princípios e garantias.

Proclamada a República (1889) e sepultada a antiga monarquia, logo surge a nova Constituição (1891) e com ela o federalismo, com a conseqüente descentralização do poder. Inspirada na Constituição norte-americana (1787), ao contrário desta, a constituição brasileira acabou sendo prolixa e casuísta, tentando abarcar todas as hipóteses possíveis, prometendo leis posteriores para regular direitos, o que a tornou impraticável e desobedecida.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Neste sentido, Paulo Fernando Silveira. (SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal (due process of law)**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 28).

<sup>57</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo...**, p. 28.

<sup>58</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo...**, p. 29.



Também nesta Carta Política não houve menção expressa ao princípio do devido processo legal. Atente-se, entretanto, para a previsão da plena defesa e para a proibição da prisão sem formação da culpa, conforme inserido em seu artigo 72.<sup>59</sup>

Sob a égide da nova Constituição, que acabou com a unidade processual no país, alguns princípios básicos foram assegurados, conforme ensina José Frederico Marques:

Quando a pluralidade processual foi instaurada, era nosso processo penal informado pelos seguintes princípios: oralidade de julgamento e processo escrito para a instauração ou formação da culpa; contraditório pleno no julgamento e contraditório restrito no sumário de culpa; processo ordinário para os crimes inafiançáveis e afiançáveis comuns ou de responsabilidade, com plenário posterior à formação da culpa; inquérito policial servindo de instrumento da denúncia ou queixa, apenas nos crimes comuns; o processo especial estabelecendo desde logo a plenitude da defesa nos crimes comuns; a propositura e titularidade da ação penal, de acordo com o que dispunha o artigo 407 do Código Penal.<sup>60</sup>

Apesar dos poderes conferidos ao Poder Judiciário – diferentemente da Carta anterior, a Constituição de 1891 garantia a vitaliciedade do cargo aos juízes – este nunca efetivamente tornou-se independente, ao contrário do que ocorreu na América. A falta de eficácia e de efetividade da Constituição, antes mencionada, fez com que o Judiciário jamais pudesse interpretar e dar vida aos princípios e garantias estatuídos na Carta Política e nem fixar os limites do Estado perante as liberdades civis.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Artigo 72, § 14: “Ninguém poderá ser conservado na prisão sem culpa formada, salvo as exceções determinadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir.” E no § 16: “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela...”.

<sup>60</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. V. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 105.

<sup>61</sup> Neste sentido, Paulo Fernando Silveira. (SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo...**, p. 31).

Seguindo a história, verifica-se a tomada do poder pelo gaúcho Getúlio Vargas, após a Revolução de 1930. Sobreveio, então, a promulgada Constituição de 1934 e, a seguir, a de 1937, com a decretação do Estado Novo. Desnecessário frisar que neste período não houve qualquer menção ao princípio do devido processo legal,<sup>62</sup> visto que as liberdades civis foram esquecidas neste período. Entretanto, contraditoriamente, foi criado pela Constituição de 1934 o instituto do mandado de segurança, uma das maiores garantias dos direitos civis.

Tida, juntamente com a atual Constituição, como a única carta elaborada em bases democráticas, a Carta Política de 1946 dedicou um capítulo inteiro aos direitos e garantias individuais.<sup>63</sup> Entretanto, também esta Carta não fez qualquer referência expressa ao princípio do devido processo legal.<sup>64</sup>

Afirmando que o princípio do devido processo legal chegou ao texto constitucional de modo expresso e claro na Constituição de 1946 (artigo 141, § 4.º)<sup>65</sup>, Luiz Rodrigues Wambier ressalva, entretanto, que do texto citado se extrai o princípio da justicialidade. A seguir, o autor conclui, contudo, que “da garantia do controle jurisdicional, todavia, deflui tranquilamente a do devido processo legal, por

---

<sup>62</sup> A instituição do júri, garantia assegurada desde a Magna Carta, reflexo do devido processo em matéria criminal, foi extinta pela Carta de 1937. Criticando a influência autoritária sobre a legislação processual penal, José Frederico Marques assim se manifestou: “... O Código de Processo Penal, apesar de ter mantido grande fidelidade aos postulados essenciais do sistema acusatório, não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica.” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de...**, p. 108).

<sup>63</sup> Capítulo II – artigos 141 a 144.

<sup>64</sup> José Frederico Marques destaca que “a Constituição de 1946 adotou, muito claramente, os princípios da acusatoriedade, do contraditório, do devido processo legal e do juiz natural.” *Elementos de direito processual penal*, obra citada, p. 109. E ainda: “A Constituição de 1946, à maneira do que se continha nas anteriores, formula regras diversas a respeito da Justiça Penal e respectivo processo. As garantias que reconhece e proclama, solenemente, em seu texto, reproduzem os clássicos princípios que desde a ‘Magna Carta’, e sobretudo a partir do humanitarismo de BECCARIA e da Revolução Francesa, tornaram-se imanentes à própria estrutura do ‘Estado de Direito’ e do regime democrático.” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de...**, p. 80-81).

<sup>65</sup> “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” – Constituição Federal de 1946, artigo 141, § 4.º

ser inimaginável que se garanta ao cidadão o direito ao controle jurisdicional dos atos, sem que isso se faça mediante o uso de instrumental apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico.”<sup>66</sup>

Em 1964 adveio o golpe militar e com ele seguiram-se as Constituições de 1967 e 1969 (Emenda n.º 1), que traziam expressos direitos e garantias fundamentais, que efetivamente foram em muito desrespeitados. Também nessas cartas o princípio do devido processo legal não foi mencionado.

Após longos anos de uma história cruel, onde os direitos e garantias chegaram a ser suspensos e os atos revolucionários não puderam ser apreciados pelo Poder Judiciário, finalmente a nação teve editada a Emenda Constitucional n.º 26 (1985), que convocou a Assembléia Nacional Constituinte, vindo esta a promulgar a atual Constituição da República (1988).

Pela primeira vez o princípio do devido processo legal se fez presente de modo expresso numa constituição. Sua previsão está insculpida no artigo 5.º, inciso LIV, que assim dispõe: **“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”**

Os longos anos da ditadura militar impuseram ao país um regime cruel, onde os direitos e as garantias básicas do cidadão foram relegados a segundo plano, ou melhor, foram esquecidos. Diante desse contexto, o constituinte de 1988, verificando a necessidade de restabelecer o equilíbrio entre o Estado e a sociedade,

---

<sup>66</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 63, p. 59, 1991. Destaque-se que o citado autor, ao analisar sucintamente a questão na p. 60, chega a afirmar que “anteriormente a 1946, embora não houvesse reconhecimento, pela doutrina, da adoção expressa do princípio do devido processo legal, nas Constituições havia, em cada uma delas, determinadas garantias que, interpretadas à luz do conjunto de garantias do cidadão, e do sistema de governo admitido, poderiam dar margem ao entendimento de que, na verdade, o princípio estava adotado e garantido.” Cita como exemplo o artigo 179, XI, XII, XIII e XVII, da constituição Imperial de 1824; o artigo 113, XXVI, da Constituição de 1934; o artigo 122, item 11 c/c o artigo 123 da Constituição de 1937, lembrando ainda que a Constituição de 1891 garantia os princípios da legalidade e anterioridade das leis, da ampla defesa nos processos de natureza penal e da proibição de foros especiais.

consequentemente procurou conter a força do Estado, buscando consagrar expressamente e até de modo exaustivo os direitos e garantias do cidadão, dedicando um título da Constituição para este tema.

Além disso, a Constituição atual ampliou a incidência dos direitos e garantias e lhes deu aplicação imediata ao prescrever que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata,”<sup>67</sup> e ainda quando prescreve que “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.”<sup>68</sup>

Tratando do princípio em seu aspecto penal, Aduino Suannes destaca com propriedade que “o devido processo penal, como conjunto de exigências éticas para garantia de que ao réu será assegurado um julgamento justo, entrou pela primeira vez expressamente em uma Constituição brasileira em 1988 provindo de longa elaboração no sistema jurídico norte-americano.”<sup>69</sup>

Importante ainda salientar que do princípio se extrai o fundamento para a defesa da dignidade da pessoa humana, essencial especialmente para o Direito Processual Penal. Neste sentido é de se destacar a posição do Ministro Adhemar Ferreira Maciel, quando, ao se referir ao devido processo, afirma que “a cláusula constitucional... é de vital importância, pois se centra na dignidade humana,

---

<sup>67</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 5.º, § 1.º.

<sup>68</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 5.º, § 2.º. Cumpre destacar que a Constituição brasileira de 1937 (artigo 123) e a Constituição outorgada de 1969 também já previam a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (artigo 153, § 36), da mesma forma que a Constituição Americana, esta na 9.ª Emenda, que assim dispõe: “The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.”, que pode ser assim traduzida: “A enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada de modo a negar ou restringir outros retidos pelo povo.”

<sup>69</sup> SUANNES, Aduino. **Os fundamentos...**, p. 83.

repercutindo na defesa dos valores fundamentais do Homem, como a vida, a liberdade e a propriedade.”<sup>70</sup>

Assim, somente após 773 anos de sua concepção, o princípio do devido processo legal tomou parte expressa no ordenamento jurídico brasileiro, não tendo ainda, entretanto, a efetividade, a interpretação e o respeito esperados, principalmente no ramo do Direito Processual Penal, conforme se procurará demonstrar no desenvolvimento do trabalho.<sup>71</sup>

Finalmente, cabe destacar que as variantes posições doutrinárias tomadas no Brasil – alguns afirmando que o princípio já estava presente nas constituições anteriores e outros que somente esteve presente na atual Constituição – não são contraditórias, como podem numa primeira análise parecer. Insta salientar e fazer uma distinção básica: o princípio do devido processo legal com a presente locução efetivamente só está expresso na atual Constituição; entretanto, as garantias decorrentes do princípio, especialmente a ampla defesa, o contraditório e o juiz natural, já se fizeram presentes nas constituições precedentes.<sup>72</sup>

## 2.2 O devido processo legal substancial e processual

---

<sup>70</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988. **Revista de Processo**. Volume 85, 1997, p. 175.

<sup>71</sup> Ressaltando a avanço ocorrido com a Constituição de 1988, com a adoção das mais amplas garantias ao cidadão, Luiz Rodrigues Wambier observa, com acerto, que “o conjunto de tais garantias permite o aprimoramento da legislação processual ordinária, com todas as conquistas oriundas do trabalho hermenêutico e de interpretação doutrinária da matéria.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista de...**, p. 61). Efetivamente, é o que se espera do legislador ordinário e do próprio Poder Judiciário, ao aplicar os princípios aos casos reais, onde haja uma efetiva releitura da legislação processual à luz da Constituição.

<sup>72</sup> Nagib Slaibi Filho, ao analisar vários dispositivos constitucionais que visam assegurar o indivíduo em face da atuação estatal, assevera que “todos esses princípios, aparentemente dispersos, nada mais são do que expressões do princípio do ‘devido processo legal’ (*due process of law*), **que antes já era reconhecido em nosso Direito como princípio básico do processo judicial e que agora ganha, expressamente, foros de garantia constitucional.**” [grifou-se](SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**. Aspectos Fundamentais. 4.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 182-183.

### 2.2.1 Conceito de devido processo legal

Antes de se buscar analisar e diferenciar o devido processo em seu aspecto substancial (*substantive due process*) e processual (*procedural due process*), faz-se necessária uma rápida conceituação do instituto, com vistas a facilitar a sua melhor compreensão.

Historicamente, verifica-se tanto na Inglaterra como muito mais nos Estados Unidos a incessante busca de aplicação do princípio, sem a preocupação em lhe dar uma conceituação. A jurisprudência norte-americana sempre procurou evitar dar uma definição à locução, demonstrando que o princípio deve ter uma interpretação de acordo com o caso concreto, evitando assim uma conceituação que viesse a reduzir o campo de incidência do princípio.

Thomas Cooley dá uma idéia da extensão do princípio, ao afirmar que “O termo devido processo legal é usado para explicar e expandir os termos vida, liberdade e propriedade e para proteger a liberdade e a propriedade contra legislação opressiva ou não-razoável, para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seus pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo.”<sup>73</sup>

No julgamento do caso *Solesbee v. Balkcon* (1950), a Corte assim se manifestou: “Acha-se assentada a doutrina por essa Corte que a cláusula do *due process* enfeixa um sistema de direitos baseado em princípios morais tão enraizados nas tradições e sentimentos de nossa gente, de tal modo que ela deve ser julgada fundamental para uma sociedade civilizada tal como concebida por toda a nossa

---

<sup>73</sup> **The general principles of constitutional law in the United States of America.** 4. ed. Boston: Little Brown, and, Co, 1931, p. 279.

história. *Due process* é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo.”<sup>74</sup>

Abordando o fato de que as constituições liberais-democráticas acolheram o princípio do devido processo, Luiz Rodrigues Wambier o define como sendo “o direito atribuído ao cidadão do Estado, de buscar abrigo para as questões relativas aos conflitos de interesses em que esteja envolvido, numa esfera do poder estatal – o Judiciário – utilizando-se, para tanto, de mecanismos jurídicos previamente definidos na lei.”<sup>75</sup>

Ada Pellegrini Grinover sustenta com razão que os conceitos de justiça, devido processo legal, irrepreensibilidade, são conceitos históricos e relativos, variando o seu conteúdo de acordo com a evolução da consciência jurídica e política de uma nação. A processualista paulista assevera ainda, baseada na lição de Pound, que “o *due process of law* não é um conceito abstrato do qual derivem conclusões absolutas, aplicáveis a qualquer tempo, em todo lugar, mas é um *standard* que guia o tribunal; e o *standard* há de aplicar-se com vistas a circunstâncias especiais de tempo, de lugar e de opinião pública.”<sup>76</sup>

Procurando demonstrar que o verdadeiro império do direito só é possível se um dos seus requisitos for a existência de um processo justo, John Rawls entende que o devido processo é aquele “razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado alguna violación y en qué circunstancias.”<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Citado por Paulo Fernando Silveira. (SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo...**, p. 81.

<sup>75</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista de...**, p. 54).

<sup>76</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias...**, p. 34.

<sup>77</sup> RAWLS, John. *A theory of justice*. Londres: Oxford University Press, 1973, p. 239, citado por HOYOS, Arturo. *La garantía constitucional del debido proceso legal*, obra citada, p. 44. Tradução livre: (o devido processo é aquele) razoavelmente estruturado para averiguar a verdade, de forma

Outros autores sustentam, por outro lado, que o princípio em estudo é um princípio geral do direito, comum na tradição do direito ocidental, com força mesmo que não previsto expressamente nas legislações. Outros defendem ser um dos principais princípios processuais de um Estado de Direito, vinculando-o diretamente à uma noção de contraditório, isto é, o devido processo diz respeito à possibilidade de contradizer ou ainda ao princípio de audiência.<sup>78</sup>

O autor panamenho Arturo Hoyos, baseado em Eduardo Couture e Piero Calamandrei, busca definir o devido processo como uma das instituições processuais que adquiriu, gradualmente, a categoria de direito cívico e fundamental, ou ainda o direito inviolável de defesa que entrou no campo constitucional entre os direitos fundamentais reconhecidos a todos.<sup>79</sup>

Aliás, Eduardo Couture, analisando o princípio numa dimensão processual, o definiu da seguinte maneira: “la garantía de orden estrictamente procesal ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la *garantía jurisdiccional* en si misma. La garantía de debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de

---

consistente com as outras finalidades do ordenamento jurídico, enquanto a determinar se há ocorrida alguma violação e em que circunstâncias.

<sup>78</sup> Defendendo ser princípio geral do direito, cite-se Perelman; defendendo ser o principal princípio processual, deve ser citado Karl Larenz, para o qual, o princípio do devido processo é tão relevante que deve reger também a administração pública e, mais, tem força de um princípio moral fora da esfera do direito. Ambos autores são citados por HOYOS, Arturo. *La garantía constitucional del debido proceso legal*, obra citada, p. 44-45.

<sup>79</sup> HOYOS, Arturo. La garantía constitucional del debido proceso legal. **Revista de...**, p. 45. Há que se destacar ainda a análise trazida pelo citado autor ao refletir sobre a tendência atual do princípio: “Modernamente, el debido proceso aparece vinculado al denominado constitucionalismo, el cual, dentro de sus muchas acepciones, aparece siempre ligado a la idea de un gobierno limitado, sobre todo, a través del derecho, ya que dicho principio... ha encontrado su sitio en las constituciones modernas y democráticas como un derecho fundamental que no sólo garantiza la actuación del derecho material sino que impone límites importantes a la acción arbitraria de éste frente a todas las personas sujetas a dicha acción.” (p. 45).



un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías do proceso parlamentar.”<sup>80</sup>

Em verdade, a dificuldade não se estabelece somente na conceituação do princípio, mas antes já na tradução da locução. Neste sentido, é obrigatória a transcrição da lição de Vincenzo Vigoriti, onde o autor demonstra com fundamento que a expressão *due* deve ser traduzida por **justo**, afinando-se assim com as atuais manifestações doutrinárias<sup>81</sup>, que se manifestam por um processo efetivamente justo:

La traduzione italiana dell'espressione *due process of law* presenta alcune difficoltà. Il termine 'due', in cui è racchiusa tutta la forza dell'espressione, è un appello fiducioso alla coscienza dell'uomo, ad una giustizia superiore fondata sulla natura e sulla ragione. Per questo non può tradursi con aggettivi comme 'regolare' o 'corretto' che esprimono solo un'esigenza di legalità che non esaurisce il contenuto della garanzia, ma verrà tradotto col termine 'giusto' l'unico che possa rendere con efficacia il contenuto etico del termine 'due'. L'incertezza della scelta, la difficoltà di una traduzione adeguata, consigliano comunque di usare l'espressione per quanto possibile nella lingua originale, senza volerne forzare a tutti i costi il significato in una formula a noi familiare.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> COUTURE, Eduardo. **Estudios de derecho procesal**. vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 51. Tradução livre: a garantia de ordem estritamente processual veio a transformar-se, com o andar do tempo, no símbolo de *garantia jurisdiccional* em si mesma. A garantia do devido processo consiste, em último termo, em não ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei e de uma lei dotada de todas as garantias do processo parlamentar.

<sup>81</sup> Neste sentido, veja-se Aduato Suannes quando aborda o Processo Penal justo, no capítulo 6 de sua obra já citada. (SUANNES Aduato. **Os fundamentos...**p. 129-154).

<sup>82</sup> VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie costituzionali del processo civile**. Milão: Giuffrè, 1973, p. 30, nota n.º 12. Tradução livre: “A tradução italiana da expressão *due process of law* apresenta algumas dificuldades. O termo “due”, no qual reside toda a força da expressão, é um apelo confiante à consciência do homem, a uma justiça superior fundada na natureza e na razão. Por isto não pode ser traduzido por adjetivos como “regular” ou “correto”, que expressam somente uma exigência de legalidade que não esgota o conteúdo da garantia, e sim será traduzido pelo termo “justo”, o único em condições de expressar com eficácia o conteúdo ético do termo “due”. A incerteza da escolha e a dificuldade de uma tradução adequada aconselham, porém, utilizar a expressão, na medida do possível, na língua original, sem querer forçar seu significado em uma fórmula que nos é familiar”. Destaque-se que a expressão ‘giusto’, utilizada pelo autor, tem significado para o sistema brasileiro, visto que dita expressão tem o mesmo significado que a palavra ‘justo’. Saliente-se, neste sentido, a afirmação de Humberto Theodoro Júnior de que o constitucionalismo norte-americano foi implantado não pela garantia de uma tutela jurisdiccional regular e correta, mas sobretudo porque o devido processo representou a garantia de um processo justo. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução da sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 58).

Em verdade, o conceito de devido processo é um conceito muito fluído, tendo sofrido ao longo do tempo muitas influências. Confirmando a assertiva anterior, José Cirilo de Vargas expõe que “nenhum Autor, brasileiro ou estrangeiro, possui um rol igual daquilo que deva ser considerado como integrante do devido processo.”<sup>83</sup>

Ao que parece, melhor é buscar uma definição do princípio por atributos negativos, isto é, torna-se mais fácil elencar tudo o que fere o devido processo do que efetivamente demonstrar as suas características ou propriedades. O importante atualmente é interpretar a cláusula sempre voltada para uma base constitucional e democrática, onde os direitos e garantias decorrentes possam ter a máxima efetividade possível.

## 2.2.2 O devido processo legal processual

Apesar de poder parecer para alguns logicamente incorreto discorrer primeiramente sobre o devido processo no âmbito processual, tal escolha se apresenta, ao que parece, acertada em virtude do fato de que foi este aspecto do *due process* que se desenvolveu de início, passando somente mais tarde a incorporar na sua interpretação o aspecto substantivo, conforme se demonstrará a seguir.

Inicialmente, o princípio do devido processo legal foi elaborado e interpretado como uma garantia apenas processual, visando garantir a regularidade do processo em todas as instâncias judiciais.<sup>84</sup> Esta interpretação inicial vigorou na Inglaterra e

---

<sup>83</sup> VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 139.

<sup>84</sup> Além disso, a sua incidência inicial sempre se deu especificamente no âmbito do processo criminal. Carlos Roberto Siqueira Castro esclarece que a garantia “concebida, de início, como um requisito de validade da justiça penal, estendeu-se, em seguida, à jurisdição civil e, mais

também nos Estados Unidos, pois, como afirma Ada Pellegrini Grinover, “mesmo com a promulgação da XIV Emenda, o conteúdo da cláusula não sofreu modificação, referindo-se unicamente a garantias processuais.”<sup>85</sup>

Nos Estados Unidos, o aspecto processual foi o único que emergiu da interpretação da cláusula do devido processo, por influência da Magna Carta, da *common law*<sup>86</sup> e também por influência do imbatível defensor de nova ordem política federalista, Hamilton. Segundo ele, “as palavras *due process* importaram um preciso significado técnico e são somente aplicadas ao processo e procedimento das Cortes de justiça; elas não podem nunca se referir a um ato do legislativo.”<sup>87</sup>

Vale destacar, ainda, a lição de Maria Rosynete Oliveria Lima, que salienta:

O significado atribuído à cláusula era nitidamente processual, ou seja, o *direito à um processo ordenado – ordely proceedings*. Esta noção foi redimensionada com o passar dos tempos para acolher também o requisito da citação para a demanda, ao direito de defesa e, por último e derivado da *Petition of Rights* supracitada, o direito de não ser preso sem a evidência de uma justa causa.<sup>88</sup>

Após o episódio de 1937, quando o Presidente Roosevelt propôs o aumento no número de juízes da Suprema Corte na proporção de um a mais para cada componente que já tivesse mais de setenta anos, com o objetivo de alterar a composição e garantir o sucesso do programa do New Deal,<sup>89</sup> esperava-se um

---

recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração Pública.” (SIQUEIRA CASTRO. Carlos Roberto. **O devido...**, p. 34.

<sup>85</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias...**, p. 31.

<sup>86</sup> Registre-se, apenas, a divergência acerca da expressão “*common law*”. Alguns doutrinadores, dentre eles René Davi, Alvair Alfredo Nicz e Paulo Lucena de Menezes referem-se ao sistema como “a *common law*”, enquanto que outros, tais como John Gilissen, utilizam “o *common law*”.

<sup>87</sup> HAMILTON, Alexander. **The papers of Alexander Hamilton**. New York: Columbia University Press, 1962, p. 35.

<sup>88</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1999. p. 41.

<sup>89</sup> A Corte, diante da mudança proposta, acabou votando vários casos favoráveis ao governo, tornando desnecessário o projeto para ‘enchimento da corte’. Este episódio ficou conhecido como *The swifth in time that saved nine*, ou seja, a mudança a tempo que salvou nove. Mais tarde,

declínio do princípio, mas o inverso acabaria acontecendo, com o apogeu da cláusula no seu aspecto processual.

O apogeu veio, efetivamente, no decorrer da chamada *Warren Court* (1953-1969), quando a Corte, inspirada nos movimentos pacifistas, utilizou-se do substantivo e do processual devido processo para efetivar uma verdadeira revolução judiciária, buscando implementar a igualdade em seus julgamentos.

No campo criminal, três julgamentos foram decisivos para esta evolução. A trilogia do devido processo criminal, na expressão de Paulo Fernando Silveira<sup>90</sup>, constitui-se nos casos *Mapp*, *Gideon* e *Miranda*.

No primeiro caso, *Mapp v. Ohio*, de 1961, a Corte americana absolveu o cidadão condenado pela Corte estadual em razão desta ter admitido, no julgamento, a apreensão ilegal de provas. Houve, segundo a Corte Suprema, violação à garantia constitucional contra a desarazoável busca e apreensão.

Complementa Maria Rosynete Oliveira Lima:

Na decisão prolatada nesse litígio, a Suprema Corte dos Estados Unidos alterou seu entendimento sobre a *exclusionary rule*, ou princípio da não-admissibilidade de provas ilegalmente obtidas, e decidiu não utilizar as provas obtidas pelos policiais de Cleveland, porque considerou ilícita a sua obtenção e que a acusada não poderia ser condenada com base em tais evidências.<sup>91</sup>

No segundo caso, *Gideon v. Wainwright*<sup>92</sup>, julgado em 1963, Gideon havia sido condenado por furto, sendo que no seu julgamento o juiz, em face das leis do

---

alguns juízes acabaram renunciando, fazendo com que o Presidente americano acabasse tendo o controle ideológico da Corte.

<sup>90</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo...**, p. 113 e ss., onde o autor descreve os casos.

<sup>91</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo...**, p. 81.

<sup>92</sup> De acordo com Wayne R. LaFave [et al]: "Em 1963, em *Gideon v. Wainwright*, a Corte rejeitou a regra das circunstâncias especiais de *Betts* e estendeu o direito ao advogado nomeado em casos estatais a todos os acusados indigentes. Ao contrário de *Betts*, *Gideon* partiu da premissa, consistente com a doutrina da incorporação seletiva, de que a Décima Quarta Emenda fez com que o direito da Sexta Emenda a um advogado fosse diretamente aplicável aos estados como um direito

Estado, não lhe concedeu advogado dativo, mesmo diante da pobreza do acusado, que não teve condições de contratar um defensor. A Suprema Corte concedeu ao então condenado o direito a que fosse revista a decisão tomada pelo juiz da instância inferior<sup>93</sup>.

Naquela ocasião, Justice Black, com propriedade, comentou: “reason and reflection require us to recognize that in our adversary system of criminal justice, any person hauled into court, who is too poor to hire a lawyer cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him”<sup>94</sup>.

No terceiro e último caso, o famoso caso *Miranda v. Arizona*, de 1966, a Suprema Corte reverteu as condenações anteriores por seqüestro e estupro. Tratava-se de caso onde Miranda havia sido preso e interrogado sem o aviso de que tinha direito a um advogado presente. Depois de duas horas da prisão, a polícia obteve a confissão, que serviu para a sua condenação, no seu julgamento. A Suprema Corte entendeu que a polícia somente pode usar uma confissão, se demonstrar que deu pleno efeito ao direito do preso de ficar calado, informando-o que tudo o que disse poderá ser usado contra ele, além da necessidade da presença de advogado, constituído ou dativo.

---

fundamental.” (LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. **Criminal procedure**. St. Paul: West Group, 2000. p. 556).

<sup>93</sup> Importante frisar que “A decisão deste processo judicial desencadeou a revisão de mais de 3.000 processos criminais, que tinham resultado em condenação dos acusados sem o acompanhamento de defensor. No ano seguinte à decisão, em 20.08.64, foi promulgado o *Criminal Justice Act* de 1964, que disciplinou a nomeação e remuneração do advogado e dos serviços necessários ao exercício da função.” (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo...**, p. 82)

<sup>94</sup> “Razão e reflexão nos obrigam a reconhecer que, em nosso sistema adversário de justiça criminal, qualquer pessoa arrastada para o tribunal, que seja pobre demais para contratar um advogado, não pode ter assegurado um julgamento justo a não ser que um advogado seja providenciado para ela.” Tradução livre. (LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. **Criminal procedure**. St. Paul: West Group, 2000. p. 556)

Tamanha é a importância deste direito<sup>95</sup> que, nos ensinamentos de Jerold H.

Israel e Wayne R. LaFave:

Without regard to his prior awareness of his rights, if a person in custody is to be subjected to questioning, 'he must first be informed in clear and unequivocal terms that he has the right to remain silent', so that the ignorant may learn of this right and so that the pressures of the interrogation atmosphere will be overcome for those previously aware of the right. (...) The above warning 'must be accompanied by the explanation that anything said can and will be used against the individual in court', so as to ensure that the suspect fully understands the consequences of foregoing the privilege.<sup>96</sup>

Os mesmos autores anotam, acerca da necessidade da presença de um advogado, que

If a statement is obtained without the presence of an attorney, 'a heavy burden rests on the Government to demonstrate that the defendant knowingly and intelligently waived his privilege against self-incrimination and his right to retained or appointed counsel', and such waiver may not be presumed from the individual's silence after the warnings or from the fact that a confession was eventually obtained.<sup>97</sup>

As cortes posteriores, por influência do governo, foram mais conservadoras, de um modo geral. Vale ressaltar, com desaprovação, que os precedentes antes

---

<sup>95</sup> Em sentido contrário é o entendimento de Harold J. Rothwax: "I call Miranda the triumph of formalism. In my judgment, Miranda should be repudiated. It's bad constitutional law. It's ill-conceived policy. And most grievous, it has created a jurisprudence of formalism." (ROTHWAX, Harold J. **Guilty: the collapse of criminal justice**. New York: Random House, 1996. p. 82). "Considero Miranda o triunfo do formalismo. A meu ver, Miranda deveria ser rejeitado. É lei constitucional nociva. É política mal concebida. E o mais grave, criou uma jurisprudência do formalismo." Tradução livre.

<sup>96</sup> ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. **Criminal procedure: constitutional limitations**. St. Paul: West Publishing, 1993. p. 200/201. "Sem levar em conta o prévio conhecimento de seus direitos, se uma pessoa sob custódia for submetida a interrogatório, 'ela deve, primeiramente, ser informada em termos claros e inequívocos de que possui o direito de permanecer calada', para que o ignorante possa ser notificado deste direito e para que as pressões do ambiente do interrogatório sejam superadas por aquela ciência antecedente do direito. (...) Referido aviso 'deve ser acompanhado pela explicação de que tudo o que for falado pode e será usado contra o indivíduo no tribunal', a fim de garantir que o suspeito entenda plenamente as conseqüências de preceder a prerrogativa." Tradução livre.

<sup>97</sup> "Se uma declaração é obtida sem a presença de um advogado, 'um forte ônus recai sobre o Governo para demonstrar que o acusado inteligente e conscientemente renunciou sua prerrogativa contra auto-incriminação e seu direito a um advogado contratado ou nomeado', e tal renúncia não pode ser presumida do silêncio do indivíduo após os avisos ou do fato de que uma confissão eventualmente foi obtida." Tradução livre. (ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. **Criminal procedure: constitutional limitations**. St. Paul: West Publishing, 1993. p. 201)

citados acabaram sendo sensivelmente limitados, ante a justificativa de prevenção e combate à criminalidade.<sup>98</sup>

Segundo Paulo Fernando Silveira, “o devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo, ou a ordem judicial, são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato.”<sup>99</sup>

Para Rui Portanova, em sua origem o princípio em apreço visava garantir um processo ordenado para o cidadão.<sup>100</sup> A jurisprudência americana, em sua evolução interpretativa, demonstrou-se oscilante. Numa primeira fase de interpretação extensiva da Constituição, a Corte procurou limitar o poder discricionário do Congresso em relação às estruturas processuais. Segundo esta interpretação, o legislador não pode limitar os direitos fundamentais garantidos pela cláusula do *due process*.<sup>101</sup>

Garantidor de um devido processo criminal, o princípio abarcava as garantias explícitas e implícitas das liberdades preconizadas pela Constituição. Dentre as garantias expressas, vale destacar a proibição de *bill of attainder*<sup>102</sup> e da retroatividade das leis (*ex post facto law*), ambas contidas no artigo 1.º da Constituição, bem como as garantias expressas na 5.ª Emenda, quais sejam, julgamento por júri (*jury trial*), proibição de ser julgado duas vezes pelo mesmo fato

---

<sup>98</sup> Exemplos dessas limitações podem ser encontrados em Paulo Fernando da Silveira. (SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo...**, p. 117-121).

<sup>99</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando, *idem*, p. 82.

<sup>100</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do...**, p. 146.

<sup>101</sup> Importante ressaltar que na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na América, a cláusula do devido processo legal não tem a força de vincular o Poder legislativo, em razão do princípio da supremacia do Parlamento, que é o supremo depositário da soberania. Neste sentido, a lição de Ada Pellegrini Grinover. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias...**, p. 26).

<sup>102</sup> O *bill of attainder* consistia em ato legislativo que importava em considerar alguém culpado pela prática de um crime sem a precedência de um processo e julgamento com o asseguramento da ampla defesa, conforme Carlos Roberto Siqueira Castro. (SIQUERIA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido...**, p. 34, onde elenca as demais garantias acima citadas).

(*double jeopardy*) e a vedação da auto-incriminação forçada (*self incrimination*). Já a 6.<sup>a</sup> Emenda previa o direito a um julgamento rápido<sup>103</sup> e público (*speedy and public trial*), júri imparcial e competente territorialmente, o direito de o acusado ser informado da natureza e causa da acusação (*fair notice*), além do direito de defesa e ao contraditório.<sup>104</sup>

Destaque-se, ainda, o ensinamento do autor americano Yale Kamisar, que apregoa com propriedade:

Finally, and perhaps most importantly, the right to speedy trial is a more vague concept than other procedural rights. It is, for example, impossible to determine with precision when the right has been denied. We cannot definitely say how long is too long in a system where justice is supposed to be swift but deliberate. As a consequence, there is no fixed point in the criminal process when the State can put the defendant to the choice of either exercising or waiving the right to a speedy trial.<sup>105</sup>

Sobre os direitos a um julgamento justo insculpidos na 6.<sup>a</sup> Emenda, complementa Akhil Reed Amar:

Finally comes the cluster of fair trial rights, encompassing notice and the opportunity to hear and be heard. Put slightly differently, this last cluster safeguards the right to know, and defend oneself against, an accusation of

---

<sup>103</sup> Confira-se a lição de Akhil Reed Amar: “The speedy trial right protects the innocent man from prolonged *de facto* punishment – extended accusations that limit his liberty and besmirch his good name – before he has had a fair chance to defend himself.” (AMAR, Akhil Reed. **The constitution and criminal procedure: first principles**. New Haven, CT: Yale University Press, 1998. p. 90). “O direito a um julgamento célere protege o homem inocente de punição *de facto* prolongada – acusações extensas que limitam sua liberdade e danificam seu bom nome – antes de ele ter tido uma chance justa de se defender.”. Tradução livre.

<sup>104</sup> O direito ao contraditório neste momento consistia na possibilidade de confrontar as testemunhas arroladas pela acusação, produzir prova, obter o depoimento de testemunha de defesa, mesmo que de forma compulsória e ainda englobava o direito de ser assistido por advogado, conforme se verifica na obra de Carlos Roberto de Siqueira Castro. (SIQUEIRA CASTRO, Idem, p. 36).

<sup>105</sup> “Finalmente, e talvez o mais importante, o direito a um julgamento célere é um conceito mais vago do que outros direitos processuais. É, por exemplo, impossível determinar com precisão quando o direito foi negado. Não podemos definitivamente dizer quanto tempo é tempo demais em um sistema no qual a justiça deve ser rápida mas ponderada. Como consequência, não há um ponto fixo no processo criminal quando o Estado pode submeter o acusado à escolha de exercer ou renunciar o direito a um julgamento célere.” Tradução livre. (KAMISAR, Yale. [et al]. *Modern Criminal Procedure: cases, comments and questions*. St. Paul: West Group, 2002. p. 1074).



criminal wrongdoing. Textually, this cluster encompasses the rights to (a) be informed of the nature and cause of accusation; (b) be confronted with prosecution witnesses; (c) compel the prosecution of defense witnesses; and (d) enjoy the assistance of counsel in defending against accusation.<sup>106</sup>

Os autores americanos Henry J. Abraham e Barbara A. Perry, na obra *Freedom and the Court* (London : Oxford University Press, 1994, p. 113), citados por Paulo Fernando Silveira,<sup>107</sup> arrolam ainda outras garantias extraídas do *Bill of Rights* (as dez primeiras emendas à Constituição americana), valendo destacar: o direito do povo de estar seguro nas suas pessoas, casas, papéis e efeitos contra desarrazoada busca e apreensão (Emenda n.º 4); emissão de mandado de busca e apreensão baseado em causa provável, especificando o lugar da busca e a pessoa e ou coisa a ser apreendida (Emenda n.º 4); defesa contra valores de fiança excessivos, multas e punições cruéis e não usuais (Emenda n.º 8).

Já as garantias implícitas diziam respeito especialmente ao direito de ter o seu dia na Corte (*his day in the Court*),<sup>108</sup> ser ouvido em audiência judicial o mais breve possível, contraditar argumentos, manifestar-se sobre documentos juntados, além do direito ao silêncio e a ter assistência gratuita de profissional habilitado, caso não possuísse condições de contratar respectivo profissional.

---

<sup>106</sup> “Finalmente, há o grupo de direitos a um julgamento justo, abrangendo notificação e oportunidade de ouvir e ser ouvido. Em outras palavras, este último grupo protege o direito de saber, e de defender-se contra, uma acusação criminal. Textualmente, este grupo abrange os direitos a (a) ser informado da natureza e causa da acusação; (b) ser confrontado com testemunhas de acusação; (c) forçar o comparecimento de testemunhas de defesa; e (d) possuir a assistência de um advogado para defender-se da acusação.”. Tradução livre. AMAR, Akhil Reed. *The constitution and criminal procedure: first principles*. New Haven, CT: Yale University Press, 1998. p. 90

<sup>107</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo...**, p. 109-110.

<sup>108</sup> Segundo Ada Pellegrini Grinover, “a garantia do *notice and hearing* resulta no direito de ter *his day in the Court* e consiste: a) na citação do réu, efetiva ou implícita; b) na concessão de uma razoável possibilidade de comparecer, expor seus direitos, depor pessoalmente, apresentar testemunhas, produzir prova documental e outras; c) na constituição do tribunal, de modo a dar uma razoável segurança de honestidade e imparcialidade; e d) na competência do tribunal.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias...**, p. 40).

Carlos Roberto Siqueira Castro resume, de forma singular, o significado processual que o princípio do *due process of law* assumiu na interpretação das Cortes americanas, que vinha de encontro ao disposto no item 40 da Magna Carta (“to no one will we sell, to no one deny or delay righth or justice”): “Defende-se por essa garantia, com efeito, **um processo penal que seja justo**, que assegure o contraditório e a ampla defesa dos acusados, além da igualdade das partes e a imparcialidade dos julgadores, requisitos esses cuja falta importa em verdadeira denegação de justiça, circunstância essa que já era repelida desde a primitiva Magna Carta.”<sup>109</sup> [grifou-se]

Com o passar do tempo, a garantia, que estava inicialmente voltada para o regular processo penal, acabou se estendendo inevitavelmente para o processo civil. Atualmente, no Brasil, por força do mandamento constitucional (artigo 5.º, LV, da Carta de 1988), o princípio se estende também para o processo administrativo, impondo que sejam observados principalmente os princípios da legalidade e da moralidade administrativas.

Portanto, a concepção originária do princípio não objetivava analisar e limitar o mérito ou o conteúdo das normas jurídicas, adstringindo-se a um enfoque estritamente processualístico, não objetivando emprestar ao princípio um sentido substantivo.

### 2.2.3 O devido processo legal substantivo

Deixando de lado a interpretação puramente processual, a Corte americana começou a estender os parâmetros interpretativos, passando a verificar na cláusula

---

<sup>109</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido...**, p. 37.

do *due process of law* um conteúdo também substantivo. Entretanto, houve um grande caminho a ser trilhado para que efetivamente se pudesse chegar ao avanço anunciado, quando então o princípio ganhou efetividade numa interpretação substancial e processual.

A teoria do *substantive due process* tem as suas raízes na série de casos intitulada *Slaughter-House Cases*, de 1873, quando um grupo de açougueiros da Louisiana ingressou com uma arguição de inconstitucionalidade contra lei estadual que concedera monopólio a uma empresa para o abate de animais para consumo alimentar, pelo período de 25 anos. Neste julgamento, a Corte entendeu não ser cabível o controle judicial do mérito da lei citada<sup>110</sup>. Entretanto, a decisão vitoriosa o foi por maioria (cinco a quatro), demonstrando o início de um novo tempo na interpretação da cláusula do devido processo.<sup>111</sup>

Também no julgamento do caso *Munn v. Illinois*, ocorrido em 1877, o Tribunal, também por maioria, ainda não reconheceu a face substancial do devido processo, rejeitando a inconstitucionalidade da lei estadual que regulava preços de produto industrial, não analisando a razoabilidade dos preços tabelados pelo governo. Segundo a decisão, não caberia à Corte corrigir preços fixados de maneira não razoável, mas o próprio povo deveria fazer a reprovação dos legisladores, através das urnas.

---

<sup>110</sup> Conforme assinala Maria Rosynete Oliveira Lima, “Não obstante tal resultado, assumem relevância os votos divergentes nesse julgamento, de autoria de *Justices Chase, Field, Bradley e Swayne*, os quais acreditavam que a Décima Quarta Emenda era fonte de proteção dos ‘direitos naturais e inalienáveis de todos os cidadãos’”. (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo...**, p. 111)

<sup>111</sup> De acordo com Paulo Fernando Silveira, em 1856 aflorou o conceito do devido processo legal substantivo, no julgamento do caso *Wynehamer v. People*, de Nova York, quando um tribunal de Nova York invalidou uma lei estadual, que proibia o uso de bebida alcoólica, analisando apenas a lei no aspecto substancial. No ano seguinte, no julgamento do caso *Dred Scott*, a Suprema Corte, em sua decisão, assim se manifestou: “Uma lei que retira do cidadão sua propriedade em escravos, simplesmente porque ele traz tal propriedade a um território, é arbitrária, não razoável e, portanto, violadora do devido processo.” (SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo...**, p. 82).

Vale dizer, ademais, que, muito embora a Suprema Corte tenha mantido a política de não-interferência na atividade legislativa estadual, passou a adotar o entendimento no sentido de que o devido processo legal, entretanto, “contém restrições ao poder de polícia dos estados”.<sup>112</sup>

Os dez casos julgados pela Corte seguintes ao caso *Slaughter-House Cases* também não trouxeram novidade na interpretação do princípio, salientando-se que a composição do órgão julgador era ainda a mesma até a virada do século. Insta salientar que vários casos colocados a julgamento neste período diziam respeito diretamente com os atos legislativos, que apontavam muitas vezes para a arbitrariedade, faltando-lhe a razoabilidade na edição das normas.

Com o apogeu do liberalismo político e econômico nos séculos XVIII e XIX, reforça-se a idéia da não intervenção do Estado na economia, cingindo-se suas funções à segurança da coletividade, às relações exteriores e a alguns serviços públicos essenciais. Diante desse contexto do liberalismo, encarnado também pelo sistema constitucional norte-americano, a Corte passou a visualizar no princípio do devido processo o espaço e o conteúdo necessários para controlar a razoabilidade das leis e dos atos do governo, valendo-se, para tanto, das inúmeras possibilidades deixadas pela locução *due process of law*, que admite efetivamente uma gama de interpretações.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo...**, p. 112.

<sup>113</sup> Para ilustrar a afirmação, vale transcrever a manifestação do Juiz Felix Frankfurter, da Suprema Corte dos Estados Unidos, citada por Carlos Roberto Siqueira Castro: “*Due process* não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros lindes de uma fórmula... ‘*due process*’ é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. ‘*Due process*’ não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo.” (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido...**, p, 56).

Diante desse contexto, não demorou muito, segundo a análise de Carlos Roberto Siqueira Castro,<sup>114</sup> para que a Corte americana fosse impelida pelos antigos precedentes julgados logo após a independência, onde vingava a idéia de que os direitos fundamentais deveriam ser respeitados pelas instituições governativas, para assim verificar na cláusula do devido processo uma garantia contra o arbítrio dos legisladores.<sup>115</sup>

Deste modo, a Suprema Corte passou a analisar a legislação americana, principalmente a abundante legislação editada a partir da Segunda década do século XX, concluindo em suas decisões que a falta de razoabilidade ou de racionalidade de uma lei faz com que ela não esteja em conformidade com o princípio do *due process of law*,<sup>116</sup> ou seja, é uma lei arbitrária, no dizer de Carlos Roberto Siqueira Castro.<sup>117</sup>

Nesta perspectiva, verifica-se que uma nova etapa se inicia, a chamada era do “governo dos juízes”, com o controle pelo Judiciário da vida da nação. É imprescindível neste momento trazer a singular manifestação de Carlos Roberto Siqueira Castro, que descreve com extrema clareza o retrato desta nova era:

O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (*procedural due process*) e o início da fase ‘substantiva’ na evolução desse instituto (*substantive due process*) retrata a entrada em

---

<sup>114</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido...**, p. 51.

<sup>115</sup> Registre-se que não foi somente a Suprema Corte que procurou alargar a interpretação do devido processo. As Cortes estaduais americanas também já vinham ampliando a interpretação do princípio, dando-lhe uma conotação substantiva para limitar o arbítrio dos legisladores. Carlos Roberto Siqueira Castro cita o julgamento do caso “In the Matter of Jacobbs”, julgado pela Corte de Apelação do Estado de Nova York em 1885, como o paradigma dos demais casos, quando julgou inconstitucional lei estadual que proibia a fabricação de charutos em conjuntos habitacionais, entendendo que a norma interferia indevidamente com a liberdade individual e com a lucrativa utilização da propriedade privada. (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *Idem*, p. 61).

<sup>116</sup> Adhemar Ferreira Maciel aponta que com a evolução da jurisprudência norte-americana, “passou-se a proteger o cidadão no aspecto substantivo, impedindo que o Congresso ou os legislativos estaduais elaborassem leis, embora formalmente constitucionais, mas que, materialmente, estivessem despidas de razoabilidade.” (MACIEL, Adhemar Ferreira. *O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988. Revista de...*, p. 178).

<sup>117</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido...**, p. 57.

cena do Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista e igualmente 'substantivo' no seio das instituições governativas. A dialética do poder e as metafísicas questões do direito público encontram, enfim, no plano institucional, a autoridade dotada de prerrogativa decisória (do *final enforcing power*) e revestida dos predicados de intérprete derradeiro do sentido da Constituição: o Poder Judiciário.<sup>118</sup>

Apesar de a Corte estar voltada apenas para o aspecto processual do princípio, há que se destacar, neste sentido, alguns julgamentos ocorridos ainda no século XIX, que foram efetivamente precursores nesta nova tomada de posição pela Corte Americana, onde houve o alargamento interpretativo do princípio, iniciando-se assim a fase do sentido substantivo da cláusula em apreço.

Em 1866, no julgamento do caso *Stone v. Farmers Loan Co.*, a Corte reconhece que o Estado não pode obrigar empresa ferroviária a transportar pessoas sem que lhe seja paga uma remuneração compatível, pois isto comportaria utilizar a propriedade privada para uso público sem justa compensação, infringindo o devido processo legal.

Mais tarde, em 1869, no julgamento do caso *Hepburn v. Griswold*, a Corte, em julgamento incidental (pronunciamento *obter dictum*), admitiu que o princípio do devido processo legal restringe o poder legislativo em relação aos direitos substantivos e não somente aos processuais. A seguir, no julgamento do caso *Mugler v. Kansas*, em 1887, a Corte se pronunciou no sentido da possibilidade do controle do poder de polícia pelo Judiciário.

A partir de então,

não demorou muito para que a Suprema Corte utilizasse a *substantive due process clause* como fundamento da decisão. As idéias fundamentais eram as seguintes: o produto legislativo teria de estabelecer uma relação razoável com o fim legitimamente pretendido, caso contrário a Corte o declararia

---

<sup>118</sup> SIQUIERA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido....**, p. 47.

nulo; e, os poderes do Estado não poderiam chegar ao ponto de limitar a liberdade do cidadão, em especial as liberdades de contrato e de comércio, já identificadas como liberdades protegidas pela cláusula do devido processo.<sup>119</sup>

Em 1890, ao julgar o caso *Chicago Milwaukee v. Saint Paul v. Minnesota*, a Corte declarou inconstitucional o confisco da propriedade sem o devido processo legal. Em 1897, no julgamento do caso *Allgeyer v. Louisiana*, pela primeira vez a Corte Americana invalidou uma lei estadual com base no devido processo legal, dando a este uma interpretação substantiva. A lei local proibia que fosse contratado seguro marítimo com companhia que não estivesse organizada segundo esta lei estadual. A Corte absolveu *Allgeyer*, condenado pelo Estado da Louisiana, que houvera contratado com empresa de Nova York, sob o argumento de que a lei estadual privava o réu de contratar sem o devido processo legal.<sup>120</sup>

Já no início do século XX, em 1905, a Suprema Corte julgou o famoso caso *Lochner v. New York*, declarando inconstitucional a lei deste Estado que fixava o limite da jornada máxima de trabalho para os empregados de padaria. A Corte fundamentou a sua decisão no argumento de que fere ao devido processo legal a limitação legal imposta, pois o Poder Público não pode intervir na faculdade de livremente contratarem empregados e empregadores.

A partir da terceira década do Século XX, o princípio do devido processo legal começou a ganhar, ainda dentro do seu aspecto substantivo, uma nova interpretação, passando a ser “instrumento de controle das invasões estatais nas faculdades ditas personalistas e de caráter não econômico (*non economic liberties*),

---

<sup>119</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo...**, p. 113.

<sup>120</sup> A partir desse julgamento, o voto dissidente do Juiz Field no caso *Slaughter-house* passou a ser doutrina aceita pela Corte, passando o substantivo devido processo a ser não um mero meio de controle da legislação estadual em abstrato, mas sim um meio de controle da legislação estadual que conflitasse com a doutrina do *laissez-faire* que dominava o pensamento na virada do século. (SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo...**, p. 179).

quais sejam aquelas reputadas essenciais ao exercício da personalidade humana e, ainda, da cidadania.”<sup>121</sup>

Na década anterior (década de 20), os direitos fundamentais “não econômicos” já haviam começado a ganhar espaço nas interpretações jurisprudenciais. Neste sentido, vale destacar a decisão da Suprema Corte no caso *Meyer v. Nebraska*, julgado em 1923, onde aquela reformou uma condenação criminal de professor que lecionava em idioma alemão, enquanto que a lei estadual proibia o ensino das crianças em língua que não fosse o inglês. A Corte entendeu que a lei era inconstitucional por violar a liberdade de escolha dos pais em relação à educação de seus filhos.<sup>122</sup>

No caso *Pierce v. Society of Sisters*, julgado em 1925, a Corte decidiu pela insubsistência da lei do Estado do Oregon, que obrigava as crianças a frequentarem somente as escolas públicas. A liberdade dos pais em decidirem sobre a educação dos filhos foi, neste caso, abrigada pelo devido processo.

Em 1942, no caso *Skinner v. Oklahoma*, decidiu o Pretório Excelso da nação americana pela invalidade de lei estadual que determinava a esterilização compulsória de pessoa condenada pela terceira vez consecutiva por crime grave e punido com pena de prisão. A liberdade de procriar é direito fundamental, merecedor da proteção do *due process of law*.

Dentro desse contexto de proteção aos direitos fundamentais não econômicos, se assim se pode denominar, dois casos controvertidos são expressivos para demonstrar a incidência do princípio.

O primeiro é o famoso caso *Griswold v. Connecticut*, julgado em 1965, onde a Corte Suprema entendeu inconstitucional a proibição legislativa da utilização de

---

<sup>121</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido...**, p. 69.

<sup>122</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo...**, p. 120.



métodos anticoncepcionais. O direito de privacidade deve ser o regente das relações conjugais, reconheceu o julgado, e a utilização de técnicas anticoncepcionais constitui uma segunda geração daquele direito.

O segundo caso foi julgado em 1973. Trata-se do caso *Roe v. Wade*, onde foi julgada a validade constitucional do aborto. Estava sendo questionada a validade da lei do Estado do Texas, reproduzida por quase todos os demais Estados americanos, incriminadora do aborto, permitindo este apenas nos casos de recomendação médica e com a finalidade exclusiva de salvar a vida da gestante. No caso concreto, tratava-se de um recurso de apelação em que havia sido condenada em primeira instância a grávida Jane Roe e o médico Hallford, pois havia sido praticado aborto fora da hipótese legal.

Por maioria simples, a Corte confirmou a absolvição dos acusados, decisão prolatada pela Justiça Estadual, declarando, ao mesmo tempo, inconstitucional toda a legislação que punia o aborto. Com isso, a Corte garantiu o direito da mulher de decidir se quer ou não ter filho, podendo interromper voluntariamente a gravidez.

Os casos acima elencados demonstram a interpretação construtiva dada pela jurisprudência americana ao *substantive process of law* e sua evolução tão necessária para a consolidação da proteção das liberdades públicas nos Estados Unidos da América e sua influência posterior em vários países democráticos, pois “por sua imensurável riqueza exegética, a regra do *devido processo legal* serviu para escancarar as porteiras da imaginação criadora daqueles constitucionalmente incumbidos de amoldar a ordem jurídica aos mutantes anseios de justiça prevalentes em cada tempo e lugar.”<sup>123</sup>

Neste sentido é a lição de Maria Rosynete Oliveira Lima:

---

<sup>123</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido...**, p. 77.

A Declaração de Direitos – o *Bill of Rights* – deixou uma porta aberta para a entrada e expansão dos novos direitos da sociedade do porvir. Os redatores da Nona Emenda pressupuseram, expressamente, a existência de um corpo substancial de direitos não-especificamente enumerados, e que eram, naquela ocasião, incapazes de os listar. Eles comporiam os conhecidos *direitos fundamentais implícitos* no ordenamento jurídico.<sup>124</sup>

Em síntese, pode-se afirmar que a cláusula do devido processo teve inicialmente um sentido e interpretação nitidamente processual, passando, com o tempo, a ganhar um sentido substantivo, baseado principalmente num critério de razoabilidade (*reasonableness*), com uma proteção mais ampla, sem distinguir-se sentido substancial e sentido processual.

Posteriormente, a interpretação do sentido substantivo da cláusula chegou a uma fase de julgamentos extremos (período do New Deal), com julgamentos de questões substancialmente políticas. A seguir, entretanto, foram deixados de lado os excessos, tendo a Corte se orientado no sentido de garantir as liberdades civis, não mais as econômicas. Como ensina Ada Pellegrini Grinover,

Hoje, podemos afirmar que a cláusula é interpretada no sentido de eliminar qualquer obstáculo injustificado à tutela dos direitos individuais, substancial ou processual que seja. Desse modo, haverá violação da *due process clause* não somente onde forem desarrazoadas as formas técnicas de exercício dos poderes processuais, mas também onde a própria configuração dos *substantive rights* possa prejudicar sua tutela, condicionando 'irrazoavelmente' o resultado do processo.<sup>125</sup>

Luis Roberto Barroso resume de maneira clara as fases do devido processo substantivo, quando afirma que

...o reconhecimento dessa dimensão substantiva do devido processo legal passou por três fases distintas e de certa forma cíclicas, que incluem: a) sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 30; b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; c) seu

<sup>124</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo..., p. 126.

<sup>125</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias...**, p. 38.

renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte, sob a presidência de Earl Warren. Presentemente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o ativismo judicial vive um momento de refluxo.<sup>126</sup>

Demonstrando a necessidade de uma interpretação do princípio sem restrições, Rui Portanova afirma que atualmente o objetivo do princípio não é somente as garantias processuais, pois, “adaptado à instrumentalidade, o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial.”<sup>127</sup>

#### 2.2.4 A duração razoável do processo como garantia decorrente do princípio do devido processo legal

Inicialmente, antes de se buscar demonstrar que a garantia da duração razoável do processo decorre da cláusula do devido processo legal, por uma questão de premissa metodológica e a fim de evitar futuras confusões com os termos utilizados, há que se fazer, ainda que de maneira sucinta, uma distinção básica entre princípios, normas, regras, direitos e garantias.

---

<sup>126</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 201.

<sup>127</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do...**, p. 146. José Laurindo de Souza Netto esclarece a necessidade de uma prática democrática, principalmente por parte dos juizes, como decorrência do devido processo: “Inobstante ser uma cláusula até certo ponto indeterminada, de onde emana vários outros princípios, interpreta-se a expressão ‘devido processo legal’ como exigência dos operadores do direito, mormente o juiz, de uma prática democrática, sobretudo conforme a Constituição. [...] O princípio, na sua acepção mais nobre, é um instrumento de libertação da jurisprudência das amarras das normas que se tornam conflitantes com a realidade social que se espera num estado democrático de direito. [...] Para tanto, é preciso que isto se faça mesmo realidade, prática cotidiana, nas mãos de todos; mas, principalmente, dos juizes.” SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal. Modificações da Lei dos Juizados Especiais**. 1.ed. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 64 e 71.

As diversas acepções do termo princípio, enunciadas na doutrina e na jurisprudência, têm como traço comum a normatividade. Neste sentido, há que se enumerar os conceitos de princípio recolhidos em investigação doutrinária realizada por Riccardo Guastini,<sup>128</sup> os quais, em razão de suas variantes, se referem a disposições normativas: i) princípios são normas providas de um alto grau de generalidade; ii) princípios são normas providas de um alto grau de indeterminação, que requerem concretização por via interpretativa para que possam ser aplicados a casos concretos; iii) princípios são normas de caráter programático; iv) princípios são normas de elevada posição na hierarquia das fontes do direito; v) princípios são normas que desempenham função fundamental no sistema jurídico como um todo, ou num de seus subsistemas; vi) princípios são normas cuja função é fazer a escolha de outras disposições normativas aplicáveis aos casos singulares.

Assim, não há como negar o caráter normativo dos princípios, pois não apenas servem eles de critério para a elaboração de outras normas, como também consistem, eles próprios, em normas dotadas de vigência e obrigatoriedade.<sup>129</sup>

Historicamente, a tese da normatividade dos princípios prevaleceu. Demonstrou-se que o caráter normativo dos princípios não estaria comprometendo a segurança jurídica, pois não se estaria abrindo, com ele, o caminho para um *direito livre*. Ao contrário, estaria sendo proporcionada ao juiz uma orientação segura na busca da solução adequada ao caso e, além disso,

---

<sup>128</sup> GUASTINI, Riccardo. **Principi del diritto**. Dalle fonti alle norme. Turim: Giappichelli, 1990, p. 112-120.

<sup>129</sup> Neste sentido: VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da fungibilidade**. Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21-31.

fixando um limite para eventual arbítrio, garantindo que a decisão proferida não estivesse em desacordo com os fundamentos do sistema jurídico.

A obra de Alexy contribuiu para que prevalecesse a tese da normatividade dos princípios. Foi ele um dos que instituiu a distinção entre princípios e regras. Não se valendo apenas do critério da generalidade, afirmou que os princípios são normas dotadas de um grau de generalização bem mais elevado do que o das regras.<sup>130</sup>

Segundo o jurista alemão, em razão de sua generalidade, os princípios podem contribuir de maneira essencial para resolver o problema das lacunas no direito, sem que se ponha em risco a exigência da segurança jurídica. Se for considerado um modelo de sistema jurídico dotado unicamente de regras, não haverá solução para as situações inusitadas, casos difíceis que não foram previstos pelo legislador.<sup>131</sup> Já um sistema unicamente de princípios também não é o ideal, precisamente porque a indeterminação dessas normas colocaria em risco a segurança jurídica. Desta forma, o melhor modelo de sistema jurídico é aquele dotado de princípios e regras, único que permite, havendo lacunas na lei, que se recorra a outras normas dotadas de força vinculante (os princípios), decidindo-se sempre com base em critérios jurídicos.<sup>132</sup>

Assim, princípios e regras são espécies do gênero norma jurídica. E, como tal, ambos são dotados de generalidade. A generalidade dos princípios, no entanto, é indiscutivelmente maior que a das regras: a regra jurídica é geral, por ser “estabelecida para regular um número indeterminado de atos ou fatos”; e, o

---

<sup>130</sup> Veja-se, a respeito da distinção entre princípios e regras: ALEXY Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 159-177.

<sup>131</sup> ALEXY, Robert. **El concepto...**, p. 166.

<sup>132</sup> ALEXY, Robert. **El concepto...**, p. 168.

princípio jurídico é dotado de um grau bem maior de generalidade, “pelo fato de comportar uma série indefinida de aplicações”.<sup>133</sup>

Mais do que isto, para Alexy os princípios são “mandamentos de otimização”, enquanto as regras são “mandamentos definitivos”.<sup>134</sup> Isto é, os princípios são normas que impõem que algo seja realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Essas possibilidades jurídicas estão determinadas não apenas pelas regras, mas, também – e essencialmente – por princípios opostos. Os princípios são, assim, “suscetíveis de ponderação”. A aplicação das regras, por sua vez, não necessita de ponderação, podendo-se utilizar unicamente o critério da subsunção do fato à norma<sup>135</sup>. A diferença proposta, entretanto, não diz absolutamente nada. Trata-se de um típico conceito indeterminado. Além do mais, não traz critérios para se demonstrar como se realiza a ponderação, de que forma e com qual peso, tornando arbitrária a ponderação, visto que o critério estará, por óbvio, na cabeça de quem pondera.

O próprio Alexy afirma que as diferenças entre regras e princípios se mostram – ainda mais claramente – no modo de solução para eventuais conflitos entre normas.<sup>136</sup> O conflito de regras se resolve pelo critério da *validade*, ou seja, haverá de ser introduzida numa das regras uma cláusula de

---

<sup>133</sup> Essa é a constatação de J. Boulanger, citada por Jean-Louis Bergel (BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 110).

<sup>134</sup> ALEXY, Robert. **El concepto...**, p. 162.

<sup>135</sup> Afirmando estar superada a distinção que se fazia entre princípio e norma, Luís Roberto Barroso ensina: “A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e...**, p. 141).

<sup>136</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e...**, p. 162-165.

exceção, ou declara-se nula uma das regras em conflito.<sup>137</sup> Já a colisão de princípios se resolve pelo critério do *valor*. Significa que, se alguma conduta é vedada por um princípio, mas permitida por outro, há que se fazer a devida ponderação, e um deles deve ceder, privilegiando-se o outro.<sup>138</sup> Mesmo assim, ambos continuam válidos, sem que lhes seja introduzida qualquer cláusula de exceção.

Como se mencionou linhas acima, tradicionalmente se aponta como principal característica do princípio a generalidade (maior que a das regras). Mas, além dela, atribui-se aos princípios a característica da fecundidade, por serem fonte de criação, interpretação e aplicação das regras jurídicas. Segundo Domenico Farias, a idéia de fecundidade evidencia que “os princípios são a alma e o fundamento de outras normas”. Explica este autor que a fecundidade se traduz nas duas funções primordiais dos princípios: a interpretativa e a integrativa, pelas quais eles “orientam a interpretação das leis obscuras” ou “servem para suprir-lhes o silêncio”.<sup>139</sup>

Aponta-se, ainda, entre as funções dos princípios a de explicar o Direito. Segundo Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, a função explicativa dos princípios desdobra-se em dois sentidos. Em primeiro lugar, os princípios têm a capacidade de sintetizar uma grande quantidade de informações, decorrendo, daí, que a análise de poucos princípios permite entender como funciona todo um sistema, ou seja, o conjunto do ordenamento jurídico e até mesmo sua

---

<sup>137</sup> Confirma-se a lição de Alexy: “Ambas normas se contradicen. La una permite lo que la otra prohíbe. Si ambas fueran válidas (...) la contradicción es eliminada declarando nula a una de las dos normas y, con ello, excluyéndola del orden jurídico.” (ALEXY, Robert. **El concepto...**, p. 163).

<sup>138</sup> “Las colisiones de principios no tienen lugar en la dimensión de la validez sino que se dan, dado que sólo pueden entrar en colisión principios válidos, dentro del sistema jurídico en la dimensión de la ponderación” (ALEXY, Robert. *Idem*, p. 164).

<sup>139</sup> FARIAS, Domenico. **Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali**. *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 245-246.

relação com o sistema social. Em segundo lugar – mais importante, para os autores citados – os princípios permitem entender o Direito não como um simples conjunto de regras, mas, como um conjunto ordenado, dotado de sentido. Permitem entendê-lo como um sistema, portanto.<sup>140</sup>

As posições doutrinárias acima referidas são suficientes para registrar que, de modo geral, reconhece-se que os princípios têm uma tríplice função: a de fundamento do sistema jurídico; a de critério para a interpretação das outras normas; e, a de fonte integradora do ordenamento jurídico, suprimindo as lacunas da lei ou servindo como recurso diante dos defeitos das regras positivadas. E o reconhecimento dessas funções, dada a sua relevância, fez com que – obedecendo-se a um critério de prioridade – fosse-lhes atribuída a mais elevada carga normativa (levando-os ao mais alto grau na esfera do direito positivo) e se tornassem as normas supremas do ordenamento jurídico. É o fenômeno da constitucionalização dos princípios, que se deu gradativamente, passando da fase programática (de mínima normatividade) a outra de maior importância, caracterizada pela objetividade, pela normatividade máxima.

Hoje se reconhece, então, que os princípios constitucionais reúnem todos os fundamentos da ordem jurídica e, por conseguinte, da organização do poder. Mas, cumpre registrar que, a despeito de sua relevância, nem sempre os princípios – constitucionais ou não – são expressos em textos. Sua existência não decorre, necessariamente, da expressa menção em dispositivos legais. Alguns deles são reconhecidos e consagrados pela jurisprudência, podendo ser inferidos até mesmo das regras positivadas. Afinal, se os princípios constituem o fundamento do sistema jurídico, é certo que dele podem ser extraídos.

---

<sup>140</sup> ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre principios y reglas. **Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho**. Universidad de Alicante, n. 10, p. 114, 1991.



Na lição de Luís Roberto Barroso, os princípios constitucionais são a “síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”, as premissas básicas de um dado ordenamento jurídico, que indicam “o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos”.<sup>141</sup> Sob essa mesma ótica, Paulo Bonavides assevera que os princípios constitucionais são “o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema”.<sup>142</sup>

Entretanto, é preciso ir além. Antes de tudo, é preciso entender que o ordenamento é um sistema e os princípios possuem uma importância vital para a sua configuração. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho conceituou sistema jurídico como o

*conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação e costurados por um princípio unificador, formam um todo pretensamente orgânico destinado a uma determinada finalidade. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina.*<sup>143</sup>

O sistema é, pois, o ponto de partida para a compreensão do ordenamento e dos princípios. Além disso, e isto é de suma importância, há um princípio unificador, em torno do qual os temas jurídicos circulam, formando o todo. Como bem observou Marco Antonio Lima Berberi, é necessário sempre se tomar o sistema como algo aberto, com a porta de acesso aberta, onde os fatores externos possam entrar e influenciar sua formação e reprodução, tendo em conta que o conhecimento é sistêmico. Conclui o autor que o princípio tem

---

<sup>141</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e...**, p. 142-143.

<sup>142</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...**, p. 261.

<sup>143</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. In: **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

na configuração do sistema extrema importância, sendo, em verdade, o seu fundamento.<sup>144</sup> Os valores fundamentais estão em constante mudança e o sistema da ordem jurídica deve estar aberto para receber a mutabilidade.<sup>145</sup>

Prosseguindo-se na análise, torna-se imperativa, pois, a distinção entre lei, princípio, regra e norma, a fim de que possa entender exatamente a normatividade dos princípios. Neste ponto, é imprescindível a lição de Franco Cordero:

“Nessuno, con gli occhi aperti, crede più all’identità testo-norma, illusoriamente asserita dagli illuministi devoti alla ‘Lei’ e relativa mitologia, o alle fiabe spacciate dall’Ecole de l’exégèse sull’ermeutica-scienza esatta: da una formula escono tanto norme quante sono le teste dissidenti: finchè non sopravvenga un fatto abrogativo, i testi durano immobili ma il senso muta e correlativamente variano le norme, nel tempo e nello spazio; in mano a un tribunale paranoicamente codino l’art. 528 c.p. incrimina anche ‘Les fleurs du mal’; letture ciniche o ispirate da zelo progresistico diluiscono qualunque oscenità. Il testo è un fatto grafico. Le norme sono prodotti mentali. I soli a non capirlo può darsi che siano alcuni vecchi magistrati inclini alla protesta collerica. Non stiamo postulando una nichilistica equivalenza delle conclusioni: ne sfilano tante, variamente classificabili; alcune suonano bene, altre meno, in una gamma dall’ovvio al delirante; bisogna che le passiamo al vaglio ma, più o meno ragionevoli, contano quelle imposte dai banchi giudiziari.<sup>146</sup>”

<sup>144</sup> BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 76 e 77. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho bem observou: “Parece não ser viável, portanto, não levar em consideração a penetração, *queira-se ou não*, de elementos *inconscientes*, completamente arredios ao *sistema*, no *ato decisional da jurisdição*, por exemplo. Isso, por sinal, sempre se soube, tanto quanto procurou-se manter intocável, *dado o império da razão*, se se toma como ponto de análise a experiência cotidiana. Aqui, *os elementos externos ao sistema* penetram nele sem qualquer controle, até porque, deles, nada se sabe, a não ser os resultados. Alguma *certeza*, sem embargo, tem-se, mas não aquela farisaicamente pretendida a partir de um *a priori* legal.” *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal*. In: **Direito e neoliberalismo**. Curitiba: Edibej, 1996, p. 54.

<sup>145</sup> Neste sentido, ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 281.

<sup>146</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 17-18. Tradução livre: Ninguém, com os olhos abertos, acredita mais na identidade texto-norma, ilusoriamente afirmada pelos iluministas devotos à ‘lei’ e a relativa mitologia, ou fábulas difundidas pelas Escolas de exegese sobre a hermenêutica-ciência exata: a partir de uma fórmula nascem tantas normas quanto são as cabeças dissidentes; enquanto não sobrevenha um fato ab-rogativo, os textos continuam imutáveis mas o sentido muda e correlativamente variam as normas no tempo e no espaço; nas mãos de um tribunal paranoicamente permanece o artigo 528 c.p. incrimina também ‘as flores do mal’; leituras cínicas e inspiradas pelo zelo dos projetos diluem qualquer obscenidade. O texto é um fato gráfico. As normas são produtos mentais. Os únicos a não compreendê-las podem ser que sejam alguns velhos magistrados propensos ao protesto colérico. Não estamos postulando uma niilística equivalência das conclusões: surgem tantas, várias classificações; algumas soam bem, outras menos, em uma gama do óbvio ao delirante; é necessário que as selecionemos de modo racional, incluindo aquelas impostas pelos bancos judiciais.

A lei é, pois, um fato gráfico, nada mais. Já a regra é um critério de valor contido na lei, sem conteúdo. Por fim, a norma é o sentido dado pelo intérprete à norma. Analisando a posição do intérprete, Eros Roberto Grau leciona que a interpretação é um processo intelectual através do qual o intérprete, partindo das fórmulas lingüísticas contidas no texto, estabelece um conteúdo normativo. Desta forma, segundo Grau, o intérprete produz a norma. Assim, o interpretar é atribuir um significado a um ou mais símbolos lingüísticos escritos em um enunciado normativo. O produto do ato de interpretar é assim o significado atribuído ao texto.<sup>147</sup>

Com essa nova perspectiva, criou-se uma nova teoria hermenêutica, desfilada das correntes positivistas. Neste sentido, Marco Antonio Lima Berberi:

A hermenêutica positivista funcionava perfeitamente para as normas enquanto modelo de subsunção eminentemente formal, entre descrição normativa e realidade, não se podendo, todavia, nela se encaixar a interpretação dos princípios, justamente por não serem claros os elementos deônticos, o que demonstra a dificuldade de se identificar a conduta que deveria ser levada a efeito. Esta é a razão pela qual o positivismo jurídico não conferiu, aos princípios, sua normatividade, fazendo deles meros figurantes no sistema jurídico.

O principal ponto de relevância desta nova mirada é que, pela primeira vez, dá-se a possibilidade de o intérprete *criar* as normas *sem culpa*, ou seja, assim o faz porque é seu mister, por sinal como se percebe todos os dias, mormente quando se freqüentam os foros e os tribunais. A diferença é que, agora, do intérprete, cobra-se uma postura ideológica, uma assunção, não se lhe permitindo esconder-se atrás de um discurso *neutral*, descompromissado e marcado pela retórica fácil de projeção psicanalítica (principalmente), através da qual atribui a outrem a *sua* posição.

Em democracia, cada um responde – e deve responder – por *seus* atos e posições porque, se for o caso, deve ter respeitado o seu espaço de agir. Afinal, é nisso que se consubstancia o respeito pela diferença, único espaço em que se pode forjar a democracia.<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> GRAU, Eros Roberto. **La doppia destrutturazione del diritto**. Milano: Edizione Unicopli, 1996, p. 59.

<sup>148</sup> BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios...** obra citada, p. 85-86.

Assim, norma e regra são conceitos distintos, não podendo ser confundidos. Tanto as regras como os princípios servem para a criação de normas, que são, como dito, produto mental do intérprete.

Já o princípio é aquele que está no lugar primeiro, ou melhor, “está no lugar do antes, do anterior ao primeiro momento.”<sup>149</sup> Jacinto Nelson de Miranda Coutinho explica:

A par de se poder pensar em *princípio* (do latim *principium*) como sendo início, origem, causa, gênese, aqui é conveniente pensá-lo(s) como *motivo conceitual sobre o(s) qual(ais) funda-se a teoria geral do processo penal*, podendo estar positivado (na lei) ou não.

Por evidente, falar de *motivo conceitual*, na aparência, é não dizer anda, dada a ausência de um referencial semântico perceptível aos sentidos. Mas quem disse que se necessita, sempre, pelos significantes, dar conta dos significados? Ora, nessa impossibilidade é que se aninha a nossa humanidade, não raro despedaçada pela arrogância, sempre imaginária, de ser o homem o senhor absoluto do circundante; e sua razão o *summum* do seu ser. Ledo engano!; embora não seja, definitivamente, o caso de desistir-se de seguir lutando para tentar dar conta, o que, se não servisse para nada, serviria para justificar o motivo de seguir vivendo, o que não é pouco, diga-se *en passant*.

De qualquer sorte, não se deve desconhecer que dizer *motivo conceitual*, aqui, é dizer *mito*, ou seja, no mínimo abrir um campo de discussão que não pode ser olvidado mas que, agora, não há como desvendar, na estreiteza desta singela investigação. Não obstante, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um *antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido*. Nesta parca dimensão, o *mito* pode ser tomado como *a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito*. Daí o *big-bang* à física moderna; Deus à teologia; o *pai primevo* a Freud e à psicanálise; a *Grundnorm* a Kelsen e um mundo de juristas, só para se ter alguns exemplos.<sup>150</sup>

A partir do antes exposto, há que se destacar, por outro viés, que o direito processual, em especial o processual penal, é fundamentalmente determinado pela Constituição da República – o que muitos ainda infelizmente não compreenderam. Assim, os institutos processuais são informados por princípios

<sup>149</sup> BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios...** obra citada, p.119.

<sup>150</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista de Estudos Criminais n.º 1. Porto Alegre: Nota Dez, 2001.

constitucionais ou seus corolários, concebendo-se, por isso, a existência de uma *tutela constitucional do processo*. E é nesse contexto que Antônio Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco observam: “A própria constituição se incumbe de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça”.<sup>151</sup>

Como consequência, a razoabilidade da duração do processo é garantia decorrente ou dedutível do princípio do devido processo legal e a ela, em razão disso, deve ser dado o tratamento e a dignidade conferida ao próprio princípio.

Já no tocante aos direitos e garantias, há entre eles, segundo Jorge Miranda, distinção, pois

...os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.<sup>152</sup>

Mais adiante, referindo-se às garantias, Miranda observa que, “enquanto objecto de preceitos constitucionais, a sua função própria é a de protecção das pessoas e estas podem nelas se firmar para defender a sua personalidade.”<sup>153</sup>

Numa análise da Constituição da República de 1988, verifica-se que as garantias individuais e os direitos alcançaram o mesmo patamar, visto que ambos

---

<sup>151</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 74.

<sup>152</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV (direitos fundamentais). 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 95.

<sup>153</sup> MIRANDA, Jorge. Idem, p. 98.

são denominados ‘cláusulas pétreas’, erigidas a esta condição no artigo 60, § 4.º, IV, da Carta Maior.<sup>154</sup>

Neste sentido é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, ao afirmar que na doutrina pátria as garantias apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação de todos os direitos por elas protegidos. Um direito fundamental pode se exprimir pela norma de garantia, quando nesta se encontra subentendido.<sup>155</sup>

Os dispositivos elencados no artigo 5.º da Constituição da República de 1988, especialmente os pertinentes ao direito penal e ao processo penal, enquadram-se na categoria de direitos-garantia, isto é, são garantias que possuem mais que uma função instrumental: podem ser consideradas autêntico direito subjetivo.<sup>156</sup>

Roberto Rosas recorre a Ruy Barbosa para trazer a seguinte distinção: “... Direito é a faculdade reconhecida natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia, ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados, de ocorrência mais ou menos fácil.”<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> Referindo-se à questão da necessidade de critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, mas perfeitamente pertinente ao tema aqui exposto, Salo de Carvalho leciona que “os direitos fundamentais adquirem, pois, *status* de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do ‘bem comum’. Os direitos fundamentais - direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.” (CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17).

<sup>155</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 178-185.

<sup>156</sup> Mais do que outorgar ou não ao indivíduo um direito subjetivo, que depende da análise de cada caso concreto, a importância da classificação exposta acima reside no fato de resguardar as garantias contra o legislador infraconstitucional, na opinião de Ingo W. Sarlet. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 184).

<sup>157</sup> ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**. Princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 12. O autor, infelizmente, não cita a obra de Ruy Barbosa de onde foi extraída a citação.

Portanto, no tocante ao devido processo legal, pode-se afirmar tratar-se de um verdadeiro princípio, do qual emanam inúmeras garantias, equiparadas a direitos no sistema brasileiro, servindo estas como instrumentos para efetivar o princípio em apreço, garantindo a todos o acesso a um processo justo.<sup>158</sup>

Especificamente em relação às garantias derivadas do devido processo, apesar de não haver um rol único e comum, em virtude também da fluidez do conceito do princípio objeto do trabalho, existem algumas que são ponto comum entre os doutrinadores.

No aspecto substancial, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci destacam que o princípio do devido processo legal determina a imperiosidade da “elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais.”<sup>159</sup>

No tocante ao aspecto processual, os autores antes mencionados destacam a imperiosidade da aplicação judicial das normas jurídicas, através de um efetivo processo e ainda a necessidade de que haja uma paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial. Destacam ainda que as garantias decorrentes do devido processo dizem respeito diretamente ao acesso à justiça, ao juiz natural, ao tratamento paritário dos sujeitos processuais, à plenitude de defesa, à publicidade dos atos processuais, à motivação dos atos decisórios e à **fixação de prazo razoável de duração do processo**,<sup>160</sup> a cujo rol podem ser elencadas ainda

---

<sup>158</sup> Analisando o sistema brasileiro, Nelson Nery Júnior assevera que “bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5.º seria absolutamente despicienda. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5.º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.” (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3.ed. São Paulo: RT, 1996, p. 40.

<sup>159</sup> TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 18.

<sup>160</sup> TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela...**, p. 18-19.

a presunção de inocência e o contraditório, este, aliás, intimamente ligado à plenitude de defesa.

No mesmo sentido, entendendo que a natureza jurídica do direito ao processo no prazo razoável está diretamente ligada ao princípio do devido processo legal, deve ser lembrada a lição de Aury Lopes Júnior e Gustavo Badaró, para quem "...é correto enquadrar o direito a um processo no prazo razoável ou sem dilações indevidas como um corolário ou elemento do devido processo legal."<sup>161</sup>

Alejandro Carrió considera esse direito como derivado do direito de defesa, garantido pela Constituição, o que representa também uma derivação do devido processo, visto que também a ampla defesa nada mais é do que uma garantia que advém da cláusula do *due process*.<sup>162</sup>

Ressalte-se ainda a posição de Viagas Bartolome<sup>163</sup>, que entende o direito a um processo sem dilações indevidas como corolário ou uma específica manifestação do direito a uma efetiva tutela jurisdicional, o que se aproxima em muito do devido processo legal.

Portanto, em síntese, pode-se afirmar que o direito ao processo no prazo razoável ou ainda sem dilações indevidas é garantia decorrente do princípio do devido processo legal, reconhecida historicamente e motivo de preocupação por grande parte da doutrina, o que demonstra a importância da garantia e a influência

---

<sup>161</sup> LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 19.

<sup>162</sup> CARRIÓ, Alejandro. **Garantias constitucionales en el proceso penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 207.

<sup>163</sup> VIAGAS BARTOLOME, Plácido Fernandez. **El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**. Madrid: Civitas, 1994, p. 27. Merece destaque, também, a posição de Nicolò Troker, para quem o direito ao processo em prazo razoável está ligado ao direito de ação e de defesa, que devem possuir dimensão e conteúdo de efetividade também no aspecto temporal, sendo que a duração irrazoável equivale a uma violação ao direito à tutela jurisdicional. (TROKER, Nicolò. **Processo civile e Costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 278-279).



que deve possuir no processo, visto que está intimamente ligada à condição finita do ser humano.

## 2.2.5 As Declarações Internacionais de Direitos e a preocupação com o prazo razoável

As primeiras manifestações de preocupação com a duração razoável do processo ou com a sua tramitação sem dilações indevidas, de modo mais claro e sistemático, surgem nas declarações internacionais de direitos humanos, no século passado.

O primeiro texto moderno que mostrou preocupação com a questão da prestação jurisdicional e de um processo justo foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948.<sup>164</sup> Esta preocupação se encontra inscrita no artigo X, que prescreve: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”<sup>165</sup>

Apesar de não fazer referência direta à razoabilidade da duração do processo, influenciou diretamente os documentos que vieram a seguir, especialmente a Convenção do Conselho da Europa para Salvaguarda dos Direitos e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, mais conhecida,

---

<sup>164</sup> Foi adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

<sup>165</sup> Ainda que não de forma direta, há que ser considerado também o artigo XI, 1, que versa: “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” Ao buscar assegurar todas as garantias necessárias à defesa, por certo está se referindo também ao processo num tempo razoável.

entretanto, como Convenção Européia dos Direitos do Homem e ainda como Convenção de Roma.<sup>166</sup>

O artigo 6.º, parágrafo 1.º, estabelece regra geral para os processos: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, eqüitativa e publicamente, **num prazo razoável** por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.”<sup>167</sup> [grifou-se]

Já no artigo 5.º, parágrafo 3.º, traz a seguinte prescrição: “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1.º, c, do presente artigo, deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e **tem o direito a ser julgado num prazo razoável**, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure o comparecimento do interessado em juízo.” [grifou-se]

Posteriormente, sobreveio o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas<sup>168</sup> em 16 de dezembro de 1966.<sup>169</sup> Neste documento também se estabeleceu a necessidade de julgamento

---

<sup>166</sup> No que diz respeito à citada influência, é de se ressaltar que a Convenção de Roma, em seu preâmbulo, expressamente afirma: “considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas...”

<sup>167</sup> Merece destaque também o artigo 6.º, que prescreve: “O acusado tem, no mínimo, os seguintes direitos: parágrafo 3.º, b) dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa.”

<sup>168</sup> Resolução n. 2200-A, da (XXI) Assembléia Geral das Nações Unidas.

<sup>169</sup> O Pacto em questão foi recepcionado no Brasil através do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, assinado pelo então Presidente da República, Fernando Collor de Mello. O Congresso Nacional já havia aprovado o texto do referido Diploma Internacional por meio do Decreto Legislativo n. 226(1), em 12 de dezembro de 1991. A Carta de Adesão ao Pacto fora depositada em 24 de janeiro de 1992 e entrou em vigor para o Brasil em 24 de abril de 1992.

em prazo razoável, devendo ser ressaltado ainda que foi a primeira vez que se utilizou a expressão “sem dilações indevidas”, referindo-se ao julgamento.<sup>170</sup>

O citado documento, em seu artigo 9.º, n.º 3, assim dispõe:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal, deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções e **terá o direito de ser julgada em prazo razoável** ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.  
[grifou-se]

Já o artigo 14, 3, estabelece: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: **c) de ser julgado sem dilações indevidas.**” [grifou-se]

Finalmente, em nível de tratados e convenções internacionais, há que se ressaltar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de dezembro de 1969.<sup>171</sup>

O seu artigo 7.5. prescreve: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e **tem o direito de ser julgada em prazo razoável** ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”  
[grifou-se]

---

<sup>170</sup> Neste sentido, Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró. (LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo...**, p. 22).

<sup>171</sup> O Pacto entrou em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978. O Brasil, que subscreveu a Convenção, só depositou a carta de adesão em 25 de setembro de 1992. O Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção. Finalmente, a promulgação se deu por meio do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no Diário Oficial do dia 9 de novembro de 1992.

Já o artigo 8.1. estabelece: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” [grifou-se]

Conforme ressaltado por Aury Lopes Júnior e Badaró,<sup>172</sup> a análise dos diplomas acima citados demonstra a existência de três situações distintas, que aparentemente podem se mostrar semelhantes, mas que apresentam alcance diverso e conseqüências distintas: i) o direito a um processo de qualquer natureza, em prazo razoável ou sem dilações indevidas; ii) o direito a um processo penal em prazo razoável ou sem dilações indevidas; iii) o direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado num prazo razoável ou sem dilações indevidas.

A primeira situação, qual seja, o direito a um processo de qualquer natureza (civil, penal, trabalhista...), em prazo razoável ou sem dilações indevidas, está prevista no artigo 6.º, § 1.º, da Convenção Européia de Direitos Humanos, bem como no artigo 8.1. da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Já a segunda situação, qual seja, o direito a um Processo Penal em prazo razoável ou sem dilações indevidas, vem prevista também no artigo 6.º, § 1.º, da Convenção Européia de Direitos Humanos, visto que ela engloba os processos de qualquer natureza, bem como no artigo 14, n.º 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966. Aliás, este Pacto somente prevê o direito a

---

<sup>172</sup> LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo...**, p. 19-20.

juízo no prazo razoável para o Processo Penal. Por fim, também a Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 8.1., prevê esta possibilidade.

Por fim, a terceira situação, qual seja, o direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado num prazo razoável ou sem dilações indevidas, está prevista no artigo 5.º, § 3.º, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no artigo 9.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e ainda no artigo 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, isto é, em todos os diplomas internacionais aqui tratados.

Os diplomas internacionais acima citados, cientes dos malefícios que o processo traz ao cidadão, mostram claramente a preocupação com a sua duração num prazo razoável, especialmente o Processo Penal, e ainda dão enfoque especial aos casos que envolvam prisão cautelar, demonstrando a provisoriedade que deve ela ter, bem como a necessidade de uma solução processual definitiva para esses casos especialmente.

#### 2.2.6 A Emenda Constitucional 45/2004

A Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004,<sup>173</sup> que trata da reforma do Poder Judiciário, dentre outras alterações, inseriu o inciso LXXVIII no artigo 5.º da Constituição da República, com o seguinte conteúdo: “a todos, no

---

<sup>173</sup> A referida emenda tramitou durante 13 anos para ser aprovada. Neste aspecto é interessante a reflexão trazida por Cláudio Cintra Zarif: “Logo de início, salta aos olhos a incoerência de que, para se assegurar a rapidez no curso dos processos, tenham sido despendidos 13 anos de tramitação do projeto, o que por si só já demonstra como são lentos e burocráticos os trâmites legais em nosso país.” (ZARIF, Cláudio Cinto. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Orgs.) **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 139).

âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

O inciso em questão trouxe de modo explícito o princípio ou a garantia da duração razoável do processo, o que não constituiu novidade ou mudança radical na prestação da tutela jurisdicional por parte do Estado brasileiro.<sup>174</sup> A Emenda tão-somente declarou um princípio já implícito na Constituição.

A previsão expressa contida na Constituição da República do princípio do devido processo legal (*due process of law*)<sup>175</sup> faz dele decorrer a garantia de um processo justo, realizado dentro de um prazo razoável. Numa análise voltada para o Direito Processual Penal, o princípio ora em comento desdobra-se e diz respeito direta e prioritariamente sobre determinadas garantias, que devem ser respeitadas a fim de que possa haver o regular desenvolvimento do processo, ou melhor, a fim de que se tenha um processo justo. A duração razoável do processo é, sem dúvida, uma das garantias decorrentes diretamente do devido processo, conforme já exposto anteriormente.<sup>176</sup>

Além de ser decorrência implícita do princípio do devido processo, a garantia do processo no prazo razoável e sem dilações indevidas também já fazia parte do ordenamento jurídico pátrio em razão de a Convenção Americana sobre Direitos

---

<sup>174</sup> Neste sentido, Araken Assis. (ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Orgs.) **Processo e...**, p. 195).

<sup>175</sup> Artigo 5.º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

<sup>176</sup> Neste sentido: BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 116 e ss.; TUCCI & TUCCI, **Devido processo...**, p. 19. Ainda, José Celso Melo Filho preleciona que: “a cláusula do devido processo legal, que é ampla, abrange, dentre outros, os seguintes direitos e princípios: (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 a 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.” [grifou-se] A Tutela Judicial da Liberdade. RT 526 / 298-299

Humanos ter sido recepcionada pelo artigo 5.º, § 2.º, da Constituição da República<sup>177</sup>. Desta forma, a Emenda Constitucional em comento tão somente explicitou uma garantia que já faz parte dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição.

Por fim, cabe destacar que a inserção do inciso LXXVIII no artigo 5.º da Constituição da República expressou o direito à razoável duração do processo a processos de qualquer natureza, isto é, civil, penal, trabalhista, administrativo, etc., bem como a procedimentos no âmbito administrativo, não sendo mais necessário se invocar o artigo 6.º, § 1.º, da Convenção Européia de Direitos Humanos, bem como o artigo 8.1. da Convenção Americana de Direitos Humanos para que referidos direitos pudessem ser reconhecidos.<sup>178</sup> A grande incógnita, entretanto, é saber se o comando terá realmente efetividade e se o poder público disporá ou criará os meios que garantam a celeridade da tramitação dos processos judiciais e dos procedimentos administrativos, conforme prevê a Emenda Constitucional.

### 2.2.7 A recepção dos tratados pelo direito brasileiro

Ao se tratar dos diplomas internacionais, invariavelmente surge a questão da recepção dessas normas pelos ordenamentos jurídicos pátrios, para a verificação da

---

<sup>177</sup> Art. 5.º, § 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.

<sup>178</sup> É válida neste sentido a reflexão trazida por Aury Lopes Júnior e Gustavo Badaró: “De outro lado, a constitucionalização do direito ao julgamento no prazo razoável afasta o tormentoso problema da eficácia e da hierarquia das Convenções Internacionais no âmbito do ordenamento interno de cada país. Supera-se a discussão em torno das teorias monista ou dualista do ordenamento jurídico, sobre a validade da norma internacional no plano interno da legislação de cada Estado. Elimina-se, igualmente, o problema relacionado com o anterior, do nível hierárquico das normas internacionais em face das normas nacionais. Perde razão de ser, também, séria dissidência sobre a sucessão de leis no tempo.” (LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo....**, p. 34-35).

sua integração ou não e os efeitos e conseqüências provenientes da sua aceitação.<sup>179</sup>

No direito brasileiro, tem prevalecido a tese da paridade, consistente na equivalência entre a lei ordinária e o tratado internacional, os quais, embora distintos, convivem dentro de igual hierarquia. Conseqüentemente, com a incorporação de um tratado, há a revogação das leis internas anteriores incompatíveis com as normas do texto internacional. De outra forma, havendo lei nova posterior ao tratado, a vigência deste acaba sendo suspensa, incidindo o princípio *lex posterior derogat priori*.<sup>180</sup>

A Constituição da República de 1988 prescreve no artigo 5.º, parágrafo 2.º, que “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”.

Conforme se verifica, a Constituição, quando de sua promulgação, silenciou sobre a posição dos tratados na hierarquia das leis, deixando essa tarefa a cargo do intérprete e do próprio Poder Judiciário, gerando, assim, interpretações diversas e posições divergentes.

---

<sup>179</sup> Andréa Pacheco Pacífico expõe as dificuldades encontradas neste campo do direito: “Ao tratar das relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional, temos de levar em consideração que este é um dos assuntos mais polêmicos enfrentados pelo Direito e que mais conflitos e divergências suscita. Devido ao Princípio da Soberania, da Igualdade entre os Estados e da Autodeterminação dos Povos, entre outros, os Estados mantêm certa distância no que concerne à incorporação das normas internacionais em seus Direitos Internos; tanto é que, hodiernamente, a prevalência é do Direito Internacional sobre o Direito Interno, excetuando-se a Carta Constitucional de cada Estado.” (PACÍFICO, Andréa Pacheco. **Os Tratados Internacionais e o Direito Constitucional Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 19).

<sup>180</sup> Esta é lição de Aury Lopes Júnior e Gustavo Badaró. Referidos autores identificam a possibilidade de existência de quatro sistemas possíveis quando se trata da relação dos tratados com o direito interno de uma nação: i) a hierarquia supraconstitucional dos tratados; ii) a hierarquia constitucional dos tratados; iii) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; iv) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal. (LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo...**, p. 24). No mesmo sentido, Flávia Piovesan. (PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988**. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 153, ago. 2005, p. 8).



Entretanto, na lição de Flávia Piovesan,

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.<sup>181</sup>

Os direitos fundamentais possuem, sem dúvida, natureza materialmente constitucional, devendo, assim, as normas sobre eles previstas nos tratados internacionais serem reconhecidas como de hierarquia constitucional.<sup>182</sup> A previsão expressa no artigo 5.º, § 2.º, se assim não fosse entendida, ficaria esvaziada de sentido.<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. **Boletim...**, p. 52. Antônio Augusto Cançado Trindade esclarece: “Assim, a novidade do art. 5.º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente de garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631). No mesmo sentido, a lição de Canotilho: “Um topos caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos ‘direitos do homem’ como *ratio essendi* do Estado Constitucional. Quer fossem considerados como ‘direitos naturais’, ‘direitos inalienáveis’ ou ‘direitos racionais’ do indivíduo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma dimensão projectiva de comensuração universal.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 18).

<sup>182</sup> Até porque os demais tratados, isto é, os que não versam sobre direitos humanos, possuem hierarquia infraconstitucional, conforme se deflui do art. 102, III, *b*, da Constituição da República de 1988, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, “as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.”

<sup>183</sup> Importante a Lição de Flávia Trevisan neste sentido: “Todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma norma constitucional se pode dar interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, **à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais**. Como observa Canotilho, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais ‘é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais – no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior

Entretanto, há muito, ou melhor, desde 1977, a jurisprudência vem entendendo pela paridade jurídica entre o tratado internacional e a lei federal,<sup>184</sup> posição esta que não pode ser aceita, pois, na linha de pensamento de Flávia Piovesan,

Acredita-se, ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial com o valor da dignidade humana – que é valor fundante do sistema constitucional. Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5.º,

---

eficácia aos direitos fundamentais”. (PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. **Boletim...**, p. 59). [grifou-se]

<sup>184</sup> Neste sentido, o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 80.004, em 1977. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Convenção de Genebra, lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal, impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do decreto-lei n. 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela as leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec. Lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido.** R.H.C. N. 80.004, de Sergipe. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Acórdão de 01 de junho de 1944. Diário da Justiça, Brasília, 29 dez. 1977, p. 915). Anteriormente, há diversos julgamentos entendendo pela primazia do direito internacional sobre a legislação federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tratado internacional. Sua força quanto as leis que regulam os casos nele estabelecidos. Só por leis que a ele se refiram expressamente, pode ser revogado. Imposto. Como deve ser cobrado.** Apel. Cível N. 9.587, do Distrito Federal. Relator: Min. Lafayette de Andrada. Acórdão de 21 de agosto de 1951. Diário da Justiça, Brasília, 18 out. 1951, p. 28). Assim, houve verdadeiro retrocesso na matéria, ressaltando que em 1995 (posterior, pois, à Constituição da República de 1988), houve julgamento mantendo a tese anterior (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **“Habeas corpus”. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. “Habeas corpus” indeferido, cassada a liminar concedida.** R.H.C. N. 72.131, do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 23 de novembro de 1995. Diário da Justiça, Brasília, 01 ago. 2003, p. 103). Ainda, cita Flávia Piovesan o Pedido de Extradicação nº 07, de 1913, em que o STF declarava estar vigente, bem como ser plenamente aplicável um tratado, conquanto houvesse uma lei posterior contrária a ele, bem como a Apelação Cível nº 7812, de 1943, onde se observa a afirmação de que a lei não revoga o tratado. (PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. **Boletim...**, p. 62).

§ 2.º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados.<sup>185</sup>

Assim, pode-se concluir que o direito brasileiro adotou um sistema misto disciplinador dos tratados. Ou seja, existe um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um regime aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto o primeiro regime apresenta hierarquia constitucional, o segundo apresenta hierarquia infraconstitucional, aplicável a todos os tratados outros, que não versem sobre direitos humanos.<sup>186</sup>

Há que se observar, ainda, que com a aprovação da Emenda 45/2004, foi incluído o parágrafo 3.º ao artigo 5.º, o qual possui a seguinte redação: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Nada obstante já ser possível se extrair do art. 5.º, § 2.º, da Constituição de 1988, a hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos humanos, o § 3.º, inserido ao citado artigo, veio, segundo Flávia Piovesan, a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando a tese da existência de um regime misto, antes explicitado. A única diferença, a partir da Emenda, é que, já sendo os tratados anteriores normas materialmente constitucionais, a sua aprovação agora com o *quorum* estabelecido no § 3.º, os torna também formalmente constitucionais. No tocante aos tratados

---

<sup>185</sup> PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. **Boletim...**, São Paulo, n. 153, ago. 2005, p. 64-65.

<sup>186</sup> PIOVESAN, Flávia. *Idem*, p. 67-68.

ratificados anteriormente à Emenda, deve prevalecer o entendimento de que também possuem hierarquia constitucional.<sup>187</sup>

Portanto, possuindo os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos hierarquia constitucional, devem assim ser respeitados, cabendo aos poderes públicos, especialmente ao Poder Judiciário, dar correta interpretação à Constituição e buscar fazer valer a efetividade das normas trazidas nestes documentos internacionais, normas essas garantidoras dos direitos humanos, especialmente na seara criminal, onde, de forma mais sensível, se sente a necessidade do respeito devido a esses direitos.

---

<sup>187</sup> Os tratados ratificados anteriormente foram aprovados por ampla maioria, tanto na Câmara dos Deputados, como no Senado Federal, excedendo, inclusive, o *quorum* dos três quintos dos membros de cada casa. O fato de não terem sido aprovados por dois turnos de votação, mas por um único turno, se deu porque o procedimento dos dois turnos sequer era previsto. (PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. Boletim...*, p. 71-72).

## Capítulo 3 – Tempo razoável, processo e procedimento

### 3.1 A histórica preocupação com o tempo

Todo acusado tem a prerrogativa de que seu processo termine tão logo seja possível. Essa prerrogativa tem sido traduzida por várias expressões, tais como prazo razoável, o direito do acusado a ser julgado sem dilações indevidas ou injustificadas, ou ainda o direito a um juízo rápido, bem como o direito do acusado a obter, do modo mais rápido possível, um pronunciamento definitivo sobre sua situação frente à lei penal. Todas as fórmulas citadas traduzem e constituem um mesmo alcance: “el imputado goza de un derecho constitucional subjetivo según el cual su proceso debe finalizar definitivamente dentro de un plazo que asegure un enjuiciamiento expeditivo”.<sup>1</sup>

As reclamações sobre a lentidão da resposta estatal são históricas. Na *Constitutio Properandum*, Justiniano recomenda medidas a fim de que os litígios não se prolonguem interminavelmente e não excedam a duração da vida dos homens, limitando inclusive a duração das causas penais a dois anos.<sup>2</sup> Em Roma, Constantino já havia determinado a duração máxima de um ano para as causas penais<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> PASTOR, Daniel Roberto. **El plazo razonable en el proceso del estado de derecho**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 2002, p. 48. “O imputado (acusado) goza de um direito constitucional subjetivo segundo o qual seu processo deve acabar dentro de um prazo que assegure um ajuizamento expedito.” Tradução livre.

<sup>2</sup> *Constitutio Properandum* (Código, Livro III, Título I, Lei 13).

<sup>3</sup> Conforme MOMMSEN, Theodor. **Derecho penal romano**. Bogotá: Temis, 1991, p. 308.

A *Magna Charta Libertatum*, de 1215, prescrevia que não deveriam ser retardados ou negados nem o direito, nem a justiça.<sup>4</sup> Alfonso X, o Sábio, determinava, em suas Sete Partidas, que nenhum juízo penal poderia demorar mais de dois anos.<sup>5</sup>

Em 1764, Beccaria advertia para a necessidade de o processo terminar no mais breve espaço de tempo possível, pois quanto mais rápida fosse a pena a ser aplicada e mais próxima estivesse do delito, seria mais justa e útil.<sup>6</sup> Feuerbach, cinquenta anos mais tarde, acentuava que o não demorar é uma obrigação dos juízes.<sup>7</sup>

O problema da demora na prestação jurisdicional persiste na atualidade. Daniel Pastor reconhece duas razões que explicam a subsistência da questão: a primeira, de ordem fática, consiste na demora endêmica da administração da justiça penal em terminar os inúmeros processos, sempre em aumento, em tempos humanamente aceitáveis. A segunda razão, de natureza jurídica, está nas interpretações dadas, sobretudo, mas não só jurisprudencialmente, aos alcances do direito fundamental do acusado a ser julgado dentro de um prazo razoável.<sup>8</sup>

O fundamento para a inserção de um lapso de tempo para o término do processo e a conseqüente resposta estatal reside na própria natureza, vista no seu sentido cosmológico. Isto é, o homem está inserido nesse cosmos temporal, não sendo admissível qualquer conotação como a dada a partir da modernidade para o

---

<sup>4</sup> Artigo 40: To no one we will sell, to no one deny or delay righth or justice. Tradução livre: a ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça.

<sup>5</sup> Lei 7, título 29, partida 7: otrosí mandamos que ningún pleyto criminal non pueda durar más de dos años.

<sup>6</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro, 2000, p. 59.

<sup>7</sup> FEUERBACH, Anselm Ritter Von. Die Hohe Würde des Richteramts (1817), in: **Kleine Schriften vermischten Inhalts**. Nürnberg, 1833, p. 132, citado por PASTOR, Daniel Roberto. **El plazo...**, p. 50.

<sup>8</sup> PASTOR, Daniel Roberto. Idem, p. 50.

tempo, que o tornou artificial, fazendo perder o sentido do cosmos, essencial para a vida humana.

### 3.2 O processo e suas finalidades

Antes de se analisar a questão do tempo e seus reflexos no direito, especialmente no processo penal, objetivo central deste capítulo, há que se tratar, mesmo que sucintamente, da relação existente entre processo e constituição, visto que atualmente não há como se fazer qualquer referência àquele sem que esteja subentendida a sua relação com a Constituição da República, que efetivamente o embasa e lhe dá a condição de importância que hoje representa dentro do mundo jurídico.<sup>9</sup>

Superando a pecha de ‘direito adjetivo’ ou ainda de ‘acessório’ do direito material, o processo ganhou autonomia, graças, principalmente, aos estudos dos processualistas do século XIX, passando a ser visto de forma independente, com princípios, objeto e características próprias. Indispensável, neste sentido, a lição de Jorge de Figueiredo Dias:

O direito processual penal constitui, em certo sentido que precisaremos já, *uma parte do direito penal*. O direito processual e o direito substantivo penal formam uma *unidade*, derivada da função específica que a esta extensa região do Direito compete: só através do direito processual logra o direito substantivo, ao aplicar-se aos casos reais da vida, a realização ou concretização para que originalmente tende. [...] a concretização do direito penal substantivo exige uma *regulamentação complementar* que discipline a

---

<sup>9</sup> Luiz Antônio Câmara, referindo-se ao processo, anota que “a ligação estreita com a matriz constitucional é facilmente explicável: não há outro momento da vida coletiva em que o indivíduo se coloque tão à mercê do Estado como quando é criminalmente acusado. A desproporção de forças, em tal momento, é avassaladora. Com o fito de atenuar a vulnerabilidade do acusado ganham corpo as normas que ostentam garantias de seus direitos, a serem opostas à atuação estatal de molde a torná-la não abusiva.” (CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória**. Lineamentos e princípios do Processo Penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997, p. 27).

investigação e esclarecimento do crime concreto e permita a aplicação da consequência jurídica àquele que, com a sua conduta, realizou um tipo de crime. Esta regulamentação complementar é constituída pelo direito processual penal, que, implicando a fixação das ‘condições e dos termos do movimento processual destinados a averiguar se um certo agente praticou um certo facto e qual a reacção que lhe deve corresponder’, se pode funcionalmente definir como *a regulamentação jurídica da realização do direito penal substantivo, através da investigação e da valoração do comportamento do acusado da prática de um facto criminoso*. Do exposto deriva que a relação entre direito penal e direito processual penal é, sob diversos pontos de vista, uma *relação mútua de complementaridade funcional* que, só ela, permite também concebê-los como participantes de uma mesma unidade.<sup>10</sup>

Atualmente, o processo não pode mais ser visto de forma isolada, mas deve sim ser interpretado e analisado em conformidade com a Constituição da República, pois nela está baseado e nela encontra a sua legitimidade.<sup>11</sup> Aliás, “...na Constituição nascem as regras fundamentais da diretriz processual, sem as quais o legislador ordinário não teria condições de delimitar seu campo legislativo.”<sup>12</sup> Há que se afirmar mais. Não só o legislador, mas também o Poder Judiciário busca na Constituição as diretrizes básicas para a correta aplicação das regras processuais.

Não é sem razão que se afirma que não basta a existência de um processo qualquer, mas há necessidade de se criarem mecanismos e condições materiais que possibilitem a realização da justiça – ou de um processo justo – segundo a ideologia expressa pela Constituição. Há que se superar, através do processo, a igualdade

---

<sup>10</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. 1.ed. 1974, reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 23-28. Aury Lopes Júnior destaca que “a independência conceitual e metodológica do Direito Processual com relação ao direito material foi uma conquista fundamental. Direito e processo constituem dois planos verdadeiramente distintos no sistema jurídico, mas estão relacionados pela unidade de objetivos sociais e políticos, o que conduz a uma relatividade do binômio direito-processo (substance-procedure)” (LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 12-13).

<sup>11</sup> Roberto Rosas propõe a seguinte distinção: “A norma constitucional é a matriz da qual surgem princípios e institutos de direito processual chamado Direito Processual Constitucional individual, norma de direito processual que, por seu caráter de fundamentalidade na disciplina do processo tem encontrado colocação na carta constitucional. Ao contrário, o Direito Constitucional Processual trata do processo constitucional (legitimação constitucional). Já o Direito Processual Constitucional compreende todos os princípios de institutos constitucionais do Direito Processual (Renzo Provinciale)”. ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**. Princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 12.

<sup>12</sup> ROSAS, Roberto. Idem, p. 13.



meramente jurídica para se postular garantias efetivas e acessíveis a todos.<sup>13</sup>

Aury Lopes Júnior afirma com propriedade a necessidade do processo penal ser orientado e substancialmente democratizado pela Constituição – democrática que é a brasileira – não podendo ser tolerado “...um processo penal autoritário e típico de um *Estado-Policial*, pois o processo deve adequar-se à Constituição e não vice-versa.”<sup>14</sup>

Os preceitos constitucionais influenciam todas as demais leis componentes do ordenamento jurídico e estas devem ser editadas à luz daqueles,<sup>15</sup> especialmente as leis processuais penais que são o complemento necessário daqueles preceitos<sup>16</sup>. Oliveira afirma, com razão, que o processo penal brasileiro estrutura-se a partir do devido processo constitucional.<sup>17</sup>

Dentro deste enfoque, é indispensável ser salientada a lição de Geraldo Prado ao afirmar que:

...a Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há, portanto, de existir e se desenvolver a relação processual penal, forçando-se, assim, a adaptação do modelo vigente antes de 1988. Tal estado de coisas reflete a perspectiva da base processual especialmente como garantia constitucional, instrumentalizada ordenadamente, conforme

<sup>13</sup> Neste sentido, ver GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 23.

<sup>14</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de...**, p. 22.

<sup>15</sup> As normas editadas anteriormente ao novo texto constitucional devem, necessariamente, ser interpretadas a partir da nova Carta. Neste sentido, é precioso o parecer do Procurador Lênio Luiz Streck, do qual se extrai a seguinte passagem: “...as correntes críticas do direito apontam para a necessária filtragem hermenêutico-constitucional do sistema jurídico, fazendo com que todo o ordenamento fique contaminado pelo ‘vírus’ constitucional. A questão é tão grave que o grande jurista Jiménez de Azúa chegou a propor que, quando da promulgação de uma nova Constituição, todos os códigos deveriam ser refeitos, para evitar o mau vezo de se continuar a aplicar leis não recepcionadas ou recepcionadas apenas em parte pelo novo topos de validade, que é o texto constitucional.” (citado por CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 106). No mesmo sentido: SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

<sup>16</sup> Neste sentido, ver TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 15.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 169.

os princípios constitucionais, de maneira a permitir a adequada fruição dos direitos de ação e de defesa, na busca da justa solução do conflito de interesses penal.<sup>18</sup>

No mesmo sentido, Julio Maier destaca que uma das funções do processo é exatamente a proteção pessoal, visto que a superação da vingança de sangue se traduziu exatamente na evolução secular mediante a criação do poder penal do Estado que, entretanto, acabou por concentrar poder de tal forma que a persecução estatal e a busca da verdade como metas do Processo Penal culminaram com a Inquisição e sua afirmação de princípios e valores absolutos.<sup>19</sup>

Sendo uma das finalidades do processo ser o meio pelo qual o Estado procura tornar concreta a atividade jurisdicional, há que se ressaltar que essa finalidade deve estar centrada nos princípios protetivos do indivíduo garantidos pela Constituição. Esta é, pois, a sua segunda finalidade, conforme leciona Afrânio Silva Jardim:

A sua escolha [do processo] como meio para a concretização da atividade jurisdicional, em si mesma, implica em juízo de valor. Ao utilizar-se [sic] do processo estruturado tal qual se encontra hoje, o Estado procura atingir aquele escopo já referido da melhor forma possível, vale dizer, atuando de forma autoritária sem violentar as garantias individuais. Sob esse aspecto, o processo é um fator de garantia dos cidadãos, pois limita e disciplina a forma de intervenção estatal na composição das *lides*. Este aspecto é mais saliente no processo penal.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 55.

<sup>19</sup> MAIER, Júlio Bernardo J. **Derecho procesal penal**. Tomo I. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2002, p. 89.

<sup>20</sup> SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito processual penal**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 63. Não é possível concordar com o autor citado quando ele utiliza o termo 'lide', conceito este incabível para o processo penal. Neste sentido, ver a obra de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1999. Sobre as finalidades do processo, vale destacar ainda a lição de Gomes Filho: "Não é exagerado afirmar, como fazem Vescovi e Vaz Ferreira, que o processo constitui a primeira e mais fundamental garantia do indivíduo, pois é por meio desse instrumento que se realiza a proteção efetiva dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição." (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28).

O crescimento do poder penal do Estado trouxe consigo um evidente decréscimo das condições de liberdade e segurança dos indivíduos, fazendo com que ocorresse uma revolução política que significou o passo para outro extrato da evolução social, qual seja, a sociedade moderna, que, segundo Maier, caracteriza-se:

...por la participación y consenso de los individuos para fijar las formas y metas del orden social, y sus límites, mediante acuerdos racionales y, en especial, por la intervención de los afectados en la solución de los conflictos sociales que los tiene por actores. Esto equivale a la necesidad de poner límites que eliminen, en lo posible, el abuso de ese poder, que logren para el individuo afectado un marco de garantías y una intervención efectiva en el desarrollo y solución del conflicto, procedimiento que, como se verá, relativiza las metas que se propone la administración de justicia penal del Estado. Esta forma de proceder, vinculada a la persecución penal, supone la afirmación de valores del individuo que, por su mayor jerarquía, se antepone a los mismos que persigue el enjuiciamiento penal, fines que de esta manera ya no se conciben como absolutos, sino que resultan subordinados a la observancia de aquellos valores fundamentales.<sup>21</sup>

Portanto, inseparáveis Processo e Constituição. A efetividade daquele, dentro de um Estado Democrático de Direito, somente será possível se realmente for interpretado a partir desta, diretriz maior para a construção de um processo devido. Como bem lembrou Lenio Luiz Streck, “...é necessário ressaltar...que o direito processual penal...não deve ser, conforme bem lembra Hassemer, outra coisa senão direito constitucional aplicado.”<sup>22</sup> Aliás, antes já bem observara José Frederico

---

<sup>21</sup> MAIER, Júlio Bernardo J. Idem, p. 89-90. ...pela participação e consenso dos indivíduos para fixar as formas e metas da ordem social, e seus limites, mediante acordos racionais e, em especial, pela intervenção dos afetados na solução dos conflitos sociais que os têm por atores. Isto equivale à necessidade de colocar limites que eliminem, dentro do possível, o abuso deste poder, que logrem para o indivíduo afetado um marco de garantias e uma intervenção efetiva no desenvolvimento e solução do conflito, procedimento que, como se verá, relativiza as metas às quais se propõe a administração da justiça penal do Estado. Esta forma de proceder, vinculada à persecução penal, supõe a afirmação de valores do indivíduo que, por sua maior hierarquia, se antepõem aos mesmos que persegue no ajuizamento penal, de modo que desta maneira já não se concebem como absolutos, senão que resultam subordinados à observância daqueles valores fundamentais. Tradução livre.

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

Marques:

Na área bem configurada dos preceitos que regem e disciplinam o funcionamento da Justiça Penal, o postulado da legalidade constitucional se faz presente de maneira toda própria, por meio de influxo direto e imediato. A atuação do juiz penal [...] vem disciplinada no Direito Processual, que é um dos ramos das ciências jurídicas de mais íntimo e próximo contato com os preceitos constitucionais; visto que regula o exercício da atividade jurisdicional. E como a jurisdição é atividade específica de um dos órgãos da soberania nacional, isto é, do Poder Judiciário – patente está que a atividade estatal, realizada no processo, não pode fugir de constante aproximação com os textos constitucionais. Falava, por isso, o pranteado EDUARDO COUTURE que as normas processuais são *'el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución'*. E ENRICO TULLIO LIEBMAN ressaltou, por sua vez, que o Direito Processual é disciplina onde se trata da regulamentação do exercício 'de uma das funções fundamentais do Estado, qual a de fazer justiça e assegurar a integridade e vitalidade da ordem jurídica, de par com a contribuição para definir e garantir a personalidade dos indivíduos oferecendo-lhes meios para a defesa de seus bens mais preciosos'. Donde as peculiaridades que no processo se registram da influência direta e constante das regras jurídico-constitucionais. [Enrico Tullio Liebman. *Diritto Costituzionale e Processo Civile*. *Rivista di Diritto Processuale*, 1952, p. 328]. Se isto é exato e incontroverso para o Direito Processual em geral, mais visível e marcante ainda se apresenta em se cuidando de preceitos processuais destinados a regular a Justiça Penal. Já escreveu F. MANDUCA, no século passado, que o processo penal 'é parte essencial do moderno Direito político ou constitucional dos Estados livres'. [El Procedimiento Penal y su Desarrollo Científico. Tradução de Angel Pintos y Pintos. S.d. p. 22]. E o nosso incomparável JOÃO MENDES JUNIOR, ao definir o processo criminal, ensinava que este tem seus princípios, que se encontram fundamentalmente consagrados nas constituições políticas, e a seguir dizia que as 'Leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais' e 'as formalidades do processo', por sua vez, 'as atualidades das garantias constitucionais'. [O Processo Criminal Brasileiro, 1911, 2.ed., volume I, p. 8.] Na 'Justiça Penal' está em jogo o mais precioso dos bens jurídicos do indivíduo: o seu *jus libertatis*. Compreensível é, por isso, que todas as constituições, como o observa LUCCHINI, ao regular a vida jurídica das nações livres, tragam, 'disposições destinadas a fixar os fundamentos das garantias processuais' [Elementi di Procedura Penale, 1921, p. 7].<sup>23</sup>

### 3.3 A instrumentalidade garantista do Processo Penal

Um Processo Penal realmente democrático e de estrutura acusatória deve estar preocupado precipuamente com as garantias do sujeito passivo, ou seja, do acusado ou investigado. É ele o parâmetro para qualquer modificação evolutiva

---

<sup>23</sup> FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de direito processual penal**. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 79-80.

desse ramo do direito<sup>24</sup>, pois em torno dele gira todo o processo e ninguém mais do que ele tem interesse no seu desenvolvimento regular e justo.

Não possuindo finalidade em si mesmo, a não ser pelos objetivos que tem a cumprir, o Processo Penal é o instrumento adequado e necessário para a concretização do Direito Penal, sem que haja com isso relação de dependência, mas sim de complementaridade<sup>25</sup>. A imposição de pena ao delito somente pode se dar por meio do processo. Há uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo. Assim, segundo Aury Lopes Júnior, ao atual modelo de Direito Penal mínimo corresponde um Processo Penal garantista.<sup>26</sup>

Tendo o Direito Penal um caráter fragmentário, visto constituir um sistema descontínuo, devendo proteger apenas os bens jurídicos mais fundamentais, deve esse ramo do Direito caminhar para uma intervenção progressivamente reduzida, sempre voltado e atento aos direitos e garantias do indivíduo, isto é, deve ser o Direito Penal um instrumento de manutenção da paz social e, ao mesmo tempo, de limitação do poder punitivo do Estado.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, ver Aury Lopes Júnior. (LOPES JR., Aury. **Sistemas de...**, p. 2. Destaque-se também a posição de Paulo Rangel: "...a pretensão processual penal (...) tem o escopo não só de aplicar as sanções descritas nas normas penais violadas, mas, primordialmente, assegurar ao indivíduo acusado os direitos previstos na Constituição de seu país. (...) O processo penal assim tem uma função garantista dada ao cidadão de que todos os direitos previstos na Constituição lhe serão assegurados...".(RANGEL, Paulo. O garantismo penal e o aditamento à denúncia. **Revista de estudos criminais !TEC**, Sapucaia do Sul: Notadez, n. 4, p. 55-56, 2001).

<sup>25</sup> Além da 'relação mútua de complementaridade funcional', já explicitada anteriormente (nota 10), Figueiredo Dias observa que "o processo penal é *autônomo* relativamente ao direito substantivo. Com isto não se contesta a muitas vezes afirmada (com particular insistência por certa doutrina italiana) *instrumentalidade* daquele perante este no plano em que v. g. qualquer ramo do direito é 'instrumental' face ao direito constitucional. Só se acentua que uma tal instrumentalidade funcional não pode pôr em causa a *autonomia teleológica*, perante o direito substantivo, que ao processo advém por lhe corresponder um interesse material específico: o da realização concreta da própria ordem jurídica." FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual...** obra citada, p. 33.

<sup>26</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de...**, p. 6.

<sup>27</sup> Alice Bianchini leciona que a intervenção mínima do Direito Penal pode ser entendida sob três perspectivas reciprocamente complementares: a) a utilização do Direito Penal deve ficar circunscrita às situações que não possam ser resolvidas por outros meios ao dispor do Estado (princípio da necessidade); b) o Direito Penal só deve atuar na esfera dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência humana (princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos); c) a

Neste sentido, merece destaque a posição de Rodrigo Sánchez Rios:

Não obstante a legitimidade da tutela de um bem jurídico, requer-se ainda a verificação da necessidade de que este valor coletivo seja merecedor da proteção penal. E esta só pode ser assumida sob o prisma do princípio da intervenção mínima. O caráter subsidiário do Direito Penal como *ultima ratio* da política social implica a utilização mínima do Direito Penal somente quando outros meios menos lesivos encontrem-se insuficientes para enfrentar condutas socialmente reprováveis.<sup>28</sup>

Desde o ponto de vista garantista, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho advertem que "...o direito penal – como última ratio – alcança (ou melhor, deveria alcançar) apenas situações que não encontram soluções em outros ramos do próprio direito (civil, administrativo) e em defesa de situações limites (comportamentos graves à convivência humana), dirigida à defesa da liberdade contra o intolerante máximo, enfim a desbanalização do próprio direito penal."<sup>29</sup>

Violado um bem protegido penalmente, surge para o Estado a possibilidade – o dever – de investigação do fato. O único meio possível a ser utilizado será a invocação da tutela jurisdicional, através do devido processo judicial. A imposição da sanção somente será legítima se efetivada através do processo. A estatização da pena faz parte do desenvolvimento experimentado pelo Direito Penal, limitando o poder de perseguir e punir, que somente pode ser exercido mediante o processo judicial e pelo Estado.

A instrumentalidade do Processo Penal, segundo Aury Lopes Júnior, reside no fato da impossibilidade de se aplicar qualquer sanção sem que haja o devido

---

ofensa deve causar um abalo social e a proporção daquela deve justificar a intervenção penal (princípio da ofensividade). (BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28-29).

<sup>28</sup> RIOS, Rodrigo Sanchez. **Tutela penal da seguridade social**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 15.

<sup>29</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e...**, p. 110.

processo, mesmo no caso de consentimento do acusado. Este ponto demonstra que o caráter instrumental do Processo Penal é mais destacado do que no Processo Civil. Aliás, essa instrumentalidade é o fundamento da existência do Processo Penal, com uma característica especial, qual seja, **o Processo Penal é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais.**<sup>30</sup>

Para Luigi Ferrajoli, o garantismo:

...no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales: los cuales –de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos- representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos ‘artifícios’ – como los llamó Hobbes – que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia.<sup>31</sup>

Numa visão garantista, a legitimidade da jurisdição e a independência do Poder Judiciário fundamenta-se no reconhecimento de suas funções de garantidores dos direitos fundamentais inseridos na Constituição. Neste aspecto, a função do juiz é garantir os direitos do acusado no Processo Penal, não podendo ficar inerte ou passivo diante de violações ou ameaça de lesões aos direitos fundamentais garantidos e consagrados pela Carta Maior<sup>32</sup>.

Conforme a lição de Salo de Carvalho, o modelo garantista baseia-se num

<sup>30</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de...**, p. 11-13.

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. 2.ed. Madri: Trotta, 1997, p. 28-29. Não tem nada que ver com o mero legalismo, formalismo ou processualismo. Antes de tudo, consiste na tutela dos direitos fundamentais: os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de sobrevivência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles ‘artifícios’ – como os chamou Hobbes – que são o direito e o estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia. Tradução livre.

<sup>32</sup> Nesse sentido Aury Lopes Júnior assevera que “o juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais (atendendo ao princípio da verdade formal).” (LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de...**, p. 14).

paradigma de racionalidade do sistema jurídico e num processo de maturidade da civilização. Assim, “trata-se fundamentalmente de esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada”.<sup>33</sup>

Para o garantismo, a sujeição do juiz à lei não pode ser entendida como sujeição à letra da lei, mas sim sujeição à lei enquanto válida e coerente com a Constituição. Segundo José Luis Serrano,

La validez de una norma no depende sólo de su promulgación o de su vigencia espacial, material, personal, competencial, procedimental o temporal; sino también de un juicio de coherencia estático, de contenido o sustancial que confronta a la norma com el sistema jurídico en su totalidad, incluyendo dentro a la constitución histórica.<sup>34</sup>

A legitimação democrática da jurisdição se dá e se baseia na figura do juiz como garante dos direitos fundamentais<sup>35</sup>. Segundo Diego Duquelski Gomez, a democracia em referência não é a política, mas sim a democracia substancial, que não deriva necessariamente da vontade da maioria – chegando por vezes a opor-se a esta -, mas deriva sim da garantia dos direitos fundamentais.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 87.

<sup>34</sup> SERRANO, José Luis. **Validez y vigencia**. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 106. A validade de uma norma não depende somente de sua promulgação ou de sua vigência espacial, material, pessoal, concorrencial, procedimental ou temporal; senão também de um juízo de coerência estático, de conteúdo ou substancial que confronte a norma com o sistema jurídico em sua totalidade, incluindo a constituição histórica. Tradução livre.

<sup>35</sup> É importante o juiz ter consciência do seu papel e das condicionantes que o cercam: “Por estar o *o um-julgador* desde sempre no mundo, isto é, por existir, *ser-ai* (**Heidegger**), encontra-se vinculado aos condicionantes culturais, criminológicos, midiáticos, ideológicos, inconscientes, dentre outros, que se materializam no *ato* decisório, sem que se possa, *ex ante*, fixar-se como acontecerá a decisão.” MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror**. Florianópolis: Habitus Editora, 2005, p. 226.

<sup>36</sup> GOMEZ, Diego J. Duquelsky. **Entre a lei e o direito**. Uma contribuição à teoria do direito alternativo. Tradução de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 92.



Luigi Ferrajoli sustenta o garantismo em cinco princípios básicos, que não de ser o suporte do Processo Penal: jurisdicionalidade em sentido amplo (*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*); inderrogabilidade do juízo; separação das atividades de julgar e acusar (*nullum iudicium sine accusatione*); presunção de inocência do imputado; contradição.<sup>37</sup> Aury Lopes Júnior acrescenta ainda o princípio da fundamentação das decisões judiciais, como integrante desse suporte garantista.<sup>38</sup>

Adauto Suannes resume, com maestria, o que pode ser denominado um verdadeiro processo penal garantista:

A menos que a segurança do Estado se sobreponha aos interesses fundamentais da pessoa humana – o que já implica em opção política -, o processo penal somente pode ser considerado, tal qual deve ser nos regimes democráticos, como garantia do acusado. Garantia porque parte da necessidade de o autor (o Estado) provar a acusação que faz; garantia porque substitui os processos inquisitoriais e os procedimentos sigilosos pelo processo público, em que o acusado tem até mesmo a garantia de inviolabilidade em relação a seu corpo e sua mente (*habeas corpus*); garantia porque o estado se comprometeu a designar um técnico, um *peritus ars dicendi ac probandi*, para falar pelo réu (*ad-vocatus*); garantia porque o Estado que acusa não é, por ficção jurídica, o Estado que julga, donde ser ele obrigado a mostrar as razões de seu convencimento.<sup>39</sup>

### 3.4 Os prazos no Direito Processual Penal brasileiro

Em certo sentido, o processo é considerado ou é exercido através de uma seqüência de atos, concatenados, que visam atingir uma finalidade, qual seja, a decisão sobre o caso em apuração. O sentido semântico do vocábulo significa ir adiante, continuar, demonstrando o aspecto temporal que envolve o processo.

Tempo e processo caminham juntos, não podem ser separados. Bem

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y...**, p. 732-734.

<sup>38</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de...**, p. 15-16.

<sup>39</sup> SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 219.

analisado, o tempo determina o processo. Neste sentido é necessário ressaltar a posição de Aury Lopes Júnior, tal qual que

O processo não escapa do tempo, pois ele está arraigado na sua própria concepção, enquanto concatenação de atos que se desenvolvem, duram e são realizados numa determinada temporalidade. O tempo é elemento constitutivo e inafastável do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo, mas também na gravidade com que serão aplicadas as penas processuais, potencializadas pela (de)mora jurisdicional injustificada.<sup>40</sup>

Determinados anteriormente e na seqüência devida, os atos a serem praticados, componentes do processo, devem sê-lo dentro de determinados limites de tempo. Essas frações de tempo constituem os prazos. Esses são, pois, os espaços que decorrem entre dois momentos.<sup>41</sup>

O processo, imaterial, materializa-se pelos procedimentos criados, que nada mais são do que o caminho a ser seguido até a decisão final do caso penal<sup>42</sup>. Todo rito implica em forma, que traduz ao final garantia. Assim, não se pode abrir mão da forma, eis que é ela que garante o devido processo.<sup>43</sup>

Calmon de Passos aborda de forma elucidativa a necessidade de respeito aos ritos:

Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, de rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir.

---

<sup>40</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 92-93.

<sup>41</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Prazos no processo penal**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991, p. 14.

<sup>42</sup> A expressão “caso penal” é utilizada para mostrar a insuficiência do conceito de lide e mesmo de lide penal para tratar do conteúdo do Processo Penal. A análise mais profunda sobre o tema pertence a Miranda Coutinho. (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989).

<sup>43</sup> Neste sentido: GOMES, Décio Alonso. **(Des)aceleração processual: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 9.

Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daquele a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter o direito de oferecer suas razões) a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para se permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer). Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, desformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escandalosa anti-democracia que se pode imaginar.<sup>44</sup>

A estipulação de prazos para a prática dos atos processuais não constitui mero capricho do legislador, mas tem uma razão de ser, calcada em critérios rigorosos, sobre os quais repousaria a vontade do legislador, existindo assim a denominada lógica dos prazos.<sup>45</sup>

Essa lógica é garantia individual, que visa não atropelar os direitos fundamentais do cidadão, evitando que este se torne refém da arbitrariedade estatal. Assim, a imposição de prazos rígidos teria o condão de forçar o poder estatal a resolver os processos dentro de determinado lapso temporal.<sup>46</sup>

Entretanto, o que se verifica é que nem sempre, para se utilizar de um eufemismo – ou quase nunca – o poder estatal utiliza critérios rigorosos para a fixação de prazos, não havendo cuidadosa consideração sobre a razoabilidade do tempo para o desenvolvimento e término do processo.

---

<sup>44</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69-70.

<sup>45</sup> Esta é a idéia defendida por Adriano Sérgio Nunes Bretas. (BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **O excesso de prazo no processo penal**. Curitiba: JM Editora, 2006, p. 41).

<sup>46</sup> BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. Idem, *ibidem*.

O Código de Processo Penal ainda vigente, que nasceu sob a égide de período ditatorial,<sup>47</sup> não parece ter utilizado qualquer critério racional e razoável para a fixação dos prazos, ao menos para a realidade atual.

Não é possível uma leitura do atual Código de Processo Penal donde se possa abstrair a existência de prazos fixados e muito menos dentro de qualquer critério de razoabilidade ou de acordo com o devido processo legal e penal. É necessária a leitura do Código de Processo Penal a partir da Constituição da República.

A análise pormenorizada dos prazos estabelecidos para a fase pré-processual e também para os ritos processuais penais previstos no Código de Processo Penal e nas leis processuais penais especiais ou extravagantes demonstrará o acima exposto.

Quanto aos ritos processuais, a análise será restrita aos principais ritos, que também são os mais utilizados, tendo em vista que os atos processuais previstos nos demais ritos em muito pouco se diferenciam daqueles que serão objeto da análise nos próximos itens.

---

<sup>47</sup> É interessante ressaltar o objetivo do então nascente Código, visualizado já na Exposição de Motivos, publicada no Diário Oficial da união, de 13 de outubro de 1941: “De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.” (BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 out. 1941. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal).

### 3.4.1 A fase de investigação ou pré-processual

Dada a gravidade que representa ao homem ser acusado criminalmente da prática de uma infração ao direito, isto é, dadas as conseqüências nefastas e gravosas que o processo traz consigo, houve por bem o legislador, não só no Brasil mas sim em quase todas as nações civilizadas, em prever uma etapa denominada de ‘investigação preliminar’ ou somente de ‘investigação’, com a finalidade de evitar acusações e processos infundados.

Deve esta etapa ser entendida não somente como preparatória para o procedimento definitivo – o processo criminal – mas também como um obstáculo a ser superado para que se possa instaurar o processo judicial. Atende, pois, a um patente interesse garantista, já que tenta evitar tanto para o investigado como para o próprio Estado o custo de um juízo desnecessário. Mais do que isto, a instrução preliminar deve servir para a busca do fato oculto, para a salvaguarda da sociedade e ainda para evitar acusações infundadas.<sup>48</sup>

No sistema brasileiro, o instrumento mais utilizado para realizar a investigação preliminar é o inquérito policial, previsto no Código de Processo Penal, nos artigos 4.º a 23. Em relação ao tempo de duração da investigação, a previsão está estampada no artigo 10, que versa:

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

---

<sup>48</sup> Este é entendimento e a lição trazida por Aury Lopes Júnior. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2.ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 44-45).

§ 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.<sup>49</sup>

De início, verifica-se a diferenciação de prazos para as hipóteses de o indiciado estar preso ou solto. Na primeira hipótese (preso) tem-se o prazo total para a conclusão das investigações de 10 (dez) dias, improrrogável.<sup>50</sup> Este prazo trata-se de regra geral, que admite exceções, quando expressamente previstas na legislação especial.<sup>51</sup>

Já na segunda hipótese (indiciado solto), o prazo, em regra, é de 30 (trinta dias), podendo, agora sim, ser prorrogado, ficando a critério da autoridade judicial a definição do novo prazo (§ 3.º do artigo 10 do Código de Processo Penal). A prorrogação deve se dar somente quando houve necessidade efetiva de diligências e motivos razoáveis para isso. Além disso, a fixação de novo prazo deve sempre ser judicial, não podendo a prorrogação, conforme destaca Espínola Filho, ficar ao arbítrio ou critério da autoridade policial.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 out. 1941. Título II.

<sup>50</sup> Por todos, Marcellus Polastri Lima: “Deverá o inquérito, não havendo disposição especial, terminar em 10 dias tratando-se de prisão em flagrante ou prisão preventiva do indiciado, ou em 30 dias, quando o indiciado estiver solto, com ou sem fiança. [...] Não ultimado o inquérito no prazo legal, em havendo prisão, estará configurado o constrangimento ilegal, sendo passível de relaxamento.” (LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 97).

<sup>51</sup> Isto se dá, por exemplo, na atual Lei de Tóxicos, que prevê o prazo de 30 (trinta) dias, podendo ainda ser prorrogado, por igual prazo, por determinação judicial, a pedido fundamentado da autoridade policial. (BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 24 ago. 2006. Seção I). Também nos processos de competência da justiça Federal, a Lei 5.010/66, no artigo 66, prevê o prazo de 15 (quinze dias), prorrogáveis por igual período. (BRASIL. Lei nº 5010, de 30 de maio de 1966. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 01 jun. 1966. Capítulo VI).

<sup>52</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 5.ed. v. I. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 297.

Está patente, pois, que o inquérito policial é normativamente célere, visto a sua finalidade precípua de colher indícios da autoria do crime e prova de sua existência, a fim de poder dar o embasamento mínimo necessário para que o órgão de acusação possa exercer o dever constitucional de ação<sup>53</sup>. Conforme já afirmado, pode também colher elementos que levem ao arquivamento da própria investigação.

Além da figura do inquérito policial, a investigação pode ser realizada também por peças de informação e ainda através do termo circunstanciado, previsto na Lei 9.099/95, para os crimes de menor potencial ofensivo.

No tocante ao tempo, é importante ressaltar que a investigação preliminar, independente da forma e do instrumento pela qual se realiza, deve ser célere, deve buscar os elementos necessários para a elucidação do fato, de modo a evitar processos indevidos e, se necessário o processo, deve trazer os elementos indispensáveis para a sua instauração, visto que é neste que a garantia do contraditório e da ampla defesa será plenamente exercida, em respeito ao devido processo.

O que não resta compatível com o sistema acusatório e com as garantias trazidas pela Constituição da República são as demoradas investigações policiais ou de qualquer outro órgão, que nunca findam, especialmente quando há indiciamento, pois este ato formal de imputação de autoria do delito à determinada pessoa traz conseqüências negativas e prejuízos, de várias ordens, diga-se de passagem, tudo com base num juízo demasiadamente provisório de culpa e ainda sem a existência de processo, onde o indiciado possa, como dito, exercer a sua plena defesa.

---

<sup>53</sup> Obviamente nos crimes de ação penal pública, onde a titularidade é exclusiva do Ministério Público (art. 129, I, da Constituição da República), visto que nos crimes de ação penal de iniciativa privada há efetivo direito do exercício da ação, não estando o ofendido, mesmo presentes as condições da ação, obrigado a exercê-la.

Conforme destaca Aury Lopes Júnior, “também neste tema o problema entre *normatividade* e *efetividade* é patente. A regra geral é o descumprimento sistemático dos prazos.”<sup>54</sup>

### 3.4.2 O rito comum ordinário

É o rito que possui maior incidência nos processos judiciais, visto que é o indicado legalmente para os crimes punidos com pena de reclusão, tanto do Código Penal como das leis penais especiais, que não possuam rito especial.<sup>55</sup> Neste rito é surpreendente a falta de sistematização dos atos processuais e o absurdo dos prazos ali fixados.

Previsto nos artigos 394 a 405 e 498 a 502 do Código de Processo Penal,<sup>56</sup> o rito em questão tem início com a designação do interrogatório do acusado, após o recebimento da denúncia ou da queixa,<sup>57</sup> com a determinação da sua citação,

---

<sup>54</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação...**, p. 179.

<sup>55</sup> Uma rápida análise demonstra que com a panpenalização os crimes mais cometidos são aqueles contra o patrimônio, punidos com reclusão, cuja prática é atribuída geralmente a classes menos privilegiadas economicamente.

<sup>56</sup> A própria disposição no Código, em duas partes distintas, já demonstra a falta de sistematização e organização do diploma legal em referência. O rito dos crimes dolosos contra a vida ficou previsto entre as duas etapas/fases do rito comum ordinário.

<sup>57</sup> Não é demais lembrar que o ato de recebimento da denúncia ou queixa, com o conseqüente julgamento do direito de ação e instauração do processo, é o segundo ato mais importante do processo, - somente atrás da sentença, que faz o acertamento do caso penal - e deve ser efetivamente motivado, em respeito ao comando inserido no artigo 93, IX, da Constituição da República. Nada obstante a sua importância, o Supremo Tribunal Federal já firmou posição no sentido da desnecessidade de motivação. Por todos, os seguintes julgados: “...à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o despacho de recebimento da denúncia não se enquadra no conceito de decisão contido no art. 93, IX, CRFB, sendo-lhe dispensada a fundamentação.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus. Intempestividade não verificada. Trancamento da ação penal. Recebimento da acusação. Fundamentação. Desnecessidade. Precedentes. Inépcia da denúncia. Imputação que permite o exercício da ampla defesa. Ordem denegada.** R.H.C. N. 87.005, do Rio de Janeiro. Roberto Nazareth Torres e outros *versus* Ministério Público Militar. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Acórdão de 16 de maio de 2006. Diário da Justiça, Brasília, 18 ago. 2006, p. 72). Da mesma Corte: “O despacho que recebe a denúncia ou a queixa, embora tenha também conteúdo decisório, não se encarta no conceito de “decisão”, como previsto no art. 93, IX, da Constituição, não sendo exigida a sua fundamentação - art. 394 do C.P.P; a fundamentação é exigida, apenas, quando o juiz rejeita a denúncia ou a queixa - art.



notificação do Ministério Público e, ainda, do assistente de acusação,<sup>58</sup> nos crimes de ação penal pública onde este tenha se habilitado, ou do querelante, nos crimes de ação penal de iniciativa privada.

---

516 do C.P.P., aliás, único caso em que cabe recurso - art. 581, do C.P.P." (v.g. HHCC 72.286, 2ª T., Maurício Corrêa, DJ 16.2.96; 70.763, 1ª T., Celso de Mello, DJ 23.9.94). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **I - STF: Habeas corpus: competência originária. (...) II - Denúncia: recebimento: assente a jurisprudência do STF em que, regra geral - da qual o caso não constitui exceção -...** R.H.C. N. 86.248, do Mato Grosso. Adalto de Freitas Filho *versus* Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais de Cuiabá. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão de 08 de novembro de 2005. Diário da Justiça, Brasília, 02 dez. 2005, p. 13). O Superior Tribunal de Justiça partilha do mesmo entendimento: "O juízo positivo de admissibilidade da demanda, em primeiro grau, não necessita de fundamentação porquanto não se qualifica, em regra, de ato decisório, nos termos do art. 93, inciso IX, 2ª parte, da Carta Magna (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ)." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processual Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Artigos 299, §1º e 333, parágrafo único, ambos do CP. Falta de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia. Desnecessidade. Falta de justa causa. Inépcia. Inocorrência.** R.H.C. N. 70.426, de São Paulo. Alex Pereira de Almeida e outro *versus* Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Félix Fischer. Acórdão de 17 de abril de 2007. Diário da Justiça, Brasília, 21 mai. 2007, p. 601). No mesmo sentido: "1. A toda evidência, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes. 2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada. 3. O despacho de recebimento da denúncia, contudo, está pelo atendimento das condições legais para a propositura da ação penal, não requisitando, pois, fundamentação expressa." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus. Direito Processual Penal. Homicídio qualificado. Falta de fundamentação. Despacho de recebimento da denúncia. Desnecessidade. Prisão preventiva. Fundamentação. Ocorrência.** R.H.C. N. 53.508, de Goiás. Elismárcio de Oliveira Machado *versus* Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Acórdão de 25 de abril de 2006. Diário da Justiça, Brasília, 15 mai. 2006, p. 306).

<sup>58</sup> Sobre a figura do assistente de acusação, prevista nos artigos 268 a 273 do Código de Processo Penal e ainda em determinados casos na legislação especial, é importante ressaltar posição doutrinária recente entendendo ser inconstitucional tal figura. Neste sentido: "O chamado assistente da acusação, ou assistente do Ministério Público, para nós, com o advento da Constituição de 1988, não mais poderia estar presente no Processo Penal. É que, em face do art. 129, I, da CF, os dispositivos atinentes à assistência da acusação estariam revogados, conforme já defendemos em obra anterior... Ao dispor a lei maior que a promoção da ação penal pública é privativa do Ministério Público, para nós, derogado estaria o Código de Processo Penal no que tange aos dispositivos atinentes à assistência ao *parquet*, face à manifesta inconstitucionalidade." (LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de...**, p. 463/464). Na jurisprudência, a seguinte decisão: "O Ministério Público nacional é, indiscutivelmente, competente e eficiente na representação jurídico-social que lhe incumbe, como órgão acusador. Competindo-lhe o 'dominus litis' (art. 129, I, CF), não há margem de subsistência da norma ordinária que outorga o direito de assistência à acusação (art. 268, CPP). Descabida a interposição de recurso pelo particular contra a decisão que determina o arquivamento de inquérito a pedido do Ministério Público, porque é o 'parquet' o titular da ação penal nas hipóteses de ação pública incondicionada, garantia constitucional prevista no inc. I do art. 129 da Carta Magna. Recurso não conhecido". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação. Assistente da acusação. Inconstitucionalidade. Não conhecimento do recurso.** Ap. Crim. n. 70019510221, de

O primeiro ato da instrução criminal é, pois, o interrogatório do acusado,<sup>59</sup> não havendo qualquer determinação de prazo para a realização do ato em questão.

Durante muito tempo, isto até o advento da Lei 10.792/2003, que reformou a sistemática do ato, o interrogatório foi tido como ato privativo do juiz e ainda ato personalíssimo entre o magistrado e o acusado, fazendo com que, equivocadamente, se desprezasse a presença de defensor e até do Ministério Público, nada obstante esse sempre fosse cientificado da realização do ato.<sup>60</sup>

Referido entendimento, denunciado pela doutrina<sup>61</sup> e pela jurisprudência,<sup>62</sup> além de ferir frontalmente o princípio do devido processo legal, especialmente nas

Porto Alegre. A.C.M.R *versus* R.S.R. Relator: Des. Aramis Nassif. Acórdão de 09 de janeiro de 2008. Diário da Justiça, Porto Alegre, 15 fev. 2008).

<sup>59</sup> É equivocada a realização do interrogatório como ato inicial da instrução criminal. Sob o prisma do acusado, este não tem como rebater as acusações visto que nenhuma prova ainda foi produzida, tendo que se manifestar somente sobre a denúncia ou a queixa, que não passam de meras alegações, carentes de prova. Sob a ótica do magistrado, a mesma dificuldade. Ou vai basear os questionamentos somente com base na denúncia ou terá que buscar elementos na investigação pré-processual, o que contamina o seu atuar no processo e a sua convicção sobre o caso penal.

<sup>60</sup> Essa prática inquisitória, que sempre visou buscar a confissão do acusado, não foi privilégio somente do sistema brasileiro. Gomes Filho já alertou sobre esta situação: "...no denominado sistema misto dos ordenamentos continentais, além de se considerar geralmente o interrogatório como ato essencial do procedimento, outra preocupação evidente é a de excluir o defensor dessa fase. Assim, por exemplo, na Itália, as reformas de 1955 e 1971 haviam introduzido o direito do defensor de assistir ao interrogatório do acusado, mas leis posteriores suprimiram esse direito em relação a alguns crimes mais graves e, mesmo o recente Código de 1988, de estrutura acusatória, mantém disposições que mostram a escassa preocupação com a assistência defensiva nesse importante ato processual." (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 150). No mesmo sentido: FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. Roma – Bari: Laterza, 1990, p. 631-2 e 771-2.

<sup>61</sup> Ver por todos: CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós, Juízes, Inquisidores (ou da não-presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (Org.). **Direito penal e processual penal** – uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 1-12. Ainda: BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 167 e ss.

<sup>62</sup> A 5.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, desde 2001, portanto bem antes do advento da Lei 10.792/2003, já vinha firmando posição sobre a necessidade da presença do advogado no ato do interrogatório. Neste sentido as seguintes decisões: "Se meio de defesa (o mais importante, pois dependendo de seu conteúdo, a atuação da defesa técnica é inócua), a necessidade de presença de advogado ainda é maior: como admitir defesa em processo criminal, ausente defensor? E há disposição constitucional expressa exigindo que "aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV). A omissão do Código, ao não exigir a presença de advogado no ato, não tem significado algum frente a norma constitucional. Em tal contexto, tenho que o processo presente é nulo, a partir do interrogatório, inclusive: agrediu a Constituição Federal – princípios da ampla defesa e do contraditório! Finalmente, outra nulidade há. É que o apelante levantou, em defesa direta, a excludente do estado de necessidade. A tese foi reiterada em alegações finais. Todavia, o ilustre

garantias do contraditório e da ampla defesa, dele decorrentes, denunciava também um problema mais grave ainda, qual seja, a inexistência de tempo para a realização da autodefesa pelo acusado, bem como de sua defesa técnica, por profissional habilitado.

Explica-se: entendendo-se o ato do interrogatório como privativo do juiz e ainda personalíssimo, dispensava-se naturalmente a presença do advogado, que inclusive era, na esmagadora maioria das vezes, constituído pelo acusado no próprio ato do interrogatório, que declinava o nome do defensor, ausente obviamente, para ser intimado posteriormente para fazer a apresentação das

---

colega singular não apreciou a referida tese. Outra vez, agredido o princípio da ampla defesa. Diante do exposto, de ofício, decreta-se a nulidade do processo a partir do interrogatório, inclusive.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Nulidade. Interrogatório. Ausência de advogado. Nulo é o processo em que o acusado é interrogado sem a presença de advogado defensor. Agressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5, LV, da Constituição Federal). Nulidade decretada a partir, inclusive, do interrogatório.** Ap. Crim. n. 70001997402, de Porto Alegre. Paulo Ricardo Dutra Gomes e outro *versus* Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Acórdão de 14 de fevereiro de 2001. Diário da Justiça, Porto Alegre). Ainda, no mesmo sentido, queira ver decisão proferida na Apelação Criminal nº 70004496725, da Quinta Câmara Criminal da mesma Corte de Apelação. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Penal. Processual Penal. Jurisdição. Interrogatório. Ato privativo do juiz. Inadmissibilidade. Sistema acusatório. Limites democráticos ao livre convencimento. Pena. Dosimetria. Circunstâncias judiciais. Personalidade. Inaceitável no sentido persecutório, em respeito ao princípio da secularização, valoração negativa dos antecedentes. Inconstitucionalidade. - o exercício da função jurisdicional, no sistema jurídico penal democrático (fatalmente acusatório), e regido por princípios primários: imparcialidade, juiz natural, inércia da jurisdição. Além de outros, de cunho processual, intimamente ligados aos primeiros, como do contraditório, e do livre convencimento, que tem ainda outros como pressupostos: publicidade, oralidade, eqüidistância, etc. - neste sentido, não há que se falar em local de atuação privativa, pessoal, oficiosa, que denote qualquer excesso de subjetivismo. O trabalho do juiz deve – em observação aos limites principiológicos a ele impostos – ser realizado de forma que evite, ao Maximo, espaços temerários, abertos a arbitrariedade e a injustiça: eis porque não se admite interrogatório sem presença de defensor. - nesta direção, eis, em suma, o aspecto que se pretende aqui reforçar: o convencimento só atinge certo grau de liberdade, quando alcançado por meio de instrumento democrático. Na espécie, o ambiente contraditório! Sem ele a convicção – marcada pela inquisitorialidade – jamais será livre e a democracia desaparece! - a valoração negativa da personalidade e inadmissível em sistema penal democrático fundado no princípio da secularização: ‘o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade - cada um a tem como entende’. - outrossim, o gravame por valoração dos antecedentes e resquício do injusto modelo penal de periculosidade e representa “bis in idem” inadmissível em processo penal garantista e democrático: condena-se novamente o cidadão-réu em virtude de fato pretérito, do qual já prestou contas. - lições de Luigi Ferrajoli, Modesto Saavedra, Perfecto Ibañez e Eugenio Raul Zaffaroni. - apelo parcialmente procedente. Unânime.** Ap. Crim. n. 70004496725, de Porto Alegre. A.A.N.A. *versus* Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Acórdão de 07 de agosto de 2002. Diário da Justiça, Porto Alegre).

alegações preliminares, prevista neste caso, no artigo 395 do Código de Processo Penal.<sup>63</sup>

Assim, o acusado muitas vezes sequer sabia da imputação ou acusação que pesava em seu desfavor, tomando ciência dela no próprio ato do interrogatório, sem qualquer possibilidade de defesa, dada a ausência de tempo para conhecer da acusação e também dos elementos de convicção<sup>64</sup> que embasaram a propositura da ação penal, recebida pelo juiz, instaurando assim o processo. Tudo isso, sem falar na ausência de contato anterior com defensor, a fim de verificar a melhor estratégia para a sua defesa.

Promulgada em primeiro de dezembro de 2003, a Lei 10.792 alterou o panorama existente. Inicialmente, expressou a necessidade da presença de defensor no ato do interrogatório, seja ele constituído ou nomeado pelo juízo.<sup>65</sup> Criou, ainda, a possibilidade de o interrogatório ser realizado no estabelecimento

---

<sup>63</sup> Art. 395: O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.

<sup>64</sup> Não há que se falar em provas, mas sim em elementos de convicção tendo em vista a ausência do contraditório na colheita dos elementos verificada na fase pré-processual ou da investigação. Neste sentido é preciosa a lição de Aury Lopes Júnior: “como regra geral, pode-se afirmar que o valor dos elementos coligidos no curso do inquérito policial somente servem para fundamentar medidas de natureza endoprocedimental (cautelares etc.) e, no momento da admissão da acusação, para justificar o processo ou o não-processo (arquivamento) (...) O inquérito policial somente pode gerar o que anteriormente classificamos como atos de investigação e esta limitação de eficácia está justificada pela forma mediante a qual são praticados, em uma estrutura tipicamente inquisitiva, representada pelo segredo, a forma escrita e a ausência ou excessiva limitação do contraditório.” (LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de...**, p. 203-204). Infelizmente, a prática judicial tem demonstrado o contrário, isto é, durante a instrução processual ocorre a simples ratificação dos elementos de convicção colhidos na fase investigativa, tornando processualmente válidos esses elementos, que se tornam prova, sem que efetivamente se exerça sobre eles o contraditório e a ampla defesa, o que é inaceitável, pois deforma e agride – ou pior, nega - frontalmente o sistema acusatório.

<sup>65</sup> O artigo 185 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.”

prisional onde esteja preso o acusado, garantindo também a presença de defensor<sup>66</sup>.

Entretanto, o aspecto mais importante, dentro dos objetivos da presente tese, foi trazido com a inserção do parágrafo segundo no artigo 185 do Código de Processo Penal, que prescreve: “Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor”.

A utilização da expressão “antes da realização do interrogatório...”, à primeira vista, traz a idéia de imediatidade, isto é, expressa a necessidade de o juiz assegurar ao acusado a possibilidade de, reservadamente, ter audiência com o seu defensor para poder saber a estratégia e o comportamento a serem adotados durante o ato a ser realizado em seguida.

Entretanto, o dispositivo em comento não está em consonância com o princípio do devido processo legal insculpido na Constituição da República. A duração razoável do processo, garantia derivada do devido processo, diz respeito também à razoabilidade de tempo para a realização dos atos procedimentais, o que implica assegurar as garantias constitucionais e processuais do acusado, evitando a aceleração antigarantista ou o atropelo dos Direitos e Garantias Fundamentais.<sup>67</sup>

O equívoco legislativo está efetivamente no fato de prever a entrevista entre o acusado e seu defensor justamente e tão-somente momentos –diga-se: minutos –

---

<sup>66</sup> Foi acrescentado o parágrafo primeiro ao artigo 185, com a seguinte redação: “§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.”

<sup>67</sup> Expressões estas acertadamente utilizadas por Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró. (LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 133 e ss.).

antes da realização do ato, o que torna impraticável e impossível qualquer análise aprofundada do caso penal e das possibilidades defensivas.<sup>68</sup>

A correta distribuição dos prazos no procedimento, fruto da garantia da razoabilidade, faz concluir que ao acusado deve ser conferida a possibilidade de acesso aos autos do processo bem antes da realização do ato do interrogatório, isto é, o acusado deve ter a possibilidade de tomar conhecimento da peça acusatória e dos elementos de convicção colhidos na fase pré-processual com dias de antecedência, para poder preparar a sua reação defensiva, juntamente com o defensor que o acompanhará no caso.<sup>69</sup>

O conhecimento efetivo do conteúdo da acusação é fundamental para o exercício do contraditório, especialmente para o ato do interrogatório, visto que neste rito processual é o primeiro ato de instrução. Gomes Filho expõe com clareza essa necessidade:

Exigência prévia para o exercício do complexo de atividades processuais próprio das partes é a *ciência efetiva* a respeito de tudo o que se passa no processo; cada um dos antagonistas deve assim conhecer as posições e argumentos do outro, para poder *contradizê-los*; desde as informações iniciais contidas na citação do réu... todos os dados processuais devem ser comunicados aos interessados; só a partir do seu efetivo conhecimento será viável a participação em contraditório.

E, no processo penal, essas comunicações devem ter como destinatários, de um lado, o órgão da acusação e, de outro, o acusado e seu defensor, constituído ou dativo, pois a amplitude da defesa, que é também garantia constitucional, exige que a informação atinja, cumulativamente, os protagonistas da autodefesa e da defesa técnica.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Não é raro acontecer de o juiz sequer disponibilizar os autos do processo para análise conjunta entre o acusado e seu defensor. Geralmente o advogado toma conhecimento do caso neste momento, o que impossibilita qualquer análise aprofundada da questão. Por óbvio, indisponibilizar os autos nesta situação geraria nulidade absoluta do ato.

<sup>69</sup> Vale ressaltar a lição de Antonio Scarance Fernandes: “A defesa é o direito que tem o indivíduo de reagir à ação contra si proposta, a fim de perseguir decisão favorável e, assim, preservar direitos substanciais questionados no processo. No processo penal, o titular do direito de defesa pretende evitar a condenação e imposição da pena... Nem se admite simples defesa formal, mera resposta aos termos da proposta acusatória, exigindo-se defesa substancial, efetiva reação à acusação.” (FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25).

<sup>70</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à...**, p. 138.

Resta claro, pois, que o pleno exercício do contraditório no ato do interrogatório somente é possível quando há conhecimento prévio do conteúdo da inicial acusatória e dos elementos de convicção colhidos na fase pré-processual ***dentro de um prazo razoável***, tanto para o acusado quanto para o seu defensor.

Com o advento da Lei 9.099/95, foi criada a possibilidade de suspensão “consensual” do processo, nos crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano de prisão, desde que preenchidos determinados requisitos pelo acusado.<sup>71</sup> A suspensão, embora não haja óbice para que seja ofertada durante o processo, tem o seu momento de propositura com o oferecimento da denúncia, tanto que a própria legislação antes citada prescreve que, caso o acusado aceite a proposta ministerial, deverá o juiz receber a denúncia e suspender o curso do processo. Desta forma, identicamente ao que acontece com a notificação para o ato do interrogatório, deve haver tempo razoável para que o acusado tome ciência da possibilidade de suspensão e reflita se esta opção é a melhor para a solução do caso penal. Por óbvio, deve o acusado ter a orientação do defensor e tempo suficiente para refletir a respeito.

Superada a fase do interrogatório, o procedimento comum ordinário prevê a abertura do prazo de três dias para que a defesa apresente as suas alegações preliminares. Trata-se de ato da maior importância vez que é o momento adequado para a postulação das provas a serem produzidas durante a instrução criminal. Além

---

<sup>71</sup> Art. 89: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.”

disso, as exceções têm nesta fase o momento adequado para a interposição.<sup>72</sup> Mais uma vez verifica-se a falta de razoabilidade na fixação do prazo, contrariando a Constituição da República. Mesmo que se entenda que as alegações preliminares sejam de pouca valia, pois apresentadas depois do recebimento da denúncia ou da queixa, não impedem que o processo continue e somente termine com a decisão de mérito,<sup>73</sup> há que se ressaltar que é neste momento processual que a defesa tem a oportunidade, sob pena de preclusão, de requerer a produção das provas que entender necessárias.<sup>74</sup> Assim, três dias é um prazo bastante exíguo para a análise e solicitação das provas pretendidas, além do que deverão o acusado e seu defensor analisar o resultado do interrogatório, a fim de verificarem quais as provas deverão trazer aos autos.<sup>75</sup>

É visível a discrepância existente entre os prazos fixados para a prática dos atos e o lapso temporal que existe entre a prática de um ato e outro. Desta forma, imperativa a redistribuição dos prazos, de modo a atender o comando constitucional e garantir ao acusado o seu direito de defesa, sem que isto cause qualquer prejuízo ao julgamento sem dilações indevidas ou em prazo razoável.

Findo o prazo para a apresentação das alegações preliminares, entregues ou não, compete ao juiz designar audiência para a oitiva das testemunhas arroladas

---

<sup>72</sup> Código de Processo Penal, artigos 108 e 110.

<sup>73</sup> Neste sentido: FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva...**, p. 178. De forma idêntica, Fernando da Costa Tourinho Filho: “Como o juízo de admissibilidade da demanda é feito antes da prévia, a defesa não tem muito interesse em emprestar a esse ato processual um colorido de contestação. Limita-se, grosso modo, a arrolar testemunhas e a requerer diligências.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39).

<sup>74</sup> Por todos, Marcellus Polastri Lima: “...é no momento da defesa prévia que se deve arrolar o rol de testemunhas e, ainda, alegar as exceções e, mais, requerer diligências, e, destarte, a não-realização de tais atos no tríduo legal acarretará a preclusão da oportunidade, podendo se revestir em sério prejuízo para a defesa.” (LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de...**, p. 636).

<sup>75</sup> O artigo 395 do Código de Processo Penal prescreve somente a possibilidade de apresentar defesa escrita e arrolar testemunhas. O requerimento de diligências é possível em razão da previsão estampada no artigo 399: “O Ministério Público ou o querelante, ao ser oferecida a denúncia ou a queixa, e a defesa, no prazo do art. 395, poderão requerer as diligências que julgarem convenientes.”



pela acusação, expedindo carta precatória ou rogatória para a tomada dos testemunhos dos residentes em outras comarcas ou outro país, se for o caso.

Para o ato, o Código de Processo Penal fixa o prazo de 20 (vinte) dias, se o acusado estiver preso, e de 40 (quarenta) dias, quando estiver solto, considerado este como prazo impróprio.<sup>76</sup> Para a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa não há prazo estabelecido no Código.<sup>77</sup>

Questão interessante que não pode passar despercebida diz respeito à oitiva de testemunhas através de carta precatória, notadamente quanto ao tempo fixado para o cumprimento do ato.

O artigo 222 do Código de Processo Penal prescreve: “A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes”.

A interpretação que tem sido dada à expressão “prazo razoável” é a mais variada possível. Verifica-se a fixação de prazos extremamente pequenos, como, por exemplo, de cinco dias, para o cumprimento do ato, tornando, por óbvio, impossível o seu cumprimento, dada a impossibilidade física de adequação de pauta, notificação da testemunha, do Ministério Público e do defensor.

A questão toma contorno agravante quando analisado o parágrafo segundo do citado artigo 222 do Código de Processo Penal, que versa: “Findo o prazo

---

<sup>76</sup> Artigo 401: “As testemunhas de acusação serão ouvidas dentro do prazo de vinte dias, quando o réu estiver preso, e de quarenta dias, quando solto.”

<sup>77</sup> Ante a falta de previsão expressa, o prazo para a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa deve ser o mesmo das testemunhas de acusação. Neste sentido: “Após a oitiva das testemunhas de acusação, será designada data para a audiência de testemunhas de defesa, devendo ser obedecidos os mesmos prazos do art. 401, por analogia.” (LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de...**, p. 637).

marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos”.

Há evidente inconstitucionalidade<sup>78</sup> no texto citado visto que cerceia a produção da prova, possibilitando o julgamento do caso penal sem a valoração de todas as provas, ferindo o princípio do devido processo e a garantia da ampla defesa.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Em que pese não se tratar de tema objeto do presente trabalho, deve ser destacada a total inconstitucionalidade residente no fato de não ser obrigatória a intimação do defensor, pelo juízo deprecado, através da imprensa oficial, dando ciência da data aprazada para a realização do ato. Fere-se, dentre outras garantias, o tratamento paritário dos sujeitos processuais e, por óbvio, o devido processo. Neste sentido: BONATO, Gilson. **Devido processo legal...**, p. 152-159.

<sup>79</sup> A jurisprudência dos tribunais superiores tem entendido, lamentavelmente, não ofender a Constituição da República a prática de atos processuais essenciais – p.e. alegações finais – ou o julgamento do caso penal sem que a carta precatória tenha sido cumprida ou devolvida ao juízo deprecante. Neste sentido: “2. O § 2º do artigo 222 do Código de Processo Penal faculta a realização do julgamento após o término do prazo estipulado para o cumprimento de carta precatória destinada à oitiva de testemunha.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus. Prisão cautelar. Clamor público e repercussão social. Fundamentos inidôneos. Ausência de nulidade da oitiva de testemunha após a prolação da sentença. Inépcia da denúncia. Improcedência.** R.H.C. N. 85.046, de Minas Gerais. Leonardo Abdulmassih Ferreira *versus* Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Acórdão de 15 de março de 2005. Diário da Justiça, Brasília, 10 jun. 2005, p. 51). No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. Constrangimento ilegal que estaria configurado em prisão com excesso de prazo e em haver a instrução sido encerrada antes da colheita de depoimento de testemunha da defesa, objeto de precatória... A não-devolução, no prazo estipulado, de precatória expedida para oitiva de testemunha da defesa, não impede o julgamento da ação, podendo a carta cumprida ser juntada aos autos a qualquer tempo, (art. 22, par. 2., do CPP). Ausência de constrangimento ilegal. Habeas Corpus indeferido.** R.H.C. n. 71.936, de Minas Gerais. Rodario Alves Pereira *versus* Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ilmar Galvão. Acórdão de 04 de abril de 1995. Diário da Justiça, Brasília, 16 abr. 1995, p. 18.216. No Superior Tribunal de Justiça, tem-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Penal. Recurso Especial. Descaminho. Art. 499, do CPP. Encerramento da instrução antes de cumprida a carta precatória. Art. 222, do CPP. I - A expedição de carta precatória para a inquirição de testemunha não tem o condão de suspender a instrução criminal, podendo o feito, inclusive, ser sentenciado se findo o prazo marcado para seu cumprimento - art. 222, §§ 1º e 2º, do CPP (precedentes). Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.** REsp. n. 697.105, do Rio Grande do Sul. Rodario Alves Pereira *versus* Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Felix Fischer. Acórdão de 07 de junho de 2005. Diário da Justiça, Brasília, 29 ago. 2005, p. 423; “3. As cartas precatórias devem ter a sua devolução aprazada e podem ser juntadas a qualquer tempo no processo (artigo 222, caput, e parágrafo 2º do Código de Processo Penal), não impedindo o seu prosseguimento, que pode ser provocado pela defesa, tanto quanto a separação de que cuida o artigo 80 do Código de Processo Penal, questões essas que devem ser suscitadas e decididas no juiz natural da causa e, não, per saltum, na instância excepcional. 4. Ordem denegada”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. Direito processual penal. Extorsão mediante seqüestro. Formação de quadrilha. Prisão em flagrante. Excesso de prazo. Encerramento. Instrução criminal. Ocorrência.** R.H.C. n. 29.069, de Santa Catarina. Júlio Sérgio Freitas *versus* Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Acórdão de 03 de fevereiro de 2004. Diário da Justiça, Brasília, 01 mar. 2004, p. 200); “Conforme dispõe o art. 222, § 2º, a expedição de carta precatória não sobresta a instrução processual, podendo até haver o julgamento da causa antes da devolução da precatória.

É de se ressaltar que a realização do ato não depende do acusado, mas sim da fixação de data por parte do juízo deprecado, não podendo aquele sofrer qualquer tipo de prejuízo ou cerceamento na sua defesa em razão de situação a que não deu causa.

Após a colheita da prova testemunhal e demais elementos requeridos na inicial ou nas alegações preliminares, tais como realização de prova pericial ou juntada de documentos,<sup>80</sup> prevê o rito ordinário a realização de diligências,<sup>81</sup> cuja necessidade se origine de fatos ou circunstâncias apurados na instrução criminal.

O texto legal evidencia que as diligências solicitadas pelas partes, nesta fase, devem ser realizadas, a critério do juiz, se originadas de fatos ou circunstâncias apurados durante a instrução criminal, visto que outras provas, de cujos fatos já se tinha conhecimento ou se sabia da necessidade antes da instrução, deveriam ter

---

Recurso Ordinário desprovido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processual penal. Habeas-Corpus. Excesso de prazo. Razoabilidade. Encerramento da instrução. Súmula n. 52 do Superior Tribunal de Justiça. Carta Precatória. Falta de devolução. Art. 222, § 2º, do Código de Processo Penal.** R.H.C. n. 11.886, de Santa Catarina. André Mello Filho *versus* Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Vicente Leal. Acórdão de 20 de novembro de 2001. Diário da Justiça, Brasília, 04 fev. 2002, p. 554). Ainda: “1. À luz do disposto no artigo 222, parágrafos 1º e 2º, do Código de Processo Penal, e consoante entendimento jurisprudencial, a expedição de precatória para oitiva de testemunha não suspende a instrução criminal, não havendo falar em nulidade em face da abertura de prazo para apresentação das alegações finais.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recursos Especiais. Carta Precatória. Apresentação de alegações finais antes de sua devolução. Nulidade. Inexistência. Sentença de pronúncia. Juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri. Excesso não evidenciado. Improvimento.** REsp. n. 422.719, do Acre. Hildebrando Pascoal Nogueira Neto *versus* Ministério Público do Estado do Acre. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Acórdão de 25 de novembro de 2003. Diário da Justiça, Brasília, 02 fev. 2004, p. 373).

<sup>80</sup> Quanto aos documentos, estes podem ser juntados em qualquer fase do processo, segundo dispõe o Código de Processo Penal: “Art. 400. As partes poderão oferecer documentos em qualquer fase do processo.”

<sup>81</sup> Art. 499: “Terminada a inquirição das testemunhas, as partes - primeiramente o Ministério Público ou o querelante, dentro de 24 horas, e depois, sem interrupção, dentro de igual prazo, o réu ou réus - poderão requerer as diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução, subindo logo os autos conclusos, para o juiz tomar conhecimento do que tiver sido requerido pelas partes.”

sido requeridas quando da propositura da acusação ou quando da apresentação das alegações preliminares, pela defesa.<sup>82</sup>

O que mais importa analisar é o prazo concedido: 24 (vinte e quatro) horas, ou seja, um dia.<sup>83</sup> Além disso, segundo o texto, não deve haver interrupção para o seu cumprimento, devendo inicialmente se manifestar o órgão de acusação – Ministério Público ou o querelante – e logo em seguida a defesa.

Mais uma vez, mostra-se sem qualquer razoabilidade o prazo fixado, devendo ser entendido como inconstitucional, visto ferir também a garantia da ampla defesa e do contraditório. Tendo em vista que, em regra, as intimações e notificações para a defesa são realizadas por órgão de imprensa oficial,<sup>84</sup> a ciência ao defensor acaba se dando no mesmo dia em que o prazo está vencendo, tornando impossível qualquer manifestação razoável e efetiva sobre eventuais diligências, até porque se faz necessário contato com os autos para uma análise da necessidade ou não de produção de novas provas. Mesmo para o Ministério Público e para o defensor nomeado, que são notificados pessoalmente,<sup>85</sup> o prazo não se mostra razoável.

---

<sup>82</sup> Em que pese o texto legal, muitos juízes têm deferido pedidos nesta fase, para apurar fatos ou circunstâncias conhecidas antes da instrução, sempre em homenagem à garantia da ampla defesa e do contraditório, visando evitar eventual cerceamento, principalmente na defesa do acusado, que é garantida de forma ampla pela Constituição da República.

<sup>83</sup> É equivocada a menção do prazo em horas, devido à sistemática adotada pelo Código de Processo Penal. Os prazos sempre são contados em dias, nestes casos. A contagem em horas ou minutos se dá quando o ato a ser praticado deve sê-lo em audiência, na presença do juiz e das partes. Por exemplo, alegações finais orais.

<sup>84</sup> Código de Processo Penal - art. 370, § 1º: “A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado.”

<sup>85</sup> Código de Processo Penal - art. 370, § 4º: “A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal.”

Em seguida, o rito comum ordinário prevê a fase das alegações finais,<sup>86</sup> estatuinto o prazo de 3 (três) dias, sucessivamente, para a acusação e para a defesa. Este prazo pode ser considerado, sem qualquer dúvida, o que mais prejuízo causa, tanto para a acusação como e, principalmente, para a defesa, tendo em conta que se trata de um dos atos mais importantes do processo, onde se deduzirá para o juízo a tese final, que sem dúvida influirá diretamente no principal ato do processo, que é a sentença, onde o juiz fará o acertamento do caso penal.

Ora, fazer a análise integral dos autos, avaliar a prova produzida, buscar a elaboração da tese final<sup>87</sup> em três dias é humanamente impossível, trazendo prejuízo direto para as partes.

A situação se agrava para a defesa quando existirem no processo dois ou mais acusados, com defensores diferentes, pois também nesse caso o prazo é de três dias com a agravante de que o prazo é comum, o que, em regra, inviabiliza a retirada dos autos do cartório, dificultando ainda mais o árduo trabalho de elaborar as derradeiras alegações.<sup>88</sup> A negativa em retirar os autos afronta o devido processo, relativamente à ampla defesa, o que se vislumbra inconstitucional.

---

<sup>86</sup> Código de Processo Penal, art. 500. Esgotados aqueles prazos, sem requerimento de qualquer das partes, ou concluídas as diligências requeridas e ordenadas, será aberta vista dos autos, para alegações, sucessivamente, por três dias: I - ao Ministério Público ou ao querelante; II - ao assistente, se tiver sido constituído; III - ao defensor do réu. § 1º Se forem dois ou mais os réus, com defensores diferentes, o prazo será comum. § 2º O Ministério Público, nos processos por crime de ação privada ou nos processos por crime de ação pública iniciados por queixa, terá vista dos autos depois do querelante.

<sup>87</sup> É indiscutível a importância das alegações finais. Por todos, cite-se a lição de Marcellus Polastri Lima: "É nas alegações finais que as partes irão fazer a argumentação final em prol de seus interesses, através do exame das provas produzidas, e com apoio na doutrina e jurisprudência. É o momento de se esgotar todas as vertentes a seu favor, sejam referentes a preliminares (v.g., vícios e nulidades do processo), sejam as de mérito (improcedência ou procedência da ação, comprovação ou não comprovação de autoria e materialidade, existência ou inexistência de excludentes etc.): é o que se denomina princípio da eventualidade". (LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de...**, p. 641).

<sup>88</sup> Em que pese o prejuízo evidente, mantém-se o entendimento de que quando há mais de um acusado com defensores diferentes o prazo é comum e o feito deverá permanecer em cartório.

O artigo 501, do Código de Processo Penal, por óbvio, resta totalmente inconstitucional.<sup>89</sup> Por fim, encerrando o rito, há a previsão de conclusão dos autos para sentença, que deverá ser prolatada em 10 (dez) dias.<sup>90</sup>

Merece comentário, ainda que de forma sucinta, a previsão estampada no artigo 502 do Código de Processo Penal,<sup>91</sup> que mostra de maneira evidente a adoção do sistema inquisitorial por parte do legislador, visto dar ao juiz poder instrutório na busca do “esclarecimento da verdade”,<sup>92</sup> sistema esse incompatível com a Constituição da República de 1988, que adotou o sistema acusatório.<sup>93</sup>

A análise do rito mostra a clara inconstitucionalidade e a falta de razoabilidade não só na fixação dos prazos, como também na ordem e seqüência dos atos processuais, requerendo imediata revisão por parte do legislador, bem como pelos componentes do Poder Judiciário. Esta grave falha vem a muito sendo denunciada pelos pensadores críticos do processo penal. Neste sentido, é imprescindível a lição de Jacinto Miranda Coutinho:

Afinal, se os Tribunais competentes fizessem um exame sério de consciência e meditassem acerca da importância de a situação seguir como está (o Código de Processo Penal, quase intacto, regendo o processo penal), com tantas injustiças sendo praticadas em nome do *status quo*, por certo se partiria para uma paulatina declaração de sua não-recepção pela

---

<sup>89</sup> Já há entendimento firmado sobre a possibilidade de retirada dos autos do cartório, por parte da defesa, para a apresentação das alegações finais, não só com base no princípio da isonomia, vez que o Ministério Público tem vista dos autos fora do cartório, mas também em razão do disposto no artigo 7.º, XV, do Estatuto da OAB – Lei 8.906/94.

<sup>90</sup> Este prazo está previsto no artigo 800 do Código de Processo Penal: Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos: I - de dez dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista.

<sup>91</sup> Código de Processo Penal, art. 502: “Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em cinco dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.”

<sup>92</sup> A busca da verdade real, mito construído no processo penal pelo substancialismo inquisitório, tem dado poderes excessivos ao julgador e sido causa de inúmeras ilegalidades. Neste sentido e por todos: LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 536-550.

<sup>93</sup> Neste sentido e por todos: BONATO, Gilson. **Devido processo penal e garantias constitucionais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-106.

Constituição da República de 1988 e inconstitucionalidade de grande parte das leis que se impôs à nação desde sua vigência, com as consequências daí decorrentes, do ato declaratório e, dentre elas, uma legislação processual penal adequada ao *due process of law*.<sup>94</sup>

### 3.4.3 O rito comum sumário<sup>95</sup>

Previsto no Código de Processo Penal nos artigos 531 a 540, o rito em comento previa aplicação ao denominado “processo das contravenções” e aos crimes cuja pena privativa de liberdade se desse na modalidade “detenção”, visto que, conforme antes afirmado, a modalidade “reclusão” tem adequação ao rito comum ordinário.

Com o advento da Constituição da República de 1988, parte do procedimento não foi recepcionada, especialmente os artigos 531 a 538, que tratavam do “processo das contravenções”. A não recepção se dá exatamente em razão da previsão do artigo 129, I, da Constituição da República, que versa: “São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. Desta forma, impossível a admissão de processo iniciado pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade

---

<sup>94</sup> Prefácio à obra Fauzi Hassan Choukr. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal** – comentários e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p xxi).

<sup>95</sup> Apesar de o Código de Processo Penal ter inserido o rito sumário na parte dos procedimentos especiais, a doutrina o classifica, de forma acertada, como procedimento comum. Por todos, Magalhães Noronha: “O processo sumário não é processo especial, destinado à persecução de crimes punidos com detenção e de contravenções. O procedimento especial destina-se à certa classe de delitos que, por natureza, exigem providências que escapam ao âmbito do outro, o que não sucede com o que tratam os arts. 531 usque 540 do Código. Este é forma comum de processo relativo a uma classe de infrações. É uma variante do processo ordinário.” (NORONHA, Edgar Magalhães. **Curso de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 308).

policial ou pelo juiz, de ofício, conforme previa o artigo 531 do Código de Processo Penal.<sup>96</sup>

Subsistem, ainda, em vigor, os artigos 538 a 540, complementados pelo disposto no Capítulo I do Título I do mesmo código, isto é, os artigos 394 a 405 (parte do procedimento comum ordinário), naquilo que forem aplicáveis, formando, assim, o procedimento sumário.<sup>97</sup>

Em relação ao tempo dos atos processuais, além do já analisado no item anterior, isto é, a parte do procedimento comum ordinário aproveitada ao rito ora em comento (interrogatório do acusado, apresentação das alegações preliminares e oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, em número de até cinco pessoas), resta analisar a parte final do rito, que diz respeito à audiência una, onde se procederá à oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, debates orais e julgamento, caso o juiz se julgue habilitado para tanto.<sup>98</sup>

A realização do ato, de forma unificada, somente será possível caso todas as testemunhas arroladas pela defesa tenham comparecido, bem como não haja

---

<sup>96</sup> Fauzi Hassan Choukr expressa entendimento, com o qual não é possível concordar, de que todo o procedimento sumário não foi recepcionado pela Constituição da República e pela Convenção Americana dos Direitos Humanos. Ressalta o autor: “As previsões procedimentais previstas neste capítulo largamente não foram recepcionadas pela CR e pela CADH em face da estrutura acusatória estampada no artigo 129, I da Constituição em vigor, de tal sorte que não se pode falar em ação penal iniciada por auto de prisão em flagrante, por portaria ou por iniciativa do juiz (...) Diante da postura dogmática adotada nestes Comentários e de seu marco referencial teórico, é de ser realçada de forma expressa a insubsistência do procedimento em tela aos textos da CR e da CADH que, analisado em seu conjunto, não pode ser aproveitado.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 756).

<sup>97</sup> Marcellus Polastri Lima relata com precisão as alterações sofridas pelo rito em questão, demonstrando a sua aplicabilidade atual e a sua “ressurreição” com o advento da Lei 11.101/2005, a Nova Lei de Falências, que determina a aplicação do rito sumário para os delitos lá previstos. (LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de...**, p. 678-681).

<sup>98</sup> Artigo 538: “§ 2º Na audiência, após a inquirição das testemunhas de defesa, será dada a palavra, sucessivamente, ao órgão do Ministério Público e ao defensor do réu ou a este, quando tiver sido admitido a defender-se, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério do juiz, que em seguida proferirá a sentença. § 3º Se o juiz não se julgar habilitado a proferir decisão, ordenará que os autos lhe sejam imediatamente conclusos e, no prazo de cinco dias, dará sentença.”



necessidade de oitiva através de carta precatória. Caso tenha ocorrido qualquer uma das hipóteses, por óbvio deverá o juízo aguardar o retorno da precatória, para, somente depois, dar prosseguimento ao processo, com a possibilidade então de determinar a apresentação das razões finais por escrito ou determinar nova data para a apresentação das razões oralmente, com o imediato julgamento do caso, através da prolatação da sentença. Tem-se, porém, como uma a audiência.

De forma alguma poderá o juiz, em nome do rito processual, cercear a produção da prova ou julgar o caso sem que, por exemplo, tenha retornado precatória expedida ou designado nova data para a oitiva de testemunha faltante.

Cabe salientar que a apresentação das razões finais de forma oral, dentro do prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), somente tem sentido quando o juiz julgar, também oralmente, o caso penal, logo após os debates entre acusação e defesa. Assim, além de se respeitar o rito processual, estar-se-á também privilegiando o princípio da oralidade, tão importante mas, ao mesmo tempo, tão esquecido e desrespeitado no sistema processual brasileiro. A importância deste instrumento é ressaltada por Alberto Binder:

La oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del Juicio penal. Sirve, en especial, para preservar los principios de inmediación, publicidad del Juicio y personalización de la función judicial. [...] La importancia de la oralidad deriva de que ella constituye el único modo eficaz que nuestra cultura ha encontrado hasta el momento, capaz de darle verdadera 'positividad' o vigencia a los principios políticos mencionados. [...] La oralidad – en un consideración tradicional – es un mecanismo que genera un sistema de comunicación entre el juez, las partes y los medios de prueba, que permite, descubrir la verdad de un modo más eficaz y controlado (defensa en Juicio).<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> BINDER, Alberto M. **Iniciación al proceso penal acusatorio**. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 61-64. A oralidade é um instrumento, um mecanismo previsto para garantir certos princípios básicos do juízo penal. Serve, em especial, para preservar os princípios da imediação, publicidade do juízo e personalização da função judicial. [...] A importância da oralidade deriva de que ela constitui o único modo eficaz que nossa cultura encontrou até o momento, capaz de dar-lhe verdadeira positividade ou vigência aos princípios políticos mencionados. [...] A oralidade – numa consideração tradicional – é um mecanismo que gera um sistema de comunicação entre o juiz, as

Caso o juiz verifique que não irá fazer o julgamento no momento da audiência, perde sentido então a apresentação das razões ou o debate oral, visto que sequer se terá a certeza de que o julgamento será realizado pelo mesmo juiz que instruiu o processo, dada a equivocada interpretação de que no sistema brasileiro não vige o princípio da identidade física do juiz.<sup>100</sup>

Acontecendo a situação acima descrita, após a oitiva das testemunhas deverá o magistrado fixar **prazo razoável** para que as partes apresentem as razões finais por escrito. A apresentação de razões orais acaba por se tornar um cerceamento, pois é elementar que a apresentação das alegações de forma oral, transcritas para os autos, não serão tão completas e profundas como as feitas por escrito. Além do mais, carece de sentido apresentar alegações orais se a sentença será prolatada posteriormente, e não oralmente, logo após os debates. Assim, é legítima a exigência da parte, seja acusação ou defesa, no sentido de que o juiz cumpra o rito processual e oportunize a realização dos debates orais em audiência.

#### 3.4.4. A Edição da Lei N.º 11.719 e a alteração dos procedimentos

Em 20 de junho de 2008, foi editada a Lei n.º 11.719, alterando dispositivos do Código de Processo Penal relativos à suspensão do processo, emendatio libelli,

---

partes e os meios de prova, que permite, descobrir a verdade de um modo mais eficaz e controlado (defesa em juízo). Tradução livre.

<sup>100</sup> Sobre o tema, demonstrando que o (sub)princípio da identidade física do juiz decorre diretamente do princípio do juiz natural, queira ver: BONATO, Gilson. **Devido processo legal...**, p. 142-147; PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no Processo Penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às idéias de Júlio B. J. Maier. In: BONATO, Gilson. (Org.). **Direito penal e processual penal...**, p. 109-110; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 60.

mutatio libelli e aos procedimentos. Determinada a vacância de 60 (sessenta) dias após a sua publicação, passou a vigor a partir de 20 de agosto de 2008.

No tocante aos procedimentos antes analisados, houve total alteração. De início, alterou-se o critério para a definição do rito. Se antes a modalidade da pena (reclusão ou detenção) era o critério, a partir da nova legislação passou a ser a quantidade de pena definida no tipo penal, isto é, o rito comum ordinário é aplicável quando a sanção máxima a ser aplicada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; já o rito sumário tem lugar quando a sanção for inferior a 4 (quatro) anos, respeitado o rito sumaríssimo, para as infrações de menor potencial ofensivo.<sup>101</sup>

Além da alteração do critério para a definição do rito, este foi substancialmente alterado no tocante aos atos processuais. Além de enfatizar a possibilidade de rejeição liminar da denúncia ou queixa, criou-se, para os ritos ordinário e sumário, a possibilidade, ou melhor, necessidade, de oferecimento de resposta escrita à acusação, no prazo de 10 (dez) dias.<sup>102</sup>

Tendo em conta que a resposta à acusação é realizada após o recebimento<sup>103</sup> da denúncia ou da queixa, não é possível caracterizá-la efetivamente

---

<sup>101</sup> A nova redação do artigo 394 passou a ser a seguinte: Art. 394. O procedimento será comum ou especial. § 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo: I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

<sup>102</sup> Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

<sup>103</sup> Tanto o artigo 396 quanto o artigo 399 tratam do recebimento da inicial acusatória. Trata-se de visível equívoco do legislador – o que tem ocorrido comumente na legislação penal – visto que uma vez recebida a inicial, isto antes da citação do acusado para apresentar resposta, não é mais necessário novo recebimento. Poder-se-ia interpretar o primeiro recebimento não no sentido de se iniciar o processo penal mas somente como ato para viabilizar a citação. Entretanto, este entendimento também não é possível visto que a citação é o chamamento para o processo e ainda porque somente é possível ao juiz absolver sumariamente (previsão constante no artigo 397 do CPP) quando já houver processo devidamente instaurado.

como defesa prévia, nada obstante possa o juiz, após a sua apresentação, absolver sumariamente o acusado. Esta resposta nada mais é ou ocupa o papel das antigas alegações preliminares, visto que já há processo instaurado.<sup>104</sup> Como não há qualquer outra previsão, é imperativo concluir que, caso o juiz não absolva sumariamente o acusado, designará audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, deferindo a produção das provas já requeridas na resposta inicial ofertada pelo acusado.

No tocante à instrução e julgamento, optou o legislador por fazê-la em momento único, isto é, em audiência única, onde serão ouvidas todas as testemunhas, o ofendido e interrogado o acusado. Caso existam diligências a serem realizadas, originadas de fatos apurados na instrução<sup>105</sup>, havendo deferimento, serão elas realizadas, com o oferecimento posterior de memoriais, com o prazo de 5 (cinco) dias para cada parte. Não havendo diligências ou sendo indeferidas, haverá debate oral, por 20 (vinte) minutos, respectivamente para acusação e defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez) minutos, sendo, em seguida, prolatada sentença.

Se, por um lado, procurou-se homenagear a oralidade, o que é elogiável, por outro, verifica-se nada razoável a colheita de toda a prova processual num único ato e ainda a apresentação das alegações finais e julgamento do caso penal neste mesmo momento, tendo em vista a impossibilidade de se poder interpretar toda a prova e valorá-la de modo instantâneo.

---

<sup>104</sup> Neste aspecto também procurou inovar o legislador, pois, na esteira do processo civil, previu que somente haverá processo com a devida citação do acusado, não sendo mais possível afirmar que o processo tem início com o recebimento da denúncia ou queixa, como antes ocorria, aperfeiçoando-se com a citação do acusado. Esta conclusão se depreende da redação dada ao artigo 363 do Código de Processo Penal: Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.

<sup>105</sup> Esta previsão substitui o antigo artigo 499 do Código de Processo Penal.

Há evidente equívoco. O processo precisa de tempo para amadurecer. A prova precisa ser colhida sem atropelos. O julgamento precisa ser sereno e não atropelado ou precipitado. Imagine-se a qualidade de uma decisão e até de apresentação das alegações finais num ato processual único, onde foram ouvidas 16 (dezesseis) testemunhas, o ofendido e ainda fora interrogado o acusado<sup>106</sup>.

Não é a condensação dos atos processuais em momento único<sup>107</sup> que irá resolver a demora na prestação jurisdicional. Também não é a condensação que irá garantir a efetividade dos direitos e garantias constitucionais do acusado. Ao contrário, nem o processo será efetivado no tempo devido, nem as garantias serão respeitadas. O que efetivamente fere o prazo razoável são os absurdos intervalos de tempo que transcorrem entre os atos processuais. A concatenação entre os atos e os intervalos devidos é que efetivamente farão com que o processo seja devido e a razoabilidade respeitada.

#### 3.4.5 O rito sumaríssimo

Com o advento da Lei 9.099/95,<sup>108</sup> foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em atendimento ao comando estampado no artigo 98, I, da Constituição da República de 1988.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Esta é a possibilidade no rito comum ordinário, onde cada parte pode arrolar até oito testemunhas (artigo 401 do Código de Processo Penal).

<sup>107</sup> Neste sentido, é necessário ressaltar que o próprio interrogatório do acusado, agora realizado no final da instrução – o que é salutar – ficará esvaziado de garantias, especialmente aquela prevista no próprio Código de Processo Penal (artigo 185, § 2.º) que lhe garante a possibilidade de se entrevistar com o seu defensor antes do ato. Ora, colhidas as provas, irá o juiz suspender a audiência para que o acusado possa se entrevistar com o defensor? Antes da audiência não é razoável, visto que a prova ainda não foi colhida e é sobre ela que o acusado se manifestará no seu interrogatório.

<sup>108</sup> BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 27 set. 1995.

Na esfera criminal, a criação do Juizado Especial representou uma inovação no sistema processual, pois trouxe novos institutos, desconhecidos do direito processual penal, tais como a transação, a conciliação, medidas despenalizadoras, a suspensão condicional do processo e ainda a necessidade de representação para o delito de lesões corporais leves e culposas.

Além disso, previu a possibilidade de composição dos danos sofridos pela vítima, trazendo-a para o processo penal, fato este não condizente com as suas finalidades, tendo em conta que este deve visar solucionar o caso entre o acusado e o Estado, tendo a vítima outras esferas para a busca de direitos que julga possuir. Analisando a segurança pública e os direitos das vítimas, a crítica elaborada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho no ano de 2002 nunca foi tão atual, mormente agora com a inserção do inciso VII no artigo 387 do Código de Processo Penal, através da Lei 11.719/2008:

Pois não é, salvo engano, outra coisa que se pretende com a regra *de reforma* criada para o art. 387, inciso VII ('Fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.'). do Código de Processo Penal, no Projeto de Lei n.º 4.207/2001, que, por sorte, *giace* – como dizem os italianos – no Congresso Nacional. A intenção – há de se reconhecer – não é má. Má, em verdade, é a estrutura jurídica que se pretende criar, dado serem coisas diferentes. Pode-se bem isso ver da dita Exposição de Motivos do precitado Projeto, onde se antecipa a tentativa de reforma também do art. 63 do CPP, incluindo-se um parágrafo único: 'Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do art. 387, VII, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido', nos seguintes termos: 'em benefício da vítima, que ocupa lugar de destaque no processo penal contemporâneo, o art. 387 do Código de Processo Penal, que cuida da sentença penal condenatória, teve acrescido um inciso (VII), estipulando que nela o juiz fixe, desde logo, valor mínimo para a reparação dos danos provocados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; e ao art. 63, atinente aos efeitos civis da sentença penal, foi acrescentado o parágrafo único,

---

<sup>109</sup> Artigo 98 - A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

determinando que, transitada em julgado a referida sentença, a execução pode ser efetuada pelo valor fixado pelo juiz, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido. Desse modo, a vítima poderá ser desde logo satisfeita, embora parcialmente, sem necessidade de aguardar as delongas do processo civil de liquidação.' Ora, não basta mexer tão-só em tais artigos; e se assim se fizer, a reforma é, à evidência, inconstitucional, a começar pela ofensa ao princípio do devido processo legal, em face da violação inequívoca ao princípio da correlação entre imputação e sentença. Por primário, haver-se-ia de reformar, também, a estrutura da inicial (denúncia ou queixa), de modo a garantir os requisitos necessários à efetiva defesa, mais tarde. Ficaria, porém, um outro problema – e são tantos que não cabe aqui enumerar –, referente à legitimidade. No caso dos processos decorrentes e ação de iniciativa privada, donde o órgão do Ministério Público arranjaria o lugar de *parte legítima*? Donde adviria uma *legitimação extraordinária* (se é que disto se pode falar no processo penal brasileiro!)? Ora, é preciso *mettere il Pubblico Ministero al suo posto*, como lembrou CARNELUTTI em passagem histórica, embora referente a outro ponto. Enfim, precisa o País de reformas no seu processo penal, mas não assim. As vítimas – como parece óbvio – por elas não chegarão a lugar algum, ou melhor, sofrerão mais um golpe, um golpe discursivo, retórico, no melhor estilo de ZBIGNIEW BRZEZINSKI, ou seja, de 'tittytainment' (HANS-PETER MARTIN & HARALD SCHUMANN), a versão neoliberal do romano *panem et circenes* de JUVENAL.<sup>110</sup>

Posteriormente, mais especificamente em 2001, foi editada a Lei 10.259/2001, criando o Juizado Especial Criminal Federal, visto que a anterior (Lei 9.099/95) havia criado o juizado no âmbito da Justiça Estadual.

As medidas previstas na Lei 9.099/95, com as alterações trazidas pela Lei 10.259/2001, têm, em regra, aplicação a todas as contravenções e aos crimes de menor potencial ofensivo, entendido esses últimos como aqueles cuja pena máxima não exceda a dois anos, além da pena de multa<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Segurança Pública e o direito das vítimas. In: **Revista de Estudos Criminais**. N.º 8. Porto Alegre: Editora Nota Dez, 2003, 143-144.

<sup>111</sup> Inicialmente, a Lei 9.099/95 definia como crimes de menor potencial ofensivo aqueles aos quais a lei cominasse pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei previsse procedimento especial (artigo 61). Com o advento da Lei 10.259/2001, a pena máxima foi aumentada para dois anos, especificamente para os casos de competência dos Juizados Especiais Federais Criminais (artigo 2.º, § único). Após inúmeros reclames da doutrina e da jurisprudência, o legislador, verificando o equívoco, dado o tratamento desigual conferido, acabou por alterar o artigo 61 da Lei 9.099/95, através da Lei 11.313/2006, que passou a ter a seguinte redação: "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa." Em relação à Lei 10.259/2001, alterou o artigo 2.º, suprimindo o parágrafo único antes existente, também através da Lei 11.313/2006.

Novos critérios de orientação foram trazidos para os processos do juizado, quais sejam: oralidade, informalidade, economia processual e celeridade<sup>112</sup>. De início, é importante ressaltar que referidos critérios devem ser analisados e utilizados sempre em consonância com as garantias da defesa, especialmente a celeridade, que jamais poderá ser invocada em prejuízo das garantias constitucionais asseguradas ao investigado ou acusado.

Três institutos criados pela legislação dos juzados merecem a análise de sua correta aplicabilidade tendo como ponto de investigação a questão temporal: a audiência de conciliação; a audiência de transação penal e o procedimento sumaríssimo.

Inicialmente, a denominada “audiência de conciliação” tem cabimento em todas as contravenções e ainda em todos os crimes de competência do juizado, independentemente de serem de ação penal pública incondicionada, condicionada à representação ou ainda de iniciativa privada. Este ato processual possui a finalidade precípua de conciliar as partes, colocando fim ao procedimento<sup>113</sup>, exceto nos casos de ação incondicionada que, por determinação legal,<sup>114</sup> só podem ser encerrados em etapa seguinte, independentemente de ter havido conciliação entre as partes.

A conciliação busca a solução do conflito através de um acordo entre as partes envolvidas, ato este que deve ser presidido por um juiz leigo, com a homologação do juiz togado.

---

<sup>112</sup> Artigo 62 da Lei 9.099/95: O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

<sup>113</sup> Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

<sup>114</sup> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.



Em regra, desde a elaboração do termo circunstanciado<sup>115</sup>, ou documento equivalente, a parte ou as partes envolvidas no crime ou contravenção, em tese, praticados, já tomam ciência da data em que deverão comparecer no Juizado Especial para participarem do ato em referência. Além disso, em regra recebem a advertência da necessidade de se fazerem acompanhar de advogado, sob pena de lhes ser nomeado defensor dativo.

Autor do fato<sup>116</sup> e vítima são reunidos e o conciliador busca mostrar as vantagens da conciliação e o conseqüente fim do procedimento. É, segundo o artigo 72, imprescindível a presença de advogado para ambas as partes, a fim de que eventual acordo ou composição seja realizado como expressão de suas vontades, cientes da conseqüência de não poderem continuar com o litígio.

Assim, caso qualquer uma das partes não se faça acompanhar de advogado, deverá ser-lhe nomeado defensor e, antes da prática de qualquer ato, deverá este ter acesso ao caso em questão e a possibilidade de contato com a parte, de forma reservada e em ambiente adequado, para poder analisar a melhor solução desde o ponto de vista da parte envolvida. A aceitação ou não da conciliação traz conseqüências jurídicas para as partes,<sup>117</sup> devendo as mesmas ter ciência deste fato, não podendo haver a prática do ato tão somente para resolver a situação ou a pauta cartorária. Não havendo defensor ou não estando a parte apta a decidir neste

---

<sup>115</sup> Documento previsto no artigo 69 da Lei 9.099/95 onde devem ficar registrados os dados da infração cometida, para subsidiar o processamento no Juizado Especial. Foi criado para substituir o inquérito policial, simplificando a investigação do fato delituoso.

<sup>116</sup> Esta é a denominação trazida pela lei para a pessoa física a quem é imputada a prática do delito, de acordo com o artigo 69 da Lei 9.099/95.

<sup>117</sup> A composição dos danos civis ou a simples conciliação entre as partes faz com que haja a renúncia ao direito de queixa ou representação, conforme o caso, gerando a extinção da punibilidade. Portanto, a lei criou nova hipótese de extinção da punibilidade não prevista no rol do artigo 107 do Código Penal, criando a figura da renúncia ao direito de representação. Antes existia e era possível a retratação da representação, anterior ao oferecimento da denúncia. Neste sentido, por todos: LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de...**, p. 690.

momento, deverá haver a remarcação da audiência para momento posterior, respeitando-se assim o devido processo.

Em se tratando de delito de ação penal pública incondicionada, deverá o autor do fato estar ciente que o acordo não colocará fim ao procedimento, sendo necessária, ao menos, a realização da transação penal, para colocar fim ao caso.

A transação penal é, pois, o segundo aspecto que merece análise sob a ótica do tempo do ato processual. Em regra, finda a etapa da conciliação e não havendo acordo entre as partes, logo em seguida é ofertada a transação penal, também denominada, aplicação imediata de pena não privativa de liberdade<sup>118</sup>.

Consiste, pois, na propositura, por parte do Ministério Público, de medida visando colocar fim ao procedimento mediante a aceitação e cumprimento, por parte do autor do fato, de pagamento de multa ou medida restritiva de direito. Como visto, é medida que se dá entre partes, qual seja, o Ministério Público e o autor do fato, não cabendo qualquer participação da vítima, pois a esta, não tendo havido conciliação, somente caberá buscar na esfera cível qualquer direito que julgue possuir.

Importante ressaltar a necessidade de explicitação para o autor do fato das conseqüências que advirão de sua aceitação ou não da denominada transação. Em

---

<sup>118</sup> É controverso o dispositivo da transação penal na doutrina. Alguns autores defendem a inconstitucionalidade do instituto, valendo citar, por todos, a posição de Geraldo Prado: "Na realidade, a transação penal criou uma situação no mínimo estranha ao permitir a aplicação de pena fundada em juízo provisório de culpabilidade. Isto porque uma das funções do processo penal consiste em determinar, dentro de certos limites, a existência da infração penal, considerada não somente do ponto de vista objetivo, mas por conta da culpabilidade. Sem a constatação processual da culpabilidade a rigor não caberia impor penas." (PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 18). Em sentido contrário, por todos, Marcellus Polastri Lima: "O procedimento, mesmo que breve, para a imposição da pena acordada, já é o devido processo previsto constitucionalmente e em lei infraconstitucional, um procedimento consensual e célere, em que visa à não-propositura de um processo mais gravoso ao autor do fato, desde que este aceite cumprir certas condições estabelecidas na lei. [...] Por outro lado, aqui não se afere culpa e, assim, não há que se falar em descumprimento do princípio da não-culpabilidade." (LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de...**, p. 696-697).

ambas as hipóteses, deverá haver tempo razoável para que este possa analisar, juntamente com o defensor, a melhor opção<sup>119</sup>. O Atropelo do ato causa evidente prejuízo, vez que as conseqüências da opção interferem diretamente na vida do autor do fato por um longo tempo<sup>120</sup>.

Por fim, resta analisar o procedimento sumaríssimo, criado pela Lei 9.099/95 e aplicável aos casos de competência do juizado especial, onde não foram alcançadas a composição ou conciliação e nem a transação penal. Nesses casos, o Ministério Público oferecerá denúncia oral ou, em se tratando de ação penal de iniciativa privada, a parte ofendida poderá oferecer queixa-crime visando a instauração do procedimento a seguir analisado<sup>121</sup>.

Trata-se do procedimento mais célere previsto em nossa legislação processual penal. De acordo com a previsão legal<sup>122</sup>, deve iniciar e terminar no mesmo ato, isto é, desde o recebimento da denúncia ou queixa até a sentença, todos os atos processuais são praticados de forma ininterrupta.

O que mais causa espécie é a previsão legal de que nenhum ato deverá ser adiado e ainda a possibilidade de o juiz limitar ou excluir as provas que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias. Por óbvio, além de firmar posição no

---

<sup>119</sup> A prática tem demonstrado, infelizmente, que as audiências de transação penal são realizadas por estagiários, sem a presença do Juiz e do Ministério Público e, o mais grave, sem a presença de advogado. Na quase totalidade dos casos, a proposta acaba sendo aceita pelo autor do fato, para o qual sequer são explicadas em detalhe as conseqüências do ato. Quando não se aceita a proposta, a impressão que fica é que o autor do fato deverá provar, durante a instrução, a sua inocência, em total inversão dos princípios constitucionais, especialmente a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

<sup>120</sup> Exemplo disso é a aceitação da transação, que gera o registro do ato para impedir a utilização do mesmo “benefício” no prazo de cinco anos – Artigo 76, § 4.º da Lei 9.099/95.

<sup>121</sup> Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

<sup>122</sup> Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

fortalecimento do sistema inquisitório, colocando nas mãos do julgador a possibilidade de produzir provas, ainda cerceia às partes a possibilidade de provar os fatos e influir no convencimento do julgador, afrontando diretamente o princípio do devido processo legal e inúmeras garantias dele decorrentes.

Aliás, o legislador, no afã de tentar solucionar o problema da morosidade da justiça, entendeu, de forma equivocada, que a criação de ritos sumários ou sumaríssimos solucionaria o problema, o que efetivamente não gerou qualquer efeito positivo, pois tais ritos cerceiam as garantias fundamentais do acusado. Segundo Carlos Alberto de Oliveira, “[...] criaram-se, simplesmente procedimentos especialíssimos, geralmente com total desconhecimento do tão decantado princípio da igualdade das partes no processo, gerando-se, com isso, dupla desigualdade: desigualdade *de* procedimento e desigualdade *no* procedimento.”<sup>123</sup>

Segundo Décio Alonso Gomes, falta técnica adequada e discussão cuidadosa quando da criação dos procedimentos abreviados ou abreviadíssimos, ressaltando que se visa maior velocidade e economia de tempo, todavia não se pensa de que forma, com que conseqüência e a que custo essas reformas serão feitas.<sup>124</sup>

É no mínimo estranho para o autor do fato ingressar no recinto de audiências sem que se tenha ainda iniciado o processo em seu desfavor e correr o risco de sair de lá condenado, sem, por óbvio, poder exercer a defesa em sua amplitude, visto que, conforme já explicitado, todos os atos são realizados sequencialmente, impossibilitando, ao que tudo indica, qualquer contato com o próprio defensor antes do interrogatório do agora denunciado e processado.

---

<sup>123</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto A. de. **Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual**. Ajuris 33/81, Porto Alegre: Ajuris, 1985.

<sup>124</sup> GOMES, Décio Alonso. **(Des)Aceleração...**, p. 43-44.

É estranho, aliás, não só para o autor do fato a realização de audiência una, como também para as testemunhas, notificadas anteriormente para comparecerem ao ato, visto que é incerta a oitiva das mesmas. Caso o juiz entenda pela rejeição da denúncia ou queixa, elas serão dispensadas, sem serem ouvidas. Da mesma forma, caso o juiz entenda ser a prova protelatória, irá dispensá-las. Fica esvaziado de sentido o rito em questão, dada a incerteza da realização de determinados atos e ainda da própria instauração do processo.

Portanto, no rito em questão houve evidente atropelo das garantias constitucionais por parte do legislador vez que confundiu celeridade, informalidade, oralidade e economia processual com pressa, cerceamento de direitos, inversão de princípios, gerando evidente afronta ao *due process*.

#### 3.4.6 O rito dos crimes de competência do júri

Em relação aos crimes dolosos contra a vida<sup>125</sup> é assegurada a competência do júri, garantida pela Constituição da República.<sup>126</sup> Trata-se de procedimento específico, que se desenvolve em duas fases, sendo, pois denominado bifásico ou escalonado.

A primeira fase, denominada *judicium accusationis*, segue inicialmente a instrução do rito comum ordinário. Tem início com o recebimento da denúncia ou

---

<sup>125</sup> Tendo em conta que a competência foi erigida a nível constitucional, quando houver concurso com outro crime prevalecerá sempre a competência do tribunal do júri, dando-se, assim, a atração dos crimes conexos. Neste sentido: LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de...**, p. 643.

<sup>126</sup> Constituição da República de 1988: 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: XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

queixa, seguida da citação e interrogatório do acusado, apresentação das alegações preliminares e colheita da prova testemunhal. Segue, pois, o preconizado nos artigos 394 a 405 do Código de Processo Penal, sobre os quais são válidos os comentários realizados anteriormente, quando da análise do rito antes citado.

Vencida a colheita da prova testemunhal, o juiz mandará abrir o prazo de 5 (cinco) dias para a acusação e, posteriormente, para a defesa, para a apresentação de alegações. Havendo querelante, este se manifestará antes do Ministério Público e, no caso de assistente de acusação, este terá o prazo comum com o *parquet*.<sup>127</sup>

É importante ressaltar que as alegações possuem a finalidade única de demonstrar ao juiz que no caderno processual estão presentes (ou não) a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a fim de embasar a decisão de pronúncia ou convencer o magistrado pela impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação do crime.<sup>128</sup> Interessante destacar que no rito comum ordinário, onde as alegações são “finais”, isto é, deve ser apresentada a tese da acusação e da defesa para posterior sentença resolvendo em primeira instância o caso penal, o prazo é de apenas três dias, enquanto que neste procedimento do júri, onde as alegações servem praticamente apenas demonstrar ou não a prova da existência do crime e da autoria, o prazo acaba sendo maior. Independentemente dessa situação, ambos os prazos não são razoáveis, ofendendo o devido processo e sua garantia ao processo no prazo razoável.

---

<sup>127</sup> Art. 406. Terminada a inquirição das testemunhas, mandará o juiz dar vista dos autos, para alegações, ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, por igual prazo, e em cartório, ao defensor do réu. § 1º Se houver querelante, terá este vista do processo, antes do Ministério Público, por igual prazo, e, havendo assistente, o prazo lhe correrá conjuntamente com o do Ministério Público.

<sup>128</sup> Não se pode perder de vista que o juiz natural nestes casos de crimes dolosos contra a vida é o conselho de sentença, não cabendo ao juiz singular ingressar no mérito da acusação, sob pena de violar o princípio constitucional.

Após as alegações, caberá ao juiz decidir pela pronúncia do acusado, pela impronúncia, pela absolvição sumária ou, ainda, pela desclassificação do delito. A decisão deverá ser prolatada no prazo de 10 (dez) dias, de acordo com o artigo 800, I, do Código de Processo Penal. Impende destacar que pode o juiz, antes da decisão, ordenar, de ofício, diligências para sanar nulidades ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade, inclusive com a oitiva de testemunhas, o que demonstra o ranço inquisitório ainda presente no processo penal, nada obstante a Constituição da República tenha optado pelo sistema acusatório.

Havendo a pronúncia do acusado, tem então início a segunda fase do rito, denominada *judicium causae*, com o encaminhamento dos autos ao Ministério Público, para a apresentação do libelo, “peça que se equivale a uma inicial penal, mas que inaugura a segunda fase do procedimento do júri.”<sup>129</sup> Após, a defesa será intimada para apresentar a contrariedade do libelo, também em cinco dias, contendo a tese defensiva e ainda documentos, rol testemunhas e diligências necessárias. Após, realizadas eventuais diligências necessárias, o processo estará pronto para ser incluído na pauta de julgamento pelo plenário do júri.

Um incidente, importante na análise da duração do processo, denominado **desaforamento**, poderá ocorrer antes do julgamento. Prevê o artigo 424 do Código de Processo Penal:

Art. 424. Se o interesse da ordem pública o reclamar, ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do réu, o Tribunal de Apelação, a requerimento de qualquer das partes ou mediante representação do juiz, e ouvido sempre o procurador-geral, poderá desaforar o julgamento para comarca ou termo próximo, onde não subsistam aqueles motivos, após informação do juiz, se a medida não tiver sido solicitada, de ofício, por ele próprio.

---

<sup>129</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de...**, p. 660.

Parágrafo único. O Tribunal de Apelação poderá ainda, a requerimento do réu ou do Ministério Público, determinar o desaforamento, se o julgamento não se realizar no período de um ano, contado do recebimento do libelo, desde que para a demora não haja concorrido o réu ou a defesa.

Além dos motivos trazidos no *caput* do artigo, que são efetivamente motivos de gravidade, invocados para preservar a ordem pública, resguardar a imparcialidade do julgamento e a segurança do acusado, existe um motivo específico trazido no parágrafo único: **evitar a procrastinação no julgamento**.

A partir do recebimento do libelo, se, passado um ano, não tiver sido realizado o julgamento, o acusado ou o próprio Ministério Público poderá pedir o desaforamento, exceto se para a demora tiver concorrido aquele ou a sua defesa. Por objetivo ser um mecanismo de controle do tempo processual e de prestação da tutela jurisdicional no tempo devido, na prática raras vezes é utilizado.

Segundo Fauzi Hassan Choukr, o instituto acaba sendo um instrumento de punição do acusado com o deslocamento da competência territorial pela ineficiência da administração do Estado que, por não prover as necessidades do Poder Judiciário, acaba privando o acusado de ser julgado pelo seu juiz natural.<sup>130</sup>

Conclui o autor que “ao final da cláusula o legislador soube condicionar sua ocorrência às atividades exclusivas da defesa, como se a defesa se movimentasse no processo sem controle jurisdicional e pudesse fazer e desfazer da ‘relação processual’ como melhor lhe aprouvesse.”<sup>131</sup>

Com a reforma trazida pela Lei n.º 11.689, de 9 de junho de 2008, o artigo 424 do Código de Processo Penal foi substituído pelo artigo 428, com a seguinte redação:

---

<sup>130</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo...**, p. 661.

<sup>131</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Idem*, *ibidem*.



Art. 428. O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

Houve alteração substancial, visto que o prazo para o desaforamento, que era o lapso de um ano sem o julgamento, foi reduzido para seis meses. Outra inovação diz respeito à possibilidade: haverá desaforamento se houver comprovado excesso de serviço. Mais uma vez o acusado é punido pela falta de competência e de organização do próprio Estado.

Não sendo caso de desaforamento, o rito prevê o julgamento pelo conselho de sentença, após tomadas todas as providências necessárias, com distribuição eqüitativa de tempo para as partes.

Para os debates orais, previa o rito o prazo de duas horas para a acusação e igual prazo para a defesa.<sup>132</sup> Havendo mais de um acusado, o tempo era estendido para três horas. Importante salientar que, em havendo vários acusados, o tempo poderá ser escasso, ressaltando-se a gravidade de um julgamento pelo júri e as conseqüências que poderão advir para os acusados. Com as alterações trazidas pela Lei n.º 11.689, de 9 de junho de 2008, houve redução para uma hora e meia para a acusação e igual prazo para a defesa, para os debates orais. Réplica e tréplica poderão ser realizadas em até uma hora cada. Se houver mais de um acusado, o prazo para os debates será de duas horas e meia para acusação e igual

---

<sup>132</sup> Código de Processo Penal, art. 474: “O tempo destinado à acusação e à defesa será de 2 (duas) horas para cada um, e de meia hora a réplica e outro tanto para a tréplica. § 2º Havendo mais de um réu, o tempo para a acusação e para a defesa será, em relação a todos, acrescido de 1 (uma) hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica, observado o disposto no parágrafo anterior”.

período para a defesa. Réplica e tréplica possuem prazo em dobro em relação ao caso quando haja apenas um acusado.<sup>133</sup>

### 3.4.7 O rito da nova lei de entorpecentes

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006,<sup>134</sup> conhecida como nova lei de entorpecentes ou ainda nova lei de drogas, trouxe novo rito para a apuração dos crimes relacionados a entorpecentes. O procedimento penal está previsto nos artigos 48 a 64, com aplicação subsidiária do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

Prevê a lei em questão que o agente que praticar as condutas do artigo 28, estará sujeito à a legislação dos juizados especiais criminais<sup>135</sup>, valendo, pois, neste aspecto, as observações feitas quando da análise do rito sumaríssimo.

A primeira questão relativa à razoável duração do processo (incluído, por óbvio, o procedimento investigatório) diz respeito à duração do inquérito policial, quando o investigado estiver preso. Prevê o artigo 51 que o inquérito policial será

---

<sup>133</sup> Art. 477. O tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica. § 1º Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz presidente, de forma a não exceder o determinado neste artigo. § 2º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo para a acusação e a defesa será acrescido de 1 (uma) hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica, observado o disposto no § 1º deste artigo.

<sup>134</sup> BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 24 ago. 2006.

<sup>135</sup> Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. § 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

concluído no prazo de 30 (trinta) dias, podendo ser duplicado pelo juiz, mediante pedido justificado da autoridade policial.<sup>136</sup>

Ora, como é sabido, a prisão em flagrante, para ser legal, deve se subsumir às hipóteses taxativas do artigo 302 do Código de Processo Penal. Legal o flagrante, em regra deve nele estar demonstrada a autoria do crime e a prova de sua existência. Assim, algumas diligências complementares serão suficientes para formar o denominado 'suporte probatório mínimo' indispensável para que o órgão de acusação possa oferecer a inicial acusatória com vista a dar início ao processo criminal.

Da mesma forma, a regra estampada no artigo 10 do Código de Processo Penal prevê o prazo máximo de 10 (dez) dias para a conclusão do inquérito policial quando o agente estiver preso a esse título. A Lei 6.368/76, antiga lei de tóxicos, previa o prazo de 5 (cinco) dias<sup>137</sup> e a Lei 10.409/2002, última lei de tóxicos a ser revogada, previa o prazo de 15 (quinze) dias<sup>138</sup> para a referida atividade policial.

Desta forma, resta claro que o legislador exasperou no prazo de conclusão do inquérito policial, o que não se mostra nada razoável. Paulo Rangel adverte, ao comentar a lei em análise, que "não há dúvida de que quanto menos tempo o indiciado estiver preso, maior o respeito à sua liberdade de locomoção e, conseqüentemente, menor será o constrangimento ao seu *status dignitatis*"<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto. Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

<sup>137</sup> Art. 21. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade policial dela fará comunicação imediata ao juiz competente, remetendo-lhe juntamente uma cópia do auto lavrado e o respectivo auto nos 5 (cinco) dias seguintes.

<sup>138</sup> Art. 29. O inquérito policial será concluído no prazo máximo de 15 (quinze) dias, se o indiciado estiver preso, e de 30 (trinta) dias, quando solto.

<sup>139</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 199.

A situação se agrava se for levado em conta o parágrafo único do artigo 51, que prevê a possibilidade de o juiz duplicar o prazo, a pedido justificado da autoridade de polícia judiciária<sup>140</sup>. Neste caso, o investigado poderá ficar preso pelo prazo de 60 (sessenta) dias, sem que tenha processo instaurado em seu desfavor, restando claro evidente constrangimento ilegal.

Outra questão de extrema importância diz respeito à possibilidade do oferecimento de verdadeira defesa prévia, no prazo de 10 (dez) dias, por parte do acusado. Trata-se de atitude louvável do legislador, pois garante o exercício do contraditório e da ampla defesa antes de se ter instaurado o processo, podendo levar, inclusive, o juiz a não receber a denúncia, evitando que o acusado passe pelo desconforto de responder a um processo cuja acusação não possui lastro suficiente.

Entretanto, com o advento das reformas trazidas pela Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, a defesa prévia, realizada efetivamente antes da instauração do processo, deixou de existir. Isto porque o parágrafo 4.º do artigo 394 prevê expressamente que as disposições dos atuais artigos 395 a 398 do Código de Processo Penal terão aplicação a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados no Código, esvaziando a antiga previsão da Lei de Entorpecentes.<sup>141</sup>

Por fim, merece crítica a previsão de realização de audiência de instrução e julgamento, com a concentração de todos os atos processuais num único

---

<sup>140</sup> Conforme esclarece Paulo Rangel, “não existe polícia judiciária, é a atividade dela que é de caráter judiciário, ou seja, a polícia que atua após o cometimento do crime, polícia de investigação, de repressão. No Brasil exercida, em regra, pelas polícias civil e federal. A polícia militar exerce o policiamento ostensivo e preventivo fardado, atuando antes do cometimento do crime”. (BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários...**, p. 196, nota de rodapé 12).

<sup>141</sup> Art. 394. O procedimento será comum ou especial. § 4º As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.

momento<sup>142</sup>. Além disso, o ato de interrogatório restou previsto como ato inicial da instrução, contrariando o sistema acusatório e a tendência e previsão da própria lei dos juizados especiais criminais.

Portanto, meras reformas realizadas de afogadilho, porque pretendentes a dar uma resposta imediata à sociedade em razão de acontecimentos que 'chocam', ligados evidentemente à violência, jamais trarão qualquer efetividade ao processo e respeito aos princípios trazidos pela Constituição da República, visto não passarem de meras alterações superficiais, sendo que o problema de fundo diz respeito diretamente ao sistema processual adotado e a forma como deverá ser efetivado.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, partindo da análise do livro de Albert Camus, intitulado *O Estrangeiro*, chama a atenção para um ponto de efetiva importância, qual seja, o papel que as pessoas possuem no processo e na sua condução, especialmente a figura do juiz:

O que de mais grave se vive hoje na estrutura da Justiça, pelo menos no meu singelo modo de ver, é exatamente essa crise não propriamente em relação às pessoas e àquilo que elas fazem, de modo a transbordar como conteúdo dos processos no foro, mas em relação à própria condução dos processos, ou seja, a gente da Justiça não se dá conta de que há um estrangeiro do juiz, nem de que o juiz pode ser mesmo o estrangeiro no discurso que está fazendo. Aqui reside o ponto central a ser pensado; e só ele já seria suficiente para virar do avesso as teorias jurídicas, hermenêuticas, filosóficas, enfim, o discurso tradicional do Direito.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz. Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. Art. 58. Encerrados os debates, proferirá o juiz sentença de imediato, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

<sup>143</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. **Direito e psicanálise...** obra citada, p. 70.

As regras do jogo devem ser respeitadas. Há que se ter um referencial, do qual não se pode abrir mão. O ato de julgar é muito sério e os julgadores não se podem curvar a procedimentos e a reformas eleitoreiras que colocam em jogo a própria democracia. O Poder Judiciário é um referencial e ainda deve ser mantido, sob pena de conseqüências desastrosas para a democracia. Miranda Coutinho adverte:

A construção só se dá por força de um referencial e dele não se pode abrir mão. Esse referencial não pode, de fato, ceder. Se o referencial da sociedade ceder – e o Poder Judiciário, nesse aspecto, é um referencial – o máximo que vamos conseguir é esse lugar absurdo, onde o que menos conta é aquilo que se põe como regra do jogo. [...]

Na verdade, o que me coloca a pensar é que essa gente não o detestava; mas ele era indiferente para eles. Ou seja, nós passamos um bocado de tempo insistindo, com razão, na indiferença de Meursault, mas eu estou falando de outra coisa: falo da indiferença daqueles que o estão julgando. Essa indiferença se mostra como resultado daquela falta de referência que os psicanalistas têm denunciado. Nós, do Direito, precisamos aprender com os psicanalistas que isso não é mero discurso (muito menos para nós) e que tem produzido, entre outras coisas, um efeito desastroso, o que é grave. Há, contudo, uma distinção. Os psicanalistas tratam da chance para que as pessoas possam se equilibrar. Nós, não! Nós matamos gente, porque a força da nossa caneta é muito grande; produz um buraco no qual tu metes a cabeça e ela vai cortada.<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. **Direito e psicanálise...** obra citada, p. 81 e 83. Em outra passagem, o citado autor já advertia para os perigos de se aceitar as coisas da forma como são postas, ainda mais quando isto significa deixar de lado a própria Constituição: “Tem sido uma missão assaz espinhosa dar vida concreta à Constituição da República de 1988, embora já lhe comece a pesar os anos, ou melhor, já nos comece a bater a vergonha pela sua falta de efetivação e quiçá pela certeza – não muito difícil de antever, embora pessimista – de um nunca-vir-a-ser. De qualquer sorte, para construir um futuro melhor não se pode sonegar a realidade e, muito menos, o passado. Não raro, porém, na realidade põe-se um véu; e joga-se com a retórica fácil, de modo a que cumpra o seu papel ideológico de escamotear o subjacente. Quanto ao passado, a regra é ser desconhecido, quando não ignorado. Tomado como sinônimo de velho, ganha um sentido negativo e perde sua face mais cintilante, ou seja, a tradição, sem a qual não há referencial honesto a amparar a constituição do futuro. Empurrados para o mercado por um câmbio epistemológico tanto duvidoso quanto desconhecido, consumimos tudo como se fosse *fast food*; e não temos, talvez até por uma certa cegueira, olhado as conseqüências, mormente aquelas que reclamam análises a longo prazo”. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Crime continuado e unidade processual. In: **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**. SHECAIRA, Sérgio Salomão (org). São Paulo: Editora Método, 2001, p. 195.

### 3.5. O processo no tempo razoável – a doutrina do não prazo

Não há qualquer previsão ou fixação de prazos máximos para a duração dos processos tanto nas convenções e tratados internacionais, recepcionados pelo direito brasileiro, como na Constituição da República de 1988. Da mesma forma, não há delegação para que a matéria seja regulamentada pela legislação infraconstitucional.

Tem-se adotado a denominada “doutrina do não-prazo”, tanto pelo sistema brasileiro, como também pelo próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em sua jurisprudência, persistindo-se numa sistemática ultrapassada.<sup>145</sup>

Foi a partir da década de 1960 que, na jurisprudência, a questão da definição do que é o prazo razoável começou a ganhar espaço. Isto se deu, segundo Daniel Pastor, de um modo praticamente simultâneo em vários países e ainda no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.<sup>146</sup>

O primeiro caso em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se manifestou no sentido de recepcionar ou não os critérios, estabelecidos pela comissão Européia de Direitos Humanos, para a aferição e determinação do que seria “prazo razoável” se deu com o julgamento do Caso “Wemhoff”, em 27 de junho de 1968, cuja questão central do caso era decidir sobre a excessiva duração da prisão preventiva como também a duração do próprio processo. Para Pastor, com esse julgamento nascia a denominada Teoria dos Sete Critérios.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Neste sentido: LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. **Direito ao processo...**, obra citada, p. 39.

<sup>146</sup> PASTOR, Daniel. **El plazo...** obra citada, p. 106 e seguintes.

<sup>147</sup> Obra citada, p. 111

Em síntese, Wemhoff, cidadão alemão, foi processado em seu país sob a acusação de cometimento de uma grande fraude bancária, com conseqüências internacionais. A investigação preliminar durou mais de dois anos. Wemhoff foi preso em 9 de novembro de 1961 e condenado a uma pena de seis anos e seis meses de reclusão em 7 de abril de 1965. Até a condenação em primeira instância, Wemhoff ficou preso três anos e cinco meses.

O caso foi levado ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos por violação do prazo razoável. A questão nuclear a ser respondida era: qual o alcance da expressão 'razoável'?. Frente a esta questão, a Comissão criou a doutrina dos 'sete critérios', que deveriam ser considerados para resolver se um lapso de tempo era ou não razoável. Esta teoria acabou sendo transposta também para a análise da razoabilidade dos processos, e não somente para a questão da prisão, que envolvia o caso Wemhoff.

Assim, a razoabilidade da prisão cautelar, bem como de um processo, deve ser analisada em razão dos seguintes critérios:

- a) a duração da prisão em si mesma;
- b) a duração da prisão cautelar em relação à natureza do delito, à pena fixada e à provável pena a ser fixada em caso de condenação;
- c) os efeitos pessoais sobre o imputado, tanto de ordem material, como moral e outros;
- d) a conduta do imputado enquanto haja podido influir na demora do processo;
- e) as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e acusados, dificuldades probatórias, etc...)
- f) a maneira como a investigação foi conduzida;



g) a conduta das autoridades judiciais.

Não se definiu, entretanto, o valor a ser atribuído a cada critério, a forma como deveriam ser combinados e nem se eles seriam os únicos pontos de vista a serem considerados para se estabelecer quando a duração da detenção era ou não razoável.

Para Pastor, analisado o Caso Wemhoff, a doutrina dos sete critérios não oferece resposta alguma para a questão, pois não estabelece qual é o prazo razoável, em que momento foi violado e quais as conseqüências da violação. Ela demonstra as dificuldades para se interpretar a expressão “prazo razoável”, abrindo claramente possibilidades de serem cometidas arbitrariedades.<sup>148</sup>

A doutrina dos sete critérios acabou sendo utilizada pela Comissão em diversos casos, não tendo sido acolhida integralmente pelo Tribunal, bem como não foi inteiramente descartada<sup>149</sup>. Serviu, enfim, para que, posteriormente, fossem estabelecidos outros critérios, mais objetivos, aceitos pelo TEDH, quais sejam:

- a) complexidade do caso;
- b) comportamento dos acusados;

---

<sup>148</sup> É importante ressaltar que no caso em comento a Comissão que resolveu levar o caso ao TEDH, utilizando a doutrina dos sete critérios, reconheceu que houve violação da Convenção Européia dos Direitos Humanos, enquanto que o TEDH, utilizando os mesmos critérios, entendeu que não houvera referida violação, demonstrando, assim, que a comissão e o TEDH encontraram, com a mesma arbitrariedade, interpretações e conseqüências diferentes.

<sup>149</sup> Após o julgamento do caso Wemhoff, seguiram-se vários outros julgamentos importantes pelo TEDH, que demonstram a evolução da utilização, mesmo que parcial, da doutrina dos sete critérios para a utilização dos três critérios. Dentre os casos julgados, merecem destaque os seguintes: o caso “Neumeister”, julgado em 27 de junho de 1968; o caso “Stogmuller”, julgado em 10 de novembro de 1969; o caso “Matznetter”, julgado em 10 de novembro de 1969; o caso “Ringelsen”, julgado em 16 de julho de 1971; o caso “Konig”, julgado em 28 de junho de 1978; o caso “Buchholz”, julgado em 6 de maio de 1981; o caso “Eckle”, julgado em 15 de julho de 1982; o caso “Foti e outros”, julgado em 10 de dezembro de 1982. destaque-se que foi neste último caso que se consolidou a utilização da “teoria dos três critérios”, bem como o estabelecimento de um critério reitor sólido na definição do ponto final da duração do procedimento cuja razoabilidade deve ser julgada: a data do trânsito em julgado da sentença definitiva. Pastor detalha o procedimento dos casos acima enumerados. PASTOR, Daniel. **El plazo...** obra citada, p. 117-155.

c) a conduta das autoridades responsáveis.

Atualmente continua o Tribunal Europeu de Direitos Humanos utilizando-se da “Teoria dos três Critérios”, sendo esta também utilizada pela corte Interamericana de Direitos Humanos. Do mesmo modo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já adotou a referida teoria<sup>150</sup>.

A falta de definição objetiva e até de quantificação à expressão ou ao conceito “razoável” (visto que à expressão ‘prazo’ é possível uma definição objetiva), fez com que as mais diversas e arbitrárias interpretações fossem dadas, gerando, assim, a denominada “doutrina do não-prazo”, pois a indefinição e vagueza de conceitos “deixa amplo espaço discricionário para avaliação segundo as circunstâncias do caso e o ‘sentir’ do julgador.”<sup>151</sup>

O sistema brasileiro adotou a teoria do não-prazo, tendo em vista a inclusão do inciso LXXVIII, ao artigo 5.º, da Constituição da República de 1988, que expressamente afirma que a todos é assegurada a **razoável duração do processo**. Existe e persiste, assim, a vagueza e a indefinição de critérios e conceitos, ficando sempre ao arbítrio do Poder Judiciário expressar, no caso concreto, o entendimento daquilo que seja o razoável, situação inconcebível em razão dos inúmeros critérios utilizados e especialmente diante das quase sempre justificações realizadas, sempre em prejuízo do acusado.

---

<sup>150</sup> Relatório n.º 111/01, Caso 11.517, Diniz Bento da Silva (Brasil), de 15 de outubro de 2001. Citado por LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. **Direito ao...** obra citada, p. 41, nota 2.

<sup>151</sup> LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. **Direito ao...** obra citada, p. 41.

### 3.6. Tempo e prescrição

A prática de um crime faz surgir para o Estado a possibilidade jurídica de aplicar a sanção penal ao agente e torna o direito de punir, que era abstrato, concreto<sup>152</sup>. A punibilidade, então, pode ser considerada como a consequência jurídica do crime, concretizada com a sua prática pelo agente.

Note-se, entretanto, que a pretensão de punir o autor da conduta delituosa deve ser exercida dentro de um determinado lapso temporal pelo Estado, que varia de acordo com a figura típica e a pena privativa de liberdade aplicada em concreto ou em abstrato pela norma penal ou por ocasião da sentença condenatória<sup>153</sup>.

A prescrição, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal brasileiro, é uma das causas extintivas da punibilidade e caracteriza-se pela perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo<sup>154</sup>, tendo em vista a perda de interesse estatal na persecução criminal ou na execução da sanção penal. Por ser de ordem pública, a prescrição pode ser declarada de ofício e a qualquer tempo do processo.

A limitação temporal da persecução penal ou da imposição da sanção fundamenta-se pelo fato de que, nas lições de Jorge de Figueiredo Dias<sup>155</sup>, o transcurso do lapso temporal é

razão bastante para que o direito penal se abstenha de intervir ou de efectivar a sua reacção. Por um lado, a censura comunitária traduzido no juízo de culpa esbata-se, se não chega mesmo a desaparecer. Por outro lado, e com maior importância, as exigências de prevenção especial, porventura muito fortes logo a seguir ao cometimento do facto, tornam-se progressivamente sem sentido e

<sup>152</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 667.

<sup>153</sup> MIRABETE, Julio Frabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008, p. 424.

<sup>154</sup> DELMANTO, Celso [et al]. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 215.

<sup>155</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 699.

podem mesmo falhar completamente os seus objectivos: quem fosse sentenciado por um facto há muito tempo cometido e mesmo porventura esquecido, ou quem sofresse a execução de uma reacção criminal há muito tempo já ditada, correria o sério risco de ser sujeito a uma sanção que não cumpriria já quaisquer finalidades de socialização ou de segurança.

Além deste aspecto material da prescrição penal, verifica-se também o carácter processual, uma vez que “la prescripción se justifica con el avance del tiempo, puesto que la investigación del hecho y la culpabilidad se hace más dificultosa y mayor es el peligro de decisiones erradas”<sup>156</sup>.

Registre-se que, muito embora a prescrição da pretensão punitiva ou executória do Estado seja aplicada, em regra, a todos os tipos penais, a Constituição da República de 1988 prevê a imprescritibilidade dos crimes de racismo (art. 5º, XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

A prescrição da pretensão punitiva do Estado, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e na qual se atinge o *jus puniendi*<sup>157</sup>, é a perda da possibilidade de aplicação da lei penal, pelo Poder Judiciário, ao autor do fato tido como delituoso, e regula-se pelo limite máximo da pena cominada em abstrato ao crime pela norma penal incriminadora, seja ela privativa de liberdade ou restritiva de direito<sup>158</sup>. Neste sentido, destaque-se:

A extinção da pretensão punitiva do Estado faz com que todos os efeitos da persecução criminal ou da sentença penal condenatória não transitada em julgado sejam completamente apagados, inclusive para

---

<sup>156</sup> MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 968. A prescrição se justifica com o avanço do tempo, visto que a investigação do fato e a culpabilidade se tornam mais dificultosa e maior é o perigo de decisões erradas. Tradução livre.

<sup>157</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. Obra citada, p. 713.

<sup>158</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 771.

fins de reincidência, equiparando-se o agente criminoso a réu primário, como se o crime nunca tivesse sido praticado<sup>159</sup>.

De acordo com o artigo 109 do Código Penal brasileiro, os prazos prescricionais verificam-se em: a) 20 anos, se o máximo da pena é superior a 12; b) 16 anos, se o máximo da pena é superior a 8 e não excede a 12; c) 12 anos, se o máximo da pena é superior a 4 e não excede a 8; d) 8 anos, se o máximo da pena é superior a 2 anos e não excede a 4; e) 4 anos, se o máximo da pena é igual a 1 ano ou, sendo superior, não excede a 2; f) 2 anos, se o máximo da pena é inferior a 1 ano.

Para a contagem do prazo prescricional são consideradas as causas de aumento e diminuição da pena. Neste caso, se variável, a pena abstrata deverá ser calculada de acordo com a menor redução prevista. Por outro lado, as circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas não influenciam na fixação do prazo prescricional, à exceção do artigo 115 do Código Penal, tampouco é levada

---

<sup>159</sup> MIRABETE, Julio F.; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008. p. 424. Neste sentido, destaca-se o seguinte julgado: “Habeas Corpus. Direito Penal. Crime de roubo. Dosimetria da pena. Nulidade. Impossibilidade de se considerar como maus antecedentes, condenação que, posteriormente, tenha sido declarada a prescrição da pretensão punitiva. Réu reconhecidamente reincidente, com pena superior a quatro anos de reclusão. Obrigatoriedade do regime fechado. Precedentes. 1. **Não é possível ao Juízo sentenciante utilizar-se dos maus antecedentes do Acusado, para exacerbar a pena-base, consubstanciado na anotação, em sua folha penal, de uma condenação atingida "pela prescrição da pretensão punitiva", pois, reconhecida a extinção da punibilidade do Agente, tem-se rescindida a condenação, desaparecendo-se todos os seus efeitos, equiparando-se o Acusado à situação de réu primário.** 2. O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu reconhecidamente reincidente, condenado à pena superior a quatro anos. Inteligência do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, e da Súmula n.º 269 desta Corte Superior de Justiça. 3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, retirar o indevido acréscimo efetuado sobre a pena-base em razão dos maus antecedentes, ficando a pena do Paciente quantificada de acordo com os cálculos da sentença condenatória em 04 (quatro) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 12 dias-multa. (STJ, HC 88961/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 14/04/2008)

em consideração eventual reincidência do acusado, de acordo com a Súmula 220 do Superior Tribunal de Justiça<sup>160</sup>.

Outrossim, na hipótese de concurso de crimes não incide o aumento de pena, nos termos do artigo 119 do Código Penal, e o prazo de prescrição da pretensão punitiva do Estado incidirá sobre cada um dos crimes, considerados isoladamente, sem o acréscimo legal<sup>161</sup>.

As penas mais leves, como as restritivas de direito, prescrevem no mesmo prazo estabelecido para a pena privativa de liberdade, conforme dispõe o artigo 118 do Código Penal. O mesmo ocorre para a pena de multa, quando cominada cumulativa ou alternativamente com a pena privativa de liberdade, de acordo com o artigo 114, inciso II, do mesmo *Codex*.

Contudo, se a pena de multa é a única cominada ao crime pela norma penal incriminadora ou aplicada pela sentença condenatória não transitada em julgado, o prazo prescricional será de dois anos, conforme dispõe o artigo 114, inciso I, do Código Penal<sup>162</sup>.

Note-se, ademais, que todos os prazos prescricionais constantes dos referidos dispositivos legais – prescrição da pretensão punitiva e executória – sofrem a incidência do artigo 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo de prescrição quando o agente era, ao tempo do crime, menor de 21 anos, ou se, na data da prolação da sentença, maior de 70 anos de idade<sup>163</sup>.

De regra, para a contagem do prazo prescricional adota-se a teoria do resultado e, sendo assim, tem início com a consumação do delito, nos termos do

---

<sup>160</sup> MIRABETE, Julio F.; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008. p. 426.

<sup>161</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 716.

<sup>162</sup> DOTTE, René Ariel. Curso de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 681.

<sup>163</sup> MIRABETE, Julio F.; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008. p. 429.

artigo 111 do Código Penal. Entretanto, nos crimes de mera conduta ou nos delitos formais, que para sua consumação exigem tão-somente a prática da conduta delituosa, o prazo de prescrição da pretensão punitiva do Estado é fixado a contar da data da ação ou omissão pelo agente.

Por outro lado, na hipótese de tentativa, no qual não há a consumação do delito por circunstâncias alheias à vontade do autor, o termo inicial do prazo prescricional será o dia em que cessou a atividade criminosa. Nos crimes permanentes, igualmente, inicia-se o prazo prescricional com a cessação da permanência. Para os crimes de bigamia e falsificação de assentamento do registro civil o prazo de prescrição começa a correr apenas quando o fato delituoso se torna conhecido.

Ademais, prevê o Código Penal a possibilidade de prescrição superveniente à sentença penal condenatória, nos termos do § 1º do artigo 110, chamada, também, de prescrição subsequente ou intercorrente.

A prescrição intercorrente é uma espécie de prescrição da pretensão punitiva do Estado, tendo em vista que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, e leva em conta não mais a pena cominada em abstrato pela norma penal incriminadora, e sim a pena aplicada em concreto pela sentença penal<sup>164</sup>.

Ou seja, na hipótese de sentença condenatória com trânsito em julgado apenas para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, a prescrição da pretensão punitiva baseia-se na pena concretamente imposta pelo juiz na sentença condenatória<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> DELMANTO, Celso [et al]. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 225.

<sup>165</sup> MIRABETE, Julio F.; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. Volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008, p. 439. A jurisprudência é neste sentido: HABEAS CORPUS – PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE OU INTERCORRENTE- OCORRÊNCIA ENTRE A

Sendo assim, a prescrição intercorrente diz respeito tão-somente ao lapso temporal existente entre a sentença penal e seu trânsito em julgado, seja após tenha se tornado definitiva apenas para a acusação ou depois de improvido seu recurso ou, ainda, na hipótese de absolvição do criminoso em primeira instância e condenação em segunda<sup>166</sup>.

Outrossim, a prescrição retroativa, assim como a prescrição intercorrente, é uma espécie de prescrição da pretensão punitiva do Estado e tem como base para o cálculo do prazo prescricional a pena efetivamente aplicada ao criminoso pela sentença penal condenatória, antes do seu trânsito em julgado.

Então, uma vez transitada em julgado a sentença para a acusação, improvido seu recurso ou, ainda, no caso de condenação apenas em segunda instância, o prazo prescricional, contado regressivamente, é fixado com base na pena concreta verificada na sentença penal e pode ser considerado entre a data da consumação do delito e o recebimento da denúncia, ou entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória<sup>167</sup>.

---

DATA DA SENTENÇA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A DEFESA, PRESENTE O PRESSUPOSTO DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ESPÉCIE DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSIDERAÇÃO DA PENA IMPOSTA NA SENTENÇA. MULTA CUMULATIVA ALCANÇADA PELA PRESCRIÇÃO. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS E DE REGISTROS CARTORÁRIOS. ORDEM CONCEDIDA. 1- A prescrição ocorrida entre a sentença e antes do trânsito em julgado para a defesa, já presente o pressuposto do trânsito em julgado para a acusação (prescrição superveniente ou intercorrente), é da pretensão punitiva, porquanto só com o trânsito em julgado para as duas partes é que se tem um título penal executivo definitivo, capaz de autorizar a pretensão executória do Estado. 2- A prescrição da pretensão punitiva superveniente tem como base a pena imposta na decisão condenatória, porquanto, já transitada em julgado a sentença para a acusação, não se pode, em recurso exclusivo da defesa, aumentar a quantidade da punição. 3- A multa imposta cumulativamente com a pena privativa de liberdade, com ela prescreve, no mesmo prazo. 5- Ordem concedida para reconhecer a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. (STJ, HC 84166/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jane Silva, DJ 08/10/2007).

<sup>166</sup> DELMANTO, Celso [et al]. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 225.

<sup>167</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 726.



Note-se que as prescrições intercorrente e retroativa são muito semelhantes, pois, muito embora sejam tipos de prescrição da pretensão punitiva, regulam-se pela pena aplicada em concreto pela sentença penal antes do trânsito em julgado. Entretanto, “a retroativa volta-se para o passado, isto é, para períodos anteriores à sentença, e a intercorrente dirige-se para o futuro, ou seja, para períodos posteriores à sentença condenatória recorrível”.<sup>168</sup>

Depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para ambas as partes – acusação e defesa – a prescrição regula-se pela pena concretizada e de acordo com os prazos previstos no artigo 109 do Código Penal<sup>169</sup>. Trata-se, pois, da prescrição da pretensão executória do Estado, o qual, pelo decurso do tempo, perde o direito de executar a pena concreta imposta ao acusado por ocasião da condenação definitiva. Apregoa Hans-Heinrich Jescheck<sup>170</sup>:

La prescripción de la ejecución opera de forma que, transcurridos ciertos plazos, no cabe ejecutar las penas o medidas (§ 11 I, num. 8) impuestas en firme. La institución de la prescripción de la ejecución solo puede justificarse mediante la fundamentación jurídicomaterial, en el sentido de que la ejecución pierde su razón de ser cuando ya hace tiempo que se perdió el recuerdo del delito y de la sentencia, e incluso el propio reo se ha transformado en otra persona.

Tratando-se de prescrição da pretensão executória, o prazo prescricional tem início com o trânsito em julgado da sentença condenatória e, ademais, aumenta-se

---

<sup>168</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 773.

<sup>169</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de...** obra citada, p. 774.

<sup>170</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Granada: Comares, 1993. p. 826. “A prescrição da execução opera de forma que, transcurridos certos prazos, não cabe executar as penas ou medidas (§ 11, I, n.º 8) impostas em definitivo. A instituição da prescrição da execução somente pode justificar-se mediante a fundamentação jurídico-material, no sentido de que a execução perde sua razão de ser quando já faz tempo que se perdeu a recordação do delito e da sentença, e inclusive o próprio réu se transformou em outra pessoa.” (tradução livre).

de um terço na hipótese de reincidência do condenado, quando expressamente reconhecida na sentença<sup>171</sup>, nos termos do artigo 110 do Código Penal.

Na hipótese de continuidade delitiva, dispõe a Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal que a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação. Por outro lado, assim como na prescrição da pretensão punitiva, no caso de concurso de crimes a contagem do prazo prescricional incidirá sobre cada um dos crimes, isoladamente, sem o acréscimo legal.

Ademais, no caso de evasão do condenado ou na hipótese de revogação do livramento condicional, a prescrição regula-se pelo restante da pena a ser cumprida pelo condenado<sup>172</sup>.

Registre-se ainda que, transitada em julgado a sentença condenatória e uma vez decorrido o lapso temporal previsto para a prescrição penal, extinguem-se somente as penas, não se aplicando a prescrição da pretensão executória do Estado às medidas de segurança – as quais, contudo, podem ser extintas em decorrência da prescrição da pretensão punitiva ou nas demais hipóteses de extinção de punibilidade<sup>173</sup>.

Na prescrição da pretensão executória, muito embora o condenado não tenha de cumprir a pena, todos os efeitos da sentença penal condenatória transitada em julgado e da condenação penal permanecem<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> MIRABETE, Julio Frabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008. p. 427.

<sup>172</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 730.

<sup>173</sup> MIRABETE, Julio Frabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008. p. 424.

<sup>174</sup> DELMANTO, Celso [et al]. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 224.

Outrossim, o curso da prescrição – punitiva ou executória – pode ser obstada pela superveniência de determinadas causas, previstas nos artigos 116 (causas suspensivas) e 117 (causas interruptivas) do Código Penal<sup>175</sup>.

Com a ocorrência de uma causa suspensiva, o curso do prazo prescricional suspende-se e o tempo transcorrido antes dela é computado, ou seja, superada a causa que impedia a prescrição, o prazo é contado pelo tempo restante<sup>176</sup>.

Antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a prescrição não corre enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que depende o reconhecimento da existência do crime – as questões prejudiciais elencadas nos artigos 92 a 94 do Código de Processo Penal –, e enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro – tendo em vista que não pode ser executado – e nas hipóteses de imunidade parlamentar<sup>177</sup>. Depois de transitada em julgado a sentença, a prescrição da pretensão executória do Estado não corre durante o tempo em que o condenado estiver preso por outro motivo<sup>178</sup>.

A Lei n.º 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, prevê outra hipótese de suspensão do prazo prescricional: durante o período de suspensão condicional do processo não corre o prazo prescricional da pretensão punitiva. A Lei n.º 9.271/96, por sua vez, alterou a redação do artigo 366 do Código de Processo Penal e estabeleceu a suspensão da prescrição se o acusado, citado por edital, não comparece ou constitui defensor.

---

<sup>175</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 776.

<sup>176</sup> DELMANTO, Celso [et al]. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236.

<sup>177</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 777.

<sup>178</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 734.

As causas interruptivas da prescrição, previstas no artigo 117 do Código Penal, acarretam o reinício, por inteiro, da contagem do prazo prescricional, tornando sem efeito o lapso temporal anteriormente transcorrido<sup>179</sup>.

As causas que interrompem a contagem do prazo prescricional são: o recebimento, pelo juiz, da denúncia ou da queixa; a pronúncia, nos casos de crimes de competência do Tribunal do Júri, bem como a decisão confirmatória da pronúncia; a publicação da sentença condenatória recorrível; o início ou continuação do cumprimento da pena – tratando-se de prescrição da pretensão executória – e, finalmente, a reincidência do agente, quando reconhecida por sentença condenatória irreccorrível.

À exceção das causas de caráter pessoal – a reincidência do condenado e o cumprimento de prisão –, as demais causas interruptivas da prescrição, nas hipóteses de concurso de agentes, comunicam-se aos demais autores do crime<sup>180</sup>, nos termos do artigo 117, § 1º do Código Penal. O mesmo ocorre nos crimes conexos, quando objetos do mesmo processo.

À Primeira vista, a análise do instituto da prescrição poderia trazer a solução para o problema da demora jurisdicional na solução dos casos penais, tendo em conta que o próprio Estado, por reconhecer a necessidade de um tempo para o processo, estabeleceu lapsos temporais incidentes sobre ele e criou a possibilidade do reconhecimento da perda do direito de punir pela demora na solução da causa.

Entretanto, é equivocado o raciocínio acima exposto. Reconhecer que a prescrição já soluciona a questão da demora estatal significa reconhecer que o acusado deve responder ao processo, aguardar o tempo passar, sofrer as

---

<sup>179</sup> MIRABETE, Julio Frabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008. p. 432.

<sup>180</sup> MIRABETE, Julio Frabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de...** obra citada, p. 436.

conseqüências de estar sendo processado, para somente então poder receber o 'benefício' caso incida o instituto.

Desta forma, se estará atacando a conseqüência – o lapso de tempo já decorrido – e não causa, o que significa evitar justamente o desgaste do indivíduo perante a justiça por um lapso de tempo demasiado longo.

Por isso, a solução encontra-se na fixação de um prazo como marco determinante para a duração do processo. Passado o prazo fixado, não havendo a solução do caso, ele deve ser extinto, tal como ocorre quando se reconhece a prescrição, não podendo advir qualquer prejuízo ao imputado, que já esteve à disposição da justiça pelo prazo fixado sem que houvesse a solução devida<sup>181</sup>.

François Ost expõe a necessidade de o direito ter que realizar em determinado espaço de tempo, sob pena de perder o seu objetivo. O tempo diferido do processo é necessário para aplacar o impulso mortífero imediato e esta distância mínima poderá fazer surgir o critério do justo. Entretanto, este tempo não pode se eternizar. É necessário um fim:

“Como para o desuso, a prescrição extintiva surge, assim, como um mecanismo de adaptação do direito ao fato: na falta de ter podido se realizar conforme à sua prescrição, o direito (aqui entendido como direito subjetivo) alinha-se na situação de fato contrária que se consolidou no intervalo. De novo, ou se pode lamentar o revés do direito que, por preocupação com efetividade e realismo, acaba por consagrar uma injustiça, ou, ao contrário, admirar (sic) as capacidades de auto-adaptação de uma regulamentação jurídica que consegue finalmente inscrever qualquer fato ou ato à série ininterrupta do tempo, e consagra, assim, uma outra idéia de justiça, que quer que se esqueça o que durou demais sem chegar a se realizar.”<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> Esta solução já é adotada, por exemplo, pelo Código de Processo Penal do Paraguai (Ley 1.286/1998), no artigo 136 e seguintes, onde está fixado o prazo de 3 (três) anos para a conclusão do processo, findo o qual o juiz deverá declarar extinto o processo.

<sup>182</sup> OST, François. **O tempo do...** obra citada, p. 157-158.

### 3.7. Tempo e prisão cautelar

A constrição cautelar da liberdade de locomoção, como medida odiosa que é, somente se admite em casos de extrema e comprovada necessidade, sob pena de inversão da ordem natural das coisas.

Faz-se necessário, pois, comprovar a inarredabilidade da medida, mediante a demonstração clara e inequívoca de seus pressupostos probatórios (pressupostos propriamente ditos) e cautelares (requisitos). Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro, que veda a possibilidade de presumir alguém culpado, nos termos do artigo 5º, LVII, da Constituição da República, estabelece, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, que o investigado ou acusado responda ao inquérito policial ou ao processo solto.

Os pressupostos probatórios são dois –prova da materialidade e indícios fundados quanto à autoria- e devem estar aliados aos pressupostos cautelares, já que nem sempre que os primeiros estiverem presentes a prisão cautelar far-se-á necessária. Aliás, a prática forense mostra que a regra é os primeiros apresentarem-se desacompanhados dos segundos, malgrado o número de decretos constritivos cresçam a cada dia, muitas vezes a granel, sem qualquer comprovação de sua necessidade.

A materialidade do delito que se exige para o oferecimento de denúncia e para a decretação da custódia instrumental não se confunde com a presença de

meros indícios, pois o Código de Processo Penal é de clareza meridiana ao exigir, em seu artigo 312, a prova da existência do crime<sup>183</sup>.

É indispensável a prova concreta da existência de crime, ou seja, a prova de que uma conduta humana ocorreu e que a mesma conduta é típica, ilícita e culpável. Não basta, portanto, a tipicidade aparente, suficiente para se instaurar o inquérito policial.<sup>184</sup> Ora, se para o exercício da ação penal o direito não se compraz com a tipicidade aparente, com maior razão não iria admitir a decretação da custódia cautelar<sup>185</sup>.

No que pertine à autoria, não se exige que seja certa, até porque nem mesmo para o oferecimento –assim como para o recebimento- de denúncia se exige, bastando indícios suficientes. Cabe, todavia, diferenciar indícios suficientes dos meros indícios.

A expressão “indícios suficientes” significa uma soma de indícios, de tal forma concatenados, que leve à convicção de que o acusado (ou investigado) cometeu o delito. Não basta um simples juízo de possibilidade, mas sim um juízo de grande probabilidade.

Borges da Rosa elucida a questão, com propriedade:

---

<sup>183</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

<sup>184</sup> Esta é a lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “O ato da autoridade policial que determina o desencadeamento do inquérito policial (ou instaura o procedimento), é estabelecido sobre a base de um juízo axiológico, onde a oportunidade e a conveniência não entram como referencial. Estamos diante de um *juízo de conteúdo científico*, dirigido a estabelecer se a *notitia criminis*, chegada à autoridade policial da forma que for – veja-se a classificação nos nossos Manuais – é adequada à expressão *crime*, do art. 5.º, ou à expressão *infração penal*, do art. 6.º, ou à expressão *delito*, do art. 301, todos do CPP.” MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O ato administrativo de instauração do inquérito policial. In: **Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. Coord. BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes. São Paulo: RT, 1992, p. 171.

<sup>185</sup> CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e liberdade provisória...** obra citada, p. 115.

O Código de Processo não diz que eles devam ser veementes; exige expressamente que sejam “suficientes”, isto é, devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza disto; de sorte a ser muito remota ou quase inconcebível a possibilidade do acusado provar satisfatoriamente não ter sido o autor da infração. Os indícios devem ser suficientes para tranqüilizar a consciência do juiz, decretando a prisão preventiva do indiciado.<sup>186</sup>

Nesse ponto reside a grande crítica da decretação de prisão preventiva no inquérito policial, pois, se os pressupostos probatórios são absolutamente os mesmos para que se justifique o decreto construtivo e o oferecimento de denúncia, não se concebe seja a medida cautelar decretada na fase inicial da persecução penal.

Uma vez comprovada a presença dos pressupostos probatórios, faz-se mister verificar, também, a existência dos pressupostos cautelares, caso contrário todo inquérito policial com indiciamento, assim como todo processo penal redundariam, necessariamente, em prisão preventiva, uma vez que os pressupostos probatórios lhe são os mesmos.

Denominados de “periculum libertatis”, os pressupostos cautelares, previstos, como visto, no artigo 312 do Código de Processo Penal, são os seguintes: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal; e garantia da aplicação da lei penal.

A presença de qualquer deles, isoladamente, justifica a prisão preventiva, desde que presente a prova da materialidade e indícios suficientes da autoria do delito. Cumpre, portanto, esclarecer o real significado de cada um deles, pois o legislador, como no mais das vezes, não soube se expressar a contento.

No tocante aos pressupostos cautelares, a garantia da ordem da ordem pública é o primeiro deles. Trata-se do pressuposto mais vago dentre todos aqueles

---

<sup>186</sup> **Comentários ao código de processo penal.** São Paulo: Revista dos tribunais. 1982. pp. 420/21.



elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, pois a expressão não traz em si um significado lógico, de fácil assimilação. Exatamente por isso exige maior digressão a respeito.

Criticado pela Doutrina e Jurisprudência dos Tribunais Superiores em razão de seu conceito jurídico indeterminado, inconcebível em um Estado Democrático de Direito, constitui a via de acesso ao despotismo, pois permite a decretação da prisão preventiva de toda e qualquer pessoa, pelo cometimento de todo e qualquer crime, já que o significado da expressão, por demais vago, pode se amoldar a qualquer situação que o intérprete entender conveniente.

Permite, pois, que o cidadão fique indefeso, a mercê do Estado, que lhe pode restringir a liberdade de locomoção de acordo com o talante de seus mandatários, ampliando, ilimitadamente, o leque de possibilidades para a custódia prévia. Cabe, nesse aspecto, citar Oto Luiz Sponholz, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento de *Habeas Corpus*<sup>187</sup> pertinente a crime de grande repercussão:

“O conceito de ordem pública, como se sabe, é de difícil, senão impossível definição abstrata. Isso decorre do caráter extremamente fluido da expressão "ordem pública", a qual beira a conceito jurídico indeterminado, inadmissível no status atual do Direito Penal, baseado no princípio da culpabilidade. A expressão "garantia da ordem pública" se originou na Alemanha, em meados da década de 1930, em plena vigência do regime nazista, o qual objetivava uma autorização geral e aberta para efetuar prisões, "a bem do são sentimento do povo alemão".

---

<sup>187</sup> HC n 411866-3 – 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Rel. Des. Oto Luiz Sponholz. Concessão da ordem. Unânime. Julg. 19.7.2007.

Ademais, o pressuposto chega a englobar os outros três, pois o abalo à ordem econômica, o risco à aplicação da lei penal ou qualquer risco à instrução processual abalam, inegavelmente, a ordem pública<sup>188</sup>.

Toda prisão decretada em processo penal se destina a garantir a ordem pública, que é sempre perturbada, de maneira mais ou menos grave, com a prática da infração penal.<sup>189</sup>

De qualquer sorte, insta delinear os contornos da expressão controvertida. Deve-se ter em mente, inicialmente, que como toda medida cautelar, o que se busca com a prisão preventiva é assegurar que o processo tenha um resultado útil, quer dizer, garantir sua efetividade.

As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo.<sup>190</sup>

Sendo assim, não se harmonizam com o pressuposto as idéias de “resgatar a credibilidade da Justiça, abalada com a prática do delito”; “aplacar o clamor social criado em torno dos fatos”; dentre outros vários bordões utilizados amiúde pelo Poder Judiciário, em especial por Magistrados de Primeira Instância, sobremaneira na Justiça Federal.

Na prática, a prisão preventiva para garantia da ordem pública possui função de prevenção geral e especial, características estas exclusivas da pena, a qual, para

---

<sup>188</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.141.

<sup>189</sup> BORGES DA ROSA, Inocêncio. **Processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Globo, 1942, p. 286.

<sup>190</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 194.

ter aplicação válida, necessita de um processo judicial, observados todos os direitos fundamentais (princípio da *nulla poena sine iudicio*).

Entender a garantia da ordem pública de modo diverso provoca um distanciamento da efetiva finalidade da prisão preventiva no ordenamento jurídico, visto que tal instituto é extremamente violento à liberdade individual, que é regra na ordem constitucional vigente.

Deste entendimento não discrepa Antônio Alberto Machado:<sup>191</sup>

Portanto, a finalidade da prisão cautelar não seria a de neutralizar as conseqüências e repercussões do crime, garantindo a ordem pública. Sua finalidade mais genuína é tão-somente a de garantir a efetividade do processo de conhecimento, seja assegurando a realização da prova, seja garantindo a aplicação da lei penal. De modo que, essa hipótese de decretação da prisão cautelar é mesmo muito controvertida, de um lado porque o seu conceito é notoriamente vago, prestando-se a um uso perigosamente alargado das custódias provisórias; de outro, porque o objetivo da prisão preventiva não é realizar a prevenção geral ou especial da violência ou criminalidade. Esse último objetivo, na verdade, é uma das finalidades do processo principal.

Afrânio Silva Jardim, ao discorrer sobre a natureza jurídica da prisão provisória, assim apregoa:

Enquanto através do processo de conhecimento e de execução o Estado presta tutela imediata e satisfativa, no processo cautelar procura-se preservar situações, a fim de assegurar a eficácia das providências, quer cognitivas, quer executivas. Sua unção é meramente instrumental em relação ao processo de conhecimento ou de execução. [...] Hoje, já não pode restar a menor dúvida de que a prisão provisória em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem como a possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar...** obra citada, p. 141.

<sup>192</sup> SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 244.

Dúvidas não há, destarte, que o conceito de ordem pública, assaz vago, não se compatibiliza com a natureza cautelar do instituto da prisão preventiva, pois não visa a dar efetividade ao processo e, ainda que assim o fosse, já estaria prevista pelos demais pressupostos cautelares, sendo, pois, desnecessária.

O segundo pressuposto cautelar, conveniência da instrução criminal, é conceito menos vago que “garantia da ordem pública”, mas, nem por isso, claro ao ponto de tranquilizar o intérprete. Pode-se afirmar, seguramente, que é o pressuposto instrumental por excelência, eis que objetiva obstar manobras do réu no sentido de tumultuar a produção de provas.

Visa, precisamente, a permitir o regular andamento da marcha processual, evitando que o acusado destrua ou impeça a produção de provas, peite ou ameace testemunhas ou peritos, se furte ao comparecimento em Juízo, tanto para ser interrogado quanto para participar de reconhecimento pessoal etc.

Como o conceito é flexível, já que não determina, com exatidão, seu real objetivo, abre margem ao autoritarismo, cabendo à Doutrina, como de praxe, delimitar seu raio de atuação. Isto porque não se pode interpretar literalmente o texto legal, pois a prisão para a “conveniência da instrução criminal” não significa a possibilidade de segregar por mera comodidade do Juízo Processante ou pela “facilidade de ter o acusado sempre à mão”<sup>193</sup>.

Deve-se, isso sim, demonstrar, à saciedade, que a medida é indispensável ao regular andamento do feito, ou seja, absolutamente necessária

---

<sup>193</sup> TORNAGUI, Hélio Bastos. **Manual de processo penal**. Volume II. Rio/São Paulo: Freitas Bastos, 1963, p. 624.

à coleta das provas<sup>194</sup>. Deve-se, mais, demonstrar que a prova é realmente necessária ao esclarecimento do fato, em tese, delituoso e que não pode ser produzida sem a clausura do acusado, sob pena de configurar odioso cumprimento antecipado de pena privativa de liberdade.

Não bastam, obviamente, à decretação da medida, meras suspeitas, quiçá conjecturas quanto ao estorvo processual. Como toda decisão judicial, deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, aquela que determina que o acusado se recolha ao cárcere durante a instrução processual.

E por fundamentação deve-se entender demonstração concreta, empírica, de que o réu esteja, de qualquer sorte, tumultuando o feito e, com tal atitude, dificultando ou impedindo a coleta de provas que demonstrem sua culpa.

Simple afirmações de que o acusado é pessoa influente no meio social ou que possui recursos financeiros que lhe permitem corromper policiais, peritos, testemunhas ou, ainda, destruir provas ainda não juntadas aos autos não são suficientes. Como assevera Borges da Rosa, a custódia do réu somente se justifica quando, “por uma forma ou por outra está agindo ou começa agir no sentido de conseguir que não se faça ou obtenha prova contra ele”<sup>195</sup>. Resta imperioso, como visto, demonstrar nos autos a necessidade da medida mediante provas concretas e não meras ilações.

A garantia da aplicação da lei penal é o terceiro pressuposto e mira a efetividade do processo propriamente dita. É que seu intento é manter o réu no distrito da culpa, disponível à Justiça para que a pena aplicada ao delito pelo qual foi julgado e condenado seja, de fato, aplicada.

---

<sup>194</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 243.

<sup>195</sup> BORGES DA ROSA, Inocêncio. **Processo penal...** obra citada, p. 285.

Como medida cautelar que é, ocorre antes que a prestação jurisdicional seja entregue, ou seja, com base nos pressupostos probatórios (*fumus commissi delicti*) e na notícia de que o acusado pretende se esquivar da aplicação da futura e provável reprimenda penal, pode o juiz, fundado no poder substancial de cautela, privar-lhe a liberdade.

Como no caso da conveniência da instrução criminal, por certo não bastam exercícios meramente retóricos no sentido de que o réu pretende empreender fuga. Suposições, desvinculadas de base concreta são insuficientes para a concretização da medida.

São necessárias, pois, a probabilidade de o acusado furtar-se à aplicação da lei penal, bem como que a pena futura seja provável e não apenas possível. Ora, da mesma forma que são indispensáveis provas de que pretende fugir - tais como a dilapidação repentina do patrimônio, o abandono do local de trabalho, a mudança abrupta de residência sem comunicar ao Juízo processante, a ausência do distrito da culpa logo após o fato etc<sup>196</sup>-, também se faz imprescindível demonstrar que o apenamento é medida provável, ou seja, que a pena que eventualmente será aplicada terá como regime de cumprimento outro que não o aberto.

Inserido no artigo 312 do Código de Processo Penal pela Lei n.º 8.884/1994, denominada Lei Antitruste, o pressuposto da garantia da ordem econômica surge como mais uma medida cautelar destituída dos requisitos de cautelaridade.

---

<sup>196</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 163.

Conceito maleável e impreciso, na mesma extensão que a malsinada garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica deve, assim como aquela, ser extirpada das possibilidades de decretação da prisão preventiva, pois por demais genérica<sup>197</sup>.

Ressalte-se, nesse passo, que além de vago, o pressuposto também é repetitivo e desnecessário, já que a ordem econômica está inserida, indubitavelmente, na ordem pública.

Ademais, como não encerra qualquer preceito de caráter instrumental ou que vise à efetividade processual, somente se justifica como aplicação prematura de reprimenda corporal ainda inexistente, violando, portanto, o princípio da não culpabilidade ou do estado de inocência.

Sob o pretexto de combater o assim denominado “criminoso de colarinho branco”, cuja atuação causa efeitos deletérios nas mais diversas camadas sociais, editou-se uma forma de prisão preventiva despida de caráter cautelar, no nítido intuito de atender ao clamor popular e midiático. Mais uma amostra do Direito Penal (ou Processual Penal) de emergência que se instalou no Brasil.

Nesse sentido, a lição de Antônio Alberto Machado:

Todavia, por mais que se possa desejar a efetiva punição dos chamados “criminosos do colarinho-branco”, por mais nocivos que sejam os seus crimes, por mais execrável que seja a impunidade que ainda protege essas práticas criminosas, não se pode perder de vista que a prisão preventiva, nesses e em todos os outros casos de sua decretação, tem um caráter eminentemente instrumental e cautelar, não deve servir como mecanismo de punição exemplar nem como simples resposta ao clamor público, mas tão-somente como instrumento de efetividade do processo principal, garantindo a presteza, a eficácia e a justiça deste último.<sup>198</sup>

---

<sup>197</sup> CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e liberdade provisória...** obra citada, p. 120.

<sup>198</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar...** obra citada, p. 157-158.

Verificada a gravidade de uma prisão decretada cautelarmente<sup>199</sup>, resta analisar o prazo de sua duração. O Direito Processual Penal brasileiro não estabeleceu um prazo determinado para a duração da prisão preventiva, tendo adotado a “Teoria do Não Prazo”. Sendo assim, a custódia cautelar deveria durar tanto quanto persistissem as causas que levaram à sua decretação.

Ocorre, todavia, que o acusado não pode aguardar indeterminadamente pela conclusão do processo, tendo a doutrina e a jurisprudência firmado entendimento no sentido de que o prazo máximo para a constrição da liberdade individual provisória não poderia ultrapassar aquele estabelecido pelo Código de Processo Penal para a duração do processo.

Como o Código não estabelece um prazo total, fez-se a soma de todos prazos individuais, chegando-se ao prazo conglobante de 81 (oitenta e um) dias no rito ordinário. Ocorre que os prazos judiciais são impróprios, fato este que, somado ao gigantesco volume de trabalho, acaba por atrasar o andamento dos feitos, tornando praticamente impossível a conclusão do processo no prazo estabelecido.

Como solução para o problema, o Poder Judiciário passou a aceitar a dilação desse prazo, lançando mão do princípio da constitucional da razoabilidade. Ou seja, ao invés de aparelhar o Sistema para dar vazão ao volume de processos, manteve-se a ineficiência estatal e aceitou-se a violação do direito fundamental à razoável duração do processo, mesmo com o acusado privado de sua liberdade.

---

<sup>199</sup> Rodrigo Moretto adverte: “O encarcerado, além de ser retirado de seu direito de ir e vir, elemento central na pena privativa de liberdade, sofre outros efeitos tal como o cerceamento nas informações tanto sociais quanto judiciais. Seu tempo social torna-se profundamente prejudicado, pois, apesar de grande parte de os detentos, mesmo em liberdade, já se encontrarem fora de tal tempo, ainda lhes é retirado o acesso ao mercado, variável que junto com o tempo cria um tempo social dos incluídos na sociedade tecnológica. Ainda que sejam oportunizados trabalhos, esses são, na maioria das vezes, já desnecessários no mercado formal, pois completamente superados, tal como ocorre com o artesanato, a costura manual de bolas e bonecos.” MORETTO, Rodrigo. **Crítica interdisciplinar da pena de prisão**. Controle do espaço na sociedade do tempo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 120-121.



Ponto que deve ser destacado é que o princípio da razoabilidade deve ser empregado pelo legislador na definição dos prazos processuais, mas nunca pelo juiz, que deve seguir rigorosamente os limites impostos pela lei e, se porventura houver extrapolação do lapso temporal previsto, deve o réu ser, imediatamente posto em liberdade, salvo se o atraso houver sido causado exclusivamente por manobras defensivas.

Alguns países fixam o prazo razoável para a duração da prisão cautelar, ainda que de forma deveras tolerante com a morosidade. Já o sistema adotado no Brasil, ao revés, além de não adotar limites, utiliza o princípio da razoabilidade às avessas, para justificar a violação dos direitos fundamentais dos acusados.

As conseqüências funestas causadas pelo cárcere são de conhecimento difuso, não sendo novidade que traz prejuízos financeiros, morais, à imagem, psicológicos, físicos, mentais, dentre outros. Algumas pessoas jamais se recuperam da estada na prisão.

Esses estigmas são potencializados quando o aprisionamento é provisório, pois as conseqüências são quase que as mesmas, todavia, não há pena imposta, quiçá, muitas vezes, processo instaurado.

A sociedade, em geral, não diferencia a prisão instrumental da prisão definitiva, imputando ao preso provisório a pecha de culpado. Uma vez detido, nunca mais a vida do cidadão será a mesma, fato este que confirma a necessidade de se limitar o prazo máximo da prisão preventiva, bem como restringir as hipóteses dessa modalidade de prisão aos casos extremamente necessários, ao contrário do que hoje ocorre com as previsões indeterminadas do nosso Código de Processo Penal.

Desta forma, tanto quanto estabelecer um prazo para a solução do processo de forma definitiva, sob pena de declará-lo extinto, conforme já proposto

anteriormente, o legislador, em cumprimento à garantia da razoabilidade do tempo, prescrição constitucional que lhe é dirigida inicialmente e de forma direta, deverá também fixar prazo para a duração máxima de qualquer prisão cautelar, especialmente a preventiva, para cuja modalidade todas as outras prisões (sub / pré) cautelares devem ser convertidas. É com a máxima razão que adverte Jacinto Nelson de MIRANDA COUTINHO:

Quem manda prender tem – ou deve ter – responsabilidade por isso; e não só gozar. É o que se tem passado, em larga escala, no Brasil. Prende-se para gozar (eis as medidas cautelares sendo usadas para outros fins); depois se vai ver se é mesmo o caso de, conforme a CR, prender. O meio tem virado o fim. A prisão cautelar tem sido, com perigosa normalidade, usada como pena. E o processo penal uma pantomima; um jogo de cartas marcadas, dos quais *ex ante* e com freqüência, sabe-se o resultado. Eis o reino do sistema inquisitório.<sup>200</sup>

### 3.8. O necessário equilíbrio entre a razoabilidade dos prazos e as garantias fundamentais

A atual estruturação do sistema processual penal brasileiro tem demonstrado o total desrespeito ao princípio do devido processo legal, mostrando-se um sistema desigual, com tratamento desigual aos sujeitos processuais, não garantindo minimamente os direitos e garantias assegurados pela Constituição da República.

Uma análise da amplitude, significado e efetividade do princípio do devido processo legal demonstra a sua inaplicabilidade na prática jurídica cotidiana, sendo necessária uma mudança substancial na estruturação do Processo Penal brasileiro, para que este possa então estar em consonância com a Constituição da República.

---

<sup>200</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O Gozo pela Punição (em face de um estado sem recursos). In: **Estudos constitucionais**. Org: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 147.

Há que se concluir que a prática desdiz a formulação constitucional e deforma a lógica do sistema, o que impõe a necessidade imediata de mudanças profundas não só nas leis, mas também uma conscientização dos operadores do direito, para que possa ser criada uma visão constitucional do processo, deixando de lado o legalismo e o formalismo que têm imperado nos fóruns e tribunais.

Há que se repensar o processo. É necessário resgatar a idéia de processo como sendo o espaço privilegiado do debate, do diálogo, da fala e da escuta<sup>201</sup>, já que se busca a verdade processualmente válida.

A promulgação quase diária de novas leis em nada adiantará e nada mudará se os operadores do direito continuarem os mesmos. O poder do intérprete é essencial no direito e as mudanças só poderão ocorrer a partir do momento em que o operador tenha consciência da nova realidade a ser criada, pois, caso contrário, o processo continuará a ser uma grande farsa. Continuará a se ter uma caricatura de processo<sup>202</sup>.

Não é mais admissível que o processo continue sendo o espaço do conflito, sendo necessária sua urgente re-visão, onde haja um efetivo respeito pelo princípio do devido processo legal e a busca pela reconstrução do fato não seja apenas

---

<sup>201</sup> Amilton Bueno de Carvalho analisa com brilhantismo a questão, quando expõe que “o processo, instrumento do direito na diretiva da democracia, deve, portanto, estar calcado nestes dois princípios: local da fala e da escuta, os quais são informadores dos princípios que lhe são secundários, contraditório e ampla defesa. E eles têm um norte: a possibilidade das partes, autonomamente, de resolverem seus conflitos, reservando-se o ato de império decisional a situações limites, ao se verificar o caos da democracia dialogal. Mas ainda assim, o ato decisório deve refletir, ante a impossibilidade da caminhada autônoma, a democracia como imposição de limite ao intolerável.” **Direito alternativo em movimento**. 2. ed. Rio de Janeiro : Luam, 1997, p. 104.

<sup>202</sup> Neste sentido é a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “O que recebe destaque, agora, é a necessidade de incrementar o sistema processual, com instrumentos novos e novas técnicas para o manuseio dos velhos, com adaptação das mentalidades dos profissionais ‘a consciência do emprego do processo como instrumento que faça justiça às partes e que seja aberto ao maior número possível de pessoas.” **DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 306.

formal ou aparente, mas o Estado realmente seja presença e não apenas uma sombra de Justiça.

Carlos Roberto de Siqueira Castro assevera a necessidade de os juizes, promotores e advogados darem uma atenção especial para com os desassistidos da relação processual, pois, se isto não ocorrer,

a beleza luminosa da garantia do *devido processo legal*, moldada nas mais caras tradições do constitucionalismo, reluzirá apenas para uma ínfima minoria, restando opaca para o grande e marginalizado contingente da população que frequenta as estatísticas criminais, estas, por sua vez, o retrato fiel das sociedades que combatem a desigualdade com a repressão. Tal é necessário para que a clientela de nossas superpopulosas prisões comece o quanto antes a modificar o costumeiro e desumano perfil: negros, indigentes, desempregados, egressos das favelas explosivas, enfim, a multidão de miseráveis e de vítimas de um capitalismo predatório que arrasa o terceiro mundo e que espera paciente (não se sabe como!) o inadiável resgate social por parte dos governos e da sociedade civil.<sup>203</sup>

Sob o enfoque do tempo, o justo processo é aquele que consegue o equilíbrio entre a celeridade e os direitos e garantias individuais, ou, dizendo de outra forma, é aquele que se desenvolve no tempo necessário para que as garantias constitucionais e processuais possam ser efetivamente exercidas, garantindo a prestação da tutela jurisdicional no prazo devido.<sup>204</sup>

Assim, não serão as cotidianas reformas processuais que trarão a solução para este delicado problema, pois, conforme já advertiu Araken de Assis, “O principal malefício de pretender a erradicação do problema da demora por

---

<sup>203</sup> **O devido processo...** obra citada, p. 280.

<sup>204</sup> Interessante que o tempo do processo, mesmo “sendo, aparentemente, uma medida objectiva, varia, no entanto, de acordo com o ponto de vista dos diferentes interesses em causa. Para a vítima de um crime, o processo terá início a partir do momento em que o crime foi cometido; para a polícia e para o Ministério Público (MP) quando o facto ilícito chega ao seu conhecimento e é aberto o inquérito; para o arguido a partir do momento em que o processo começa a correr contra ele; e para o tribunal quando o processo entra na fase de julgamento.” GOMES, Conceição. **O Tempo dos tribunais: um estudo sobre a morosidade da Justiça**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 19

intermédio das reformas processuais consiste em eleger solução simplista e rumo equivocado.”<sup>205</sup>

O processo existe para retardar a resposta do Estado, para dilatar o tempo da reação, não podendo ser abreviado, pois essa aceleração acaba representando uma violação aos direitos fundamentais do acusado<sup>206</sup>. A razoabilidade deve sempre ter como parâmetro a ótica do acusado e a efetividade dos seus direitos e garantias.

---

<sup>205</sup> ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: **Processo e constituição**. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). São Paulo: RT, 2006, p. 197. O citado autor conclui: “em que pese o quadro traçado, impõe-se persistir no afã reformista, afinal a única vereda promissora para tornar efetiva a proposição do art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988 e obter a almejada duração razoável do processo. E, antes de mais nada, há que coligir os indispensáveis dados empíricos, identificando em que pontos gasta-se mais tempo do que o necessário e, só então, promover modificações aptas a minimizar o gargalho.” Obra citada, p. 203.

<sup>206</sup> Neste sentido, LOPES JUNIOR, Aury. BADARÓ, Gustavo. **Direito ao processo....** obra citada, p. 133.

## CONCLUSÕES

1. O que é o tempo? Qual é a percepção que se pode ter do tempo? O que é ter “consciência” do tempo? Existe o tempo para além da consciência? Essas e muitas outras questões relativas ao tempo são de difícil resposta – algumas, talvez, sem resposta - e somente uma (tentativa de) reflexão sobre o tempo poderá aclarar a visão sobre ele, com a busca de suporte na história da filosofia e na própria ciência.

2. Na filosofia antiga, de modo geral, e na filosofia medieval, de modo especial, o conceito de tempo foi relegado a um segundo plano nas questões filosóficas, se comparado ao conceito de ‘ser’.

3. As teorias sobre o tempo, a partir de Aristóteles, dividem-se em dois grandes grupos: a dos absolutistas, que concebem o tempo como uma realidade completa em si mesma; e a dos relacionistas, que concebem o tempo como uma relação.

4. Das concepções modernas sobre o tempo, a mais importante está centrada em Newton. Para ele, o tempo absoluto, verdadeiro e matemático por si mesmo e por sua própria natureza flui uniformemente sem relação com nada externo, e se chama duração.

5. A teoria especial da relatividade relativiza por completo o tempo, entendendo-o como função de um sistema de referência a partir do qual se efetuam todas as observações e medidas: as medidas dependem das três coordenadas do observador (altura, largura e profundidade), não havendo simultaneidade absoluta.

6. É a partir das categorias enunciadas por Kierkegaard que está relacionada a analítica fenomenológica do *Dasein* de Heidegger, cuja categoria eleita por fundamental é a da temporalidade. Dado que a existência se define por possibilidade e projeto, dentre as determinações do tempo a fundamental é o futuro. O projetar-se adiante, para o em vista de si mesmo é a característica da existencialidade e o seu sentido primário é o futuro. O teor básico da constituição existencial da presença e o delineamento de sua interpretação é a temporalidade, cujo cuidado antecipa as possibilidades.

7. O tempo lógico se ocupa dos valores de verdade e a verdade se relaciona com o tempo. Esse é o motivo pelo qual Lacan procurou unir lógica e tempo. Conferiu um lugar decisivo ou uma dimensão temporal nova: *a pressa*, que se acrescenta à sucessão e à sincronia

8. A teoria da relatividade geral e a teoria da relatividade especial despedaçaram a universalidade e a unicidade do tempo. Referidas teorias mostram que o velho tempo universal de Newton é o relógio pessoal de cada um, que parece marcar o tempo de maneira uniforme e constante, com o senso intuitivo de tempo pessoal e assim o tempo de um não é o tempo do outro.

9. A experiência ensina duas coisas: a primeira, que o tempo flui; como um rio, o tempo corre, passa, trazendo o futuro, tornando-o agora e, como corrente abaixo, leva o passado. A segunda, que o tempo é uma seta, um fluxo de direção única no sentido em que coisas acontecem em uma seqüência única do passado para o futuro. O rio é *entrópico* e a seta é uma lei.

10. *Entropia é a medida da desordem de um sistema físico*, traduzida pela equação de Boltzmann  $S = k \log w$ , ou, como dizia Aristóteles, *generatio unis est corruptius alteris* (a geração de uma coisa é a corrupção da outra). Em

termos jurídicos, é possível afirmar que, se o tempo se mede pelo desgaste, degradação e morte, o tempo do processo produz uma entropia de caráter axiológico, que é a desvalorização da causa, do benefício e do justo, pela perda de sentido. A morosidade do processo desqualifica os atos, porque justo e injusto é contextual, mérito e demérito também. O tempo no processo é axiologicamente corrosivo.

11. O princípio do devido processo legal é considerado um dos mais antigos da ciência jurídica e traz em seu conteúdo a moderna concepção da legalidade, tendo se tornado a grande garantia das liberdades fundamentais do indivíduo em face do Estado.

12. A origem do *due process of law* remonta à Inglaterra, com a Magna Carta das Liberdades, de 1215. Posteriormente, foi aceito pelas colônias inglesas da América do Norte e mais tarde incorporado na Constituição dos Estados Unidos da América.

13. No Brasil, o princípio do devido processo legal veio garantido expressamente somente na Constituição da República de 1988. Entretanto, já estava implícito nas Constituições anteriores.

14. O conceito do princípio do devido processo legal é histórico e relativo, variando o seu conteúdo de acordo com a consciência jurídica e política de cada nação, sendo, entretanto, sempre identificado com as noções de imparcialidade, retidão e justiça.

15. Por devido processo legal substantivo entende-se o aspecto do princípio que se refere à verificação da elaboração regular e correta das leis e sua razoabilidade e adequação aos princípios constitucionais.



16. Por devido processo legal processual entende-se o aspecto do princípio que se refere à verificação da legalidade da aplicação judicial das normas jurídicas, visando garantir um processo ordenado e que assegure as garantias fundamentais do cidadão.

17. O acesso à justiça, a presunção de inocência, o juiz natural, o tratamento paritário dos sujeitos processuais, a plenitude de defesa, o contraditório, a publicidade dos atos processuais, a motivação dos atos decisórios e **o prazo razoável de duração do processo** são as principais garantias decorrentes do devido processo penal.

18. Todo acusado tem a prerrogativa de que seu processo termine tão logo seja possível. Essa prerrogativa tem sido traduzida por várias expressões, tais como prazo razoável, o direito do acusado a ser julgado sem dilações indevidas ou injustificadas, ou ainda o direito a um juízo rápido, bem como o direito do acusado a obter, do modo mais rápido possível, um pronunciamento definitivo sobre sua situação frente à lei penal.

19. A efetivação de um devido e justo processo penal somente será possível quando forem respeitadas as garantias fundamentais do indivíduo e o processo penal for interpretado e aplicado conforme a Constituição da República. A celeridade no processo penal só pode ser entendida como a soma do tempo mais o respeito irrestrito à Constituição da República e às regras de direitos e garantias. Não se pode falar em celeridade, no processo penal, senão dentro de tal postulado. Assim, o processo penal célere é aquele que, ao contrário de tudo o que vem sendo dito, demora o suficiente à plena realização das liberdades públicas.

20. A definição dos prazos dentro do critério de razoabilidade, a realização dos atos processuais de forma concatenada e a duração total do processo devem ser medidas e estipuladas através de critérios objetivos, sendo necessário que o legislador infraconstitucional estabeleça prazos para a duração total do processo, para a realização dos atos processuais, bem como e especialmente para a duração da prisão cautelar, criando medidas de extinção do processo e de revogação da prisão ante o decurso do tempo.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- ALLAN POE, Edgar. A Carta Roubada. In: **Poemas e Ensaios**. 3.ed. rev. Tradução de Brenno Silveira e outros. São Paulo: Globo, 1999.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1994.
- AMAR, Akhil Reed. **The constitution and criminal procedure: first principles**. New Haven, CT: Yale University Press, 1998.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre principios y reglas. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante**, n. 10, p. 114, 1991.
- BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**. Madrid: Aguilar, 1982.
- BERBERI, Marco Antonio Lima. Os princípios na teoria do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução María Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BIDART, Adolfo G. El tiempo y el proceso. **Revista de Processo**, v. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- BINDER, Alberto M. **Iniciación al Proceso Penal Acusatorio**. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000.
- BITTAR, Orlando. **Obras completas de Orlando Bitar: estudos de direito constitucional e direito do trabalho**. v. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Direito Penal e Processual Penal – uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES DA ROSA, Inocêncio. **Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Globo, 1942.

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. 11. ed. v. I. Vozes, Petrópolis, 1997.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 01 jun. 1966.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 27 set. 1995.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 24 ago. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Convenção de Genebra, lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal, impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do decreto-lei n. 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela as leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec. Lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido**. R.H.C. N. 80.004, de Sergipe. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Acórdão de 01 de junho de 1944. Diário da Justiça, Brasília, 29 dez. 1977, p. 915). Anteriormente, há diversos julgamentos entendendo pela

primazia do direito internacional sobre a legislação federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tratado internacional. Sua força quanto as leis que regulam os casos nele estabelecidos. Só por leis que a ele se refiram expressamente, pode ser revogado. Imposto. Como deve ser cobrado.** Apel. Cível N. 9.587, do Distrito Federal. Relator: Min. Lafayette.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **"Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida.** R.H.C. N. 72.131, do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 23 de novembro de 1995. Diário da Justiça, Brasília, 01 ago. 2003, p. 103.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tratado internacional. Sua força quanto as leis que regulam os casos nele estabelecidos. Só por leis que a ele se refiram expressamente, pode ser revogado. Imposto. Como deve ser cobrado.** Apel. Cível N. 9.587, do Distrito Federal. Relator: Min. Lafayette de Andrada. Acórdão de 21 de agosto de 1951. Diário da Justiça, Brasília, 18 out. 1951, p. 28.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em *habeas corpus*. Intempestividade não verificada. Trancamento da ação penal. Recebimento da acusação. Fundamentação. Desnecessidade. Precedentes. Inépcia da denúncia. Imputação que permite o exercício da ampla defesa. Ordem denegada.** R.H.C. N. 87.005, do Rio de Janeiro. Roberto Nazareth Torres e outros *versus* Ministério Público Militar. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Acórdão de 16 de maio de 2006. Diário da Justiça, Brasília, 18 ago. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **I - STF: Habeas corpus: competência originária. (...) II - Denúncia: recebimento: assente a jurisprudência do STF em que, regra geral - da qual o caso não constitui exceção -...** R.H.C. N. 86.248, do Mato Grosso. Adalto de Freitas Filho *versus* Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais de Cuiabá. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão de 08 de novembro de 2005. Diário da Justiça, Brasília, 02 dez. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processual Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Artigos 299, §1º e 333, parágrafo único, ambos do CP. Falta de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia. Desnecessidade. Falta de justa causa. Inépcia. Inocorrência.** R.H.C. N. 70.426, de São Paulo. Alex Pereira de Almeida e outro *versus* Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Félix Fischer. Acórdão de 17 de abril de 2007. Diário da Justiça, Brasília, 21 mai. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus. Direito Processual Penal. Homicídio qualificado. Falta de fundamentação. Despacho de recebimento da denúncia. Desnecessidade. Prisão preventiva. Fundamentação. Ocorrência.**

R.H.C. N. 53.508, de Goiás. Elismárcio de Oliveira Machado *versus* Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Acórdão de 25 de abril de 2006. Diário da Justiça, Brasília, 15 mai. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus. Prisão cautelar. Clamor público e repercussão social. Fundamentos inidôneos. Ausência de nulidade da oitiva de testemunha após a prolação da sentença. Inépcia da denúncia. Improcedência.** R.H.C. N. 85.046, de Minas Gerais. Leonardo Abdulmassih Ferreira *versus* Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Acórdão de 15 de março de 2005. Diário da Justiça, Brasília, 10 jun. 2005, p. 51.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. Constrangimento ilegal que estaria configurado em prisão com excesso de prazo e em haver a instrução sido encerrada antes da colheita de depoimento de testemunha da defesa, objeto de precatória... A não-devolução, no prazo estipulado, de precatória expedida para oitiva de testemunha da defesa, não impede o julgamento da ação, podendo a carta cumprida ser juntada aos autos a qualquer tempo, (art. 22, par. 2., do CPP). Ausência de constrangimento ilegal. Habeas Corpus indeferido.** R.H.C. n. 71.936, de Minas Gerais. Rodario Alves Pereira *versus* Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ilmar Galvão. Acórdão de 04 de abril de 1995. Diário da Justiça, Brasília, 16 abr. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Penal. Recurso Especial. Descaminho. Art. 499, do CPP. Encerramento da instrução antes de cumprida a carta precatória. Art. 222, do CPP. I - A expedição de carta precatória para a inquirição de testemunha não tem o condão de suspender a instrução criminal, podendo o feito, inclusive, ser sentenciado se findo o prazo marcado para seu cumprimento - art. 222, §§1º e 2º, do CPP (precedentes). Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.** REsp. n. 697.105, do Rio Grande do Sul. Rodario Alves Pereira *versus* Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Felix Fischer. Acórdão de 07 de junho de 2005. Diário da Justiça, Brasília, 29 ago. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. Direito processual penal. Extorsão mediante seqüestro. Formação de quadrilha. Prisão em flagrante. Excesso de prazo. Encerramento. Instrução criminal. Ocorrência.** R.H.C. n. 29.069, de Santa Catarina. Júlio Sérgio Freitas *versus* Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Acórdão de 03 de fevereiro de 2004. Diário da Justiça, Brasília, 01 mar. 2004, p. 200.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processual penal. Habeas-Corpus. Excesso de prazo. Razoabilidade. Encerramento da instrução. Súmula n. 52 do Superior Tribunal de Justiça. Carta Precatória. Falta de devolução. Art. 222, §2º, do Código de Processo Penal.** R.H.C. n. 11.886, de Santa Catarina. André Mello Filho *versus* Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Vicente Leal. Acórdão de 20 de novembro de 2001. Diário da Justiça, Brasília, 04 fev. 2002, p. 554.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recursos Especiais. Carta Precatória. Apresentação de alegações finais antes de sua devolução. Nulidade.**

**Inexistência. Sentença de pronúncia. Juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri. Excesso não evidenciado. Improvimento.** REsp. n. 422.719, do Acre. Hildebrando Pascoal Nogueira Neto *versus* Ministério Público do Estado do Acre. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Acórdão de 25 de novembro de 2003. Diário da Justiça, Brasília, 02 fev. 2004, p. 373.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação. Assistente da acusação. Inconstitucionalidade. Não conhecimento do recurso.** Ap. Crim. n. 70019510221, de Porto Alegre. A.C.M.R *versus* R.S.R. Relator: Des. Aramis Nassif. Acórdão de 09 de janeiro de 2008. Diário da Justiça, Porto Alegre, 15 fev. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Nulidade. Interrogatório. Ausência de advogado. Nulo é o processo em que o acusado é interrogado sem a presença de advogado defensor. Agressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5, LV, da Constituição Federal). Nulidade decretada a partir, inclusive, do interrogatório.** Ap. Crim. n. 70001997402, de Porto Alegre. Paulo Ricardo Dutra Gomes e outro *versus* Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Acórdão de 14 de fevereiro de 2001. Diário da Justiça, Porto Alegre.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Penal. Processual Penal. Jurisdição. Interrogatório. Ato privativo do juiz. Inadmissibilidade. Sistema acusatório. Limites democráticos ao livre convencimento. Pena. Dosimetria. Circunstancias judiciais. Personalidade. Inaceitável no sentido persecutório, em respeito ao princípio da secularização, valoração negativa dos antecedentes. Inconstitucionalidade. - o exercício da função jurisdicional, no sistema jurídico penal democrático (fatalmente acusatório), e regido por princípios primários: imparcialidade, juiz natural, inércia da jurisdição. Além de outros, de cunho processual, intimamente ligados aos primeiros, como do contraditório, e do livre convencimento, que tem ainda outros como pressupostos: publicidade, oralidade, equidistância, etc. - neste sentido, não ha. que se falar em local de atuação privativa, pessoal, oficiosa, que denote qualquer excesso de subjetivismo. O trabalho do juiz deve – em observação aos limites principiológicos a ele impostos – ser realizado de forma que evite, ao Máximo, espaços temerários, abertos a arbitrariedade e a injustiça: eis porque não se admite interrogatório sem presença de defensor. - nesta direção, eis, em suma, o aspecto que se pretende aqui reforçar: o convencimento só atinge certo grau de liberdade, quando alcançado por meio de instrumento democrático. Na espécie, o ambiente contraditório! Sem ele a convicção – marcada pela inquisitorialidade – jamais será livre e a democracia desaparece! - a valoração negativa da personalidade e inadmissível em sistema penal democrático fundado no princípio da secularização: ‘o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade - cada um a tem como entende’. - outrossim, o gravame por valoração dos antecedentes e resquício do injusto modelo penal de periculosidade e representa "bis in idem" inadmissível em processo penal garantista e democrático: condena-se novamente o cidadão-réu em virtude de fato pretérito, do qual já prestou contas. - lições de Luigi Ferrajoli, Modesto Saavedra, Perfecto Ibañes e Eugenio Raul Zaffaroni. - apelo parcialmente procedente. Unânime.** Ap. Crim. n. 70004496725, de Porto Alegre. A.A.N.A. *versus* Ministério Público do Estado do Rio

Grande do Sul. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Acórdão de 07 de agosto de 2002. Diário da Justiça, Porto Alegre.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **O excesso de prazo no processo penal**. Curitiba: JM Editora, 2006.

BRUGGER, Walter. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. 3. ed. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1977.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória**. Lineamentos e princípios do Processo Penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARRIÓ, Alejandro. **Garantias Constitucionales en el proceso penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

\_\_\_\_\_ ; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal** – comentários e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CORDERO, Franco. **Guida allá procedura penale**. Torino: Utet, 1986.

CORREA, Plínio de Oliveira. **Liberdade individual nos países do Mercosul**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

COUTURE, Eduardo. **Estudios de derecho procesal**. vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1979.



\_\_\_\_\_. **Projecto de Codigo de Procedimiento Civil**. Montevideo: s/ed. 1945.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIES, Paul. **Os três últimos minutos** – conjecturas sobre o destino final do universo. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

DELEUZE, Gilles. **Lógica do sentido**. São Paulo, Perspectiva, 2002.

DELMANTO, Celso [et al]. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DOCTORS, Márcio. (Org.) **Tempo dos tempos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DUSSEL, Henrique. **Para uma ética da libertação Latino-americana**. Vol. I – Acesso ao ponto de partida da ética. Edições Loyola – Unimep – Piracicaba – s/d.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro anotado**. 5.ed. v. I. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

FEITIÇO DO TEMPO. Direção de Harold Ramis. EUA: Columbia Pictures Corporation. Dist. Columbia Pictures, 1993. 1 filme (97 min): son, color.; 16 mm.

FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. 2.ed. Madri: Trotta, 1997.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. 1.ed. 1974, reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal. Vol. I**. Campinas: Bookseller, 1997.

FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Orgs.) **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARCÍA, José Antonio Tomé. **Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios**, Madri : Montecorvo, 1987.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Prazos no processo penal**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

GOMES, Décio Alonso. **(Des)aceleração processual: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOMES, Conceição. **O Tempo dos Tribunais: um estudo sobre a morosidade da Justiça**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito à prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMEZ, Diego J. Duquelsky. **Entre a lei e o direito**. Uma contribuição à teoria do direito alternativo. Tradução de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **La doppia destrutturazione del diritto**. Milano: Edizione Unicopli, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GREENE, Brian. **O tecido do cosmo**. O espaço, o tempo e a textura da realidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GREENE, Brian. **O universo elegante**. Supercordas, dimensões ocultas e a busca da teoria definitiva. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUASTINI, Riccardo. **Principi del diritto**. Dalle fonti alle norme. Turim: Giappichelli, 1990.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte II. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1989.

HOYOS, Arturo. La garantia constitucional del debido proceso legal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 47, 1987.

INWOOD, Michael. **DICIONÁRIO HEGEL**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. **Criminal Procedure**: constitutional limitations. St. Paul: West Publishing, 1993.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1977.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

KAMISAR, Yale. [et al]. **Modern Criminal Procedure**: cases, comments and questions. St. Paul: West Group, 2002.

KAUFMANN, Pierre. **Dicionário enciclopédico de Psicanálise – O legado de Freud e Lacan**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

KIERKEGAARD, Soren. **O desespero humano**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LACAN, Jacques. **Escritos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. **Criminal Procedure**. St. Paul: West Group, 2000.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da instrumentalidade garantista). Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal.** 2.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no prazo razoável.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2005.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 85, p. 176, 1997.

MAIER, Júlio. **Derecho Procesal Penal.** Tomo I. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** v. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. **A vinculação do Juiz no Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 1993.

MASOTTA, Oscar. **Introdução à leitura de Lacan.** Campinas: Papyrus, 1988.

MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal:** parte general. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRABETE, Julio Frabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal.** V. 1. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo IV (direitos fundamentais). 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do Processo Penal.** Curitiba: Juruá, 1989.

\_\_\_\_\_. Crime continuado e unidade processual. In: **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva.** SHECAIRA, Sérgio Salomão (org). São Paulo: Editora Método, 2001.

\_\_\_\_\_. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: **Revista de Estudos Criminais** nº1. Porto Alegre: Nota Dez, 2001.

\_\_\_\_\_. O Gozo pela Punição (em face de um estado sem recursos). In: **Estudos Constitucionais.** Org: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. O estrangeiro do juiz ou o juiz do estrangeiro? In: Direito e psicanálise. Interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus. In: \_\_\_\_\_. (Coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. O ato administrativo de instauração do inquérito policial. In: **Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. Coord. BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes. São Paulo: RT, 1992.

\_\_\_\_\_. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: **Direito e neoliberalismo**. Curitiba: Edibej, 1996.

\_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. In: Crítica à teoria geral do direito processual penal. \_\_\_\_\_. (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Segurança Pública e o direito das vítimas. In: **Revista de Estudos Criminais**. N.º 8. Porto Alegre: Editora Nota Dez, 2003.

MOMMSEN, Theodor. **Derecho penal romano**. Bogotá: Temis, 1991.

MORA, José Ferrater. **Diccionario de Filosofía**. Madri: Alianza Editorial, 1988.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento Antiterror**. Florianópolis: Habitus Editora, 2005.

MORETTO, Rodrigo. **Crítica interdisciplinar da pena de prisão**. Controle do espaço na sociedade do tempo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 1996.

NICZ, Alvacir Alfredo. **Elementos de Direito Administrativo**. Curitiba: J. M. Editora, 1995.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falava Zaratustra: um livro para todos e para ninguém**. São Paulo: Logos, 1954.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1983.

OLIVEIRA, Carlos Alberto A. de. **Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual**. Ajuris, 33/81, Porto Alegre: Ajuris, 1985.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Luiz Alberto. Imagens do tempo. In: DOCTORS, Márcio. (Org.) **Tempo dos tempos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Elso Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PACÍFICO, Andréa Pacheco. **Os Tratados Internacionais e o Direito Constitucional Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70.

PASTOR, Daniel Roberto. **El plazo razonable en el proceso del estado de derecho**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 2002.

PIETTRE, Bernard. **Filosofia e ciência do tempo**. Tradução de Maria Antonia Pires de C. Figueiredo. Bauru: Edusc, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 153, ago. 2005.

PLEASANTS III, Samuel Augustus. **The bill of rights**. Columbus, Ohio: Charles E. Merrill Books. 1966.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RANGEL, Paulo. O garantismo penal e o aditamento à denúncia. **Revista de Estudos Criminais !TEC**, Sapucaia do Sul: Notadez, n. 4, 2001.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia – do Romantismo até nossos dias**. v. III. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

RIOS, Rodrigo Sanchez. **Tutela penal da Seguridade Social**. São Paulo: Dialética, 2001.

ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Globo. 1942.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**. Princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROTHWAX, Harold J. **Guilty: the collapse of criminal justice**. New York: Random House, 1996.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de Psicanálise**. Jorge Zahar Editor, 1997.

RUSSELL, Bertrand. **ABC da relatividade**. 5.ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SANTO AGOSTINHO. Confissões. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

\_\_\_\_\_. **A cidade de deus**. Petrópolis: Vozes, 1990-1991.

SARTRE, Jean Paul. **O ser e o nada**. Ensaio de fenomenologia fenomenológica. 5.ed. Petrópolis : Vozes, 1997.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes direitos da humanidade**. *'The bill of rights'*. Tradução de A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SERRANO, José Luis. **Validez y vigencia**. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Madri: Editorial Trotta, 1999.

SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito Processual Penal**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal (due process of law)**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

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

SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo Penal. Modificações da Lei dos Juizados Especiais**. 1.ed. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002,

SPALDING, Tassilo Orpheu. **Dicionário de Mitologia Greco-latina**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1965.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TATON, René. **História geral das ciências.** A ciência antiga e medieval. v. 1. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1959.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução da sentença e a garantia do devido processo legal.** Rio de Janeiro: Aide Editora, 1987.

TORNAGUI, Hélio Bastos. **Manual de Processo Penal.** V. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1963.

TORRANO, Jaa. **O sentido de Zeus. O mito do mundo e o modo mítico de ser no mundo.** São Paulo, Iluminuras, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003.

TREPAT, Cristina Riba. **La eficacia temporal del proceso – El juicio sin dilaciones indebidas.** Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.** São Paulo: Saraiva, 1991.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia Processual Civil e Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

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

URDANOZ, Teófilo. **Historia de la filosofia.** Vol. IV. Siglo XIX: Kant, idealismo y espiritualismo. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1975.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional.** Curitiba: Juruá Editora, 1989.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da Fungibilidade.** Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie costituzionali del processo civile.** Milão: Giuffrè, 1973.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 63, p. 59, 1991.



WHITEHEAD, Alfred North. **Process and Reality**. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

WHITROW, G. J. **O tempo na história**. Concepção do tempo da pré-história aos nossos dias. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.