

GILSON BONATO



DEVIDO PROCESSO LEGAL E GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Social. Programa de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Orientador Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

CURITIBA
2002

TERMO DE APROVAÇÃO

GILSON BONATO

DEVIDO PROCESSO LEGAL E GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Social, Programa de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da PUCPR

Membro: Prof. Dr. Nefi Cordeiro
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da PUCPR

Membro: Prof. Dr. Salo de Carvalho
Departamento de Direito da PUC-RS

Curitiba, 12 de julho de 2002

DEDICATÓRIAS

Para o meu pai Alcides:

“This one’s for you, wherever you are...

To say that nothin’s been the same

Since we’ve been apart

This one’s for all the love

We once knew...”

Para a July Anne, minha alegria maior

Para a Rita, com amor

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz, pela dedicada orientação e ainda pela confiança que sempre depositou em minha pessoa.

Ao Prof. Dr. Luiz Antonio Câmara, pela paciência em ouvir meus questionamentos quando da elaboração deste trabalho e pelas valiosas sugestões e idéias, muitas das quais fazem parte deste trabalho.

À acadêmica Sabrina Ribas Bolfer, pela imensurável e competentíssima ajuda na correção deste trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
RESUME	viii
1. INTRODUÇÃO	01
2. PRECEITUÇÕES CONSTITUCIONAIS	05
2.1. HISTÓRICO DO PRINCÍPIO	05
2.1.1. Inglaterra	07
2.1.2. Estados Unidos	16
2.1.3. Brasil	20
2.2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO E PROCESSUAL	27
2.2.1. Conceito de devido processo legal	27
2.2.2. O devido processo legal processual	33
2.2.3. O devido processo legal substantivo	39
2.3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO COMPARADO	48
2.3.1. O devido processo nas principais nações européias	51
2.3.2. O devido processo nas principais nações americanas	60
2.3.3. O devido processo nas convenções e tratados internacionais	73
2.4. GARANTIAS DECORRENTES DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO	76
3. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	81
3.1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS	81
3.1.1. Breve histórico	84
3.1.2. Características dos sistemas processuais	95
3.1.2.1. Órgão julgador	98
3.1.2.2. Relação dos sujeitos	100
3.1.2.3. Acusação	101
3.1.2.4. Princípios do procedimento	103
3.1.2.5. Prova	106
3.1.2.6. Sentença	107
3.1.2.7. Medidas Cautelares	109

3.2. O sistema brasileiro	109
4. O DEVIDO PROCESSO PENAL	115
4.1. DEVIDO PROCESSO E CONSTITUIÇÃO	115
4.2. A INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL	119
4.3. GARANTIAS PROCESSUAIS DECORRENTES DO DEVIDO PROCESSO PENAL.....	125
4.3.1. O acesso à justiça	126
4.3.2. A presunção de inocência	131
4.3.3. O juiz natural	142
4.3.3.1. O princípio da identidade física do juiz	154
4.3.3.2. O princípio do promotor natural	159
4.3.4. O tratamento paritário dos sujeitos processuais	164
4.3.5. A plenitude de defesa e o contraditório	171
4.3.6. A publicidade dos atos processuais	186
4.3.7. A motivação dos atos decisórios	192
4.3.8. O prazo de duração do processo	199
4.4. POR UM PROCESSO PENAL JUSTO	205
5. CONCLUSÕES.....	210
REFERÊNCIAS	213

RESUMO

O presente trabalho trata do estudo do princípio constitucional do devido processo legal e das garantias que dele decorrem no âmbito do direito processual penal. Refere inicialmente o histórico e evolução do princípio, a partir da Magna Carta, bem como seu caráter substancial e processual e sua recepção pelo direito comparado, especificamente pelas principais nações européias e americanas, assim como pelos tratados e convenções internacionais. Partindo para uma análise direcionada ao direito processual penal, observa a necessidade de um exame histórico e comparativo dos denominados sistemas processuais, concluindo que a Constituição da República fez a opção política por um sistema acusatório, superando as características inquisitórias existentes anteriormente no ordenamento jurídico. Ao analisar o devido processo penal demonstra a relação existente entre processo e constituição e a urgente necessidade de uma leitura daquele a partir de bases constitucionais, entendendo que uma das possíveis soluções para a superação do atual estágio processual reside na opção pelo garantismo penal. No que pertine especificamente às garantias processuais penais decorrentes do devido processo, frisa a impossibilidade de serem verificadas todas, optando pelo estudo das garantias mínimas, numa análise voltada principalmente para o processo de conhecimento. Num enfoque garantista, discorre sobre 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 de duração do processo. Vê-se, por fim, que o princípio em estudo ainda não possui a efetividade esperada e que a plena democracia somente será possível com a efetivação do princípio e o respeito às garantias fundamentais dele decorrentes.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Princípios; Devido Processo Legal; Devido Processo Penal.

RESUMO

O presente trabalho trata do estudo do princípio constitucional do devido processo legal e das garantias que dele decorrem no âmbito do direito processual penal. Refere inicialmente o histórico e evolução do princípio, a partir da Magna Carta, bem como seu caráter substancial e processual e sua recepção pelo direito comparado, especificamente pelas principais nações européias e americanas, assim como pelos tratados e convenções internacionais. Partindo para uma análise direcionada ao direito processual penal, observa a necessidade de um exame histórico e comparativo dos denominados sistemas processuais, concluindo que a Constituição da República fez a opção política por um sistema acusatório, superando as características inquisitórias existentes anteriormente no ordenamento jurídico. Ao analisar o devido processo penal demonstra a relação existente entre processo e constituição e a urgente necessidade de uma leitura daquele a partir de bases constitucionais, entendendo que uma das possíveis soluções para a superação do atual estágio processual reside na opção pelo garantismo penal. No que pertine especificamente às garantias processuais penais decorrentes do devido processo, frisa a impossibilidade de serem verificadas todas, optando pelo estudo das garantias mínimas, numa análise voltada principalmente para o processo de conhecimento. Num enfoque garantista, discorre sobre 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 de duração do processo. Vê-se, por fim, que o princípio em estudo ainda não possui a efetividade esperada e que a plena democracia somente será possível com a efetivação do princípio e o respeito às garantias fundamentais dele decorrentes.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Princípios; Devido Processo Legal; Devido Processo Penal.

RESUME

Cet exposé traite de l'étude du principe constitutionnel du procès légal dû et des garanties qui découlent de ce principe, au sein de la procédure pénale. Premièrement, il traite de l'histoire et de l'évolution du principe, à partir de la Magne Charte, aussi que de son caractère substantiel et de la procédure et de son acceptation par le droit comparé, spécifiquement par les principales nations européennes et américaines, aussi que par les traités et conventions internationales. Après, il fait une analyse dirigée du droit de procédure pénal, observant le besoin d'un examen historique et comparatif des systèmes appelés systèmes de procédure, concluant que la Constitution de la République a fait le choix politique d'un système accusatoire, surmontant les caractères inquisitoires existants ultérieurement dans ce droit. Le procès pénal dû démontre la relation existante entre la procédure et la Constitution et celui-là le besoin urgent d'une lecture de celui-là, à partir des bases constitutionnelles, comprenant qu'une des solutions possibles pour dépasser le stage actuel de la procédure, est le garantisme pénal. En ce qui concerne spécifiquement les garanties de procédure pénal qui découlent du procès dû, on remarque que c'est impossible de se vérifier toutes ces garanties. On choisi alors l'étude des garanties minimales, dans une analyse tournée surtout vers la procédure de connaissance. Dans une vision du garantisme, on traite de l'accès à la justice, la présomption d'innocence, le juge naturel, le traitement paritaire des sujets de la procédure, la plénitude de la défense, le contradictoire, la publicité des actes de la procédure, la motivation des actes de décision et le délais de la procédure. Enfin, on vérifie que le principe qui est étudié n'est pas encore désirablement effectif et que la pleine démocratie ne sera possible qu'avec son effectivité mais aussi avec le respect des garanties fondamentales qui découlent de ce principe.

Mots-clé: Droit de Procédure Pénale; Principes; Procès Légal Dû; Procès Pénal Dû.

RESUME

Cet exposé traite de l'étude du principe constitutionnel du procès légal dû et des garanties qui découlent de ce principe, au sein de la procédure pénale. Premièrement, il traite de l'histoire et de l'évolution du principe, à partir de la Magne Charte, aussi que de son caractère substantiel et de la procédure et de son acceptation par le droit comparé, spécifiquement par les principales nations européennes et américaines, aussi que par les traités et conventions internationales. Après, il fait une analyse dirigée du droit de procédure pénal, observant le besoin d'un examen historique et comparatif des systèmes appelés systèmes de procédure, concluant que la Constitution de la République a fait le choix politique d'un système accusatoire, surmontant les caractères inquisitoires existants ultérieurement dans ce droit. Le procès pénal dû démontre la relation existante entre la procédure et la Constitution et celui-là le besoin urgent d'une lecture de celui-là, à partir des bases constitutionnelles, comprenant qu'une des solutions possibles pour dépasser le stage actuel de la procédure, est le garantisme pénal. En ce qui concerne spécifiquement les garanties de procédure pénal qui découlent du procès dû, on remarque que c'est impossible de se vérifier toutes ces garanties. On choisi alors l'étude des garanties minimales, dans une analyse tournée surtout vers la procédure de connaissance. Dans une vision du garantisme, on traite de l'accès à la justice, la présomption d'innocence, le juge naturel, le traitement paritaire des sujets de la procédure, la plénitude de la défense, le contradictoire, la publicité des actes de la procédure, la motivation des actes de décision et le délais de la procédure. Enfin, on vérifie que le principe qui est étudié n'est pas encore désirablement effectif et que la pleine démocratie ne sera possible qu'avec son effectivité mais aussi avec le respect des garanties fondamentales qui découlent de ce principe.

Mots-clé: Droit de Procédure Pénale; Principes; Procès Légal Dû; Procès Pénal Dû.

1. INTRODUÇÃO

Tido como princípio basilar na estruturação dos estados de direito modernos, o princípio do devido processo legal ganha relevo no sistema brasileiro em razão das garantias que dele decorrem, servindo de vetor e base para que seja alcançado um direito material calcado na razoabilidade das leis e um processo realmente democrático, efetivo e justo dentro de uma sociedade que procura caminhar sempre mais para uma democracia plena.

Numa sociedade de padrões bastante discriminatórios, a previsão do princípio na atual Constituição foi sem dúvida um avanço no mundo jurídico, com reflexos nos demais setores, não obstante a cláusula objeto do presente trabalho não tenha encontrado no direito nacional contornos definidos e uma efetiva aplicação¹.

A expressa previsão constitucional do princípio do *due process of law* representou, mais do que uma aspiração jurídica, um desenvolvimento natural da sociedade brasileira, inconformada com a atuação do Estado sem um mínimo de controle e supressora dos direitos fundamentais dos cidadãos, como observou com

¹ Neste sentido são bastante oportunas as palavras de Arturo Hoyos: "Para nuestros propósitos, basta señalar, por una parte, que en nuestro siglo XX el autoritarismo y el totalitarismo son los peores enemigos del debido proceso, y, por la otra, que el predominio, en los países de América Latina, en general, y en Panamá, en particular, de formas de gobierno presidencialistas, inclusive en los Estados de estructura democrática, condicionan y mediatizan la independencia del Organo Judicial y hacen que la institución que aquí estudiamos – la garantía constitucional del debido proceso – experimente vaivenes y variables grados de efectividad, avances y retrocesos, según, entre otros factores, la evolución política del país. Las normas constitucionales que consagran esta institución no pueden, pues, ser juzgadas con independencia de este factor." (HOYOS, A. La Garantía Constitucional del Debido Proceso Legal. *Revista de Processo*, v. 47. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 51).

propriedade SLAIBI FILHO, que, indo adiante na reflexão, ponderou que “a questão da assimilação do *devido processo legal* como prática social é questão que, antes de jurídica, decorre dos padrões culturais que se pretende alterar: o legislador constituinte fez o que lhe cabia, que foi prever o sistema. Aos integrantes da comunidade jurídica caberá o maior fardo: assimilar um novo padrão cultural e, depois, transmiti-lo à sociedade.”²

Dentro desse contexto, o presente trabalho objetiva realizar uma análise do princípio em questão. Como premissa metodológica, informe-se que o estudo tem por objetivo o direito processual penal e, dentro desse, especificamente a análise das garantias que advêm do *due process of law*, principalmente na fase do processo de cognição. Eventualmente, algumas reflexões serão dirigidas também para a fase da investigação preliminar, quando necessárias.

Num primeiro momento, objetiva a pesquisa demonstrar a origem histórica e evolução da cláusula, enfocando o seu aspecto substancial e processual. Importante ainda, nesse momento, uma rápida visão do direito comparado, demonstrando que o princípio foi recepcionado pelas mais importantes nações da Europa e da América, além de vir previsto em vários tratados e convenções internacionais.

Numa segunda etapa, o estudo será dirigido à análise dos sistemas processuais, elencando as características básicas de cada um, buscando ao final a definição do sistema efetivamente adotado pelo Brasil. Este estudo se mostra necessário para que a visualização das características básicas do sistema brasileiro e

² SLAIBI FILHO, N. **Anotações à Constituição de 1988**. Aspectos Fundamentais. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Forense, 1993, p. 185.

os reflexos decorrentes para a interpretação das garantias emanadas do princípio do devido processo.

Na última fase, o objetivo será buscar dentro do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente dentro da Constituição da República, as garantias mínimas que decorrem diretamente do devido processo – visto que seria impossível elencar todas –, para, então, analisá-las e procurar demonstrar qual a interpretação que devem merecer, destacando desde já o entendimento de que um estudo a partir do garantismo penal seja talvez um dos caminhos para que essas garantias possam ganhar efetividade dentro do sistema.

Se o processo pode ser definido como busca ou tentativa de reconstrução de fato pretérito da vida - reconhecido de antemão como delituoso –, ou, em outro sentido, a apreensão dos fatos como efetivamente ocorreram, objetivando primordialmente um julgamento de mérito, com a dicção, por parte do órgão julgador, do direito a ser aplicado ao caso penal em questão³, necessário então que ele se desenvolva dentro dos limites do devido processo, com respeito e efetividade às garantias dele decorrentes.

³ A título de ilustração, destaque-se que a expressão “caso penal” é utilizada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, onde o autor demonstra, com propriedade, a inadequação do conceito de lide para o processo penal, substituindo-o pela expressão citada, razão pela esta é adotada no presente trabalho (COUTINHO, J. N. de M. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**, Curitiba : Juruá, 1989).

A partir da análise acima, objetiva-se concluir que o princípio do *due process of law* e as garantias constitucionais dele decorrentes⁴ devem ser o guia tanto para o legislador, como para o julgador e para o intérprete, no sentido de lhes trazer o substrato necessário para a efetivação de um sistema realmente democrático e justo na criação e aplicação do direito.

O grande desafio está em se lançar bases sólidas e fundamentadas que efetivamente explicitem o real significado e a extensão que as garantias decorrentes da cláusula do devido processo devem possuir dentro do sistema, para que sejam respeitadas em todos os casos penais, ou melhor, mais do que respeitadas, possam ter efetividade, desmoronando de vez os resquícios do sistema inquisitório que ainda parece sobreviver na cultura jurídica nacional. Este é o objetivo maior do estudo em questão.

A efetividade do sistema acusatório insculpido na Constituição da República de 1988 é ainda uma meta. Caminhar neste sentido é o desafio diário daqueles que entendem e lutam para que o direito seja uma constante caminhada rumo a uma democracia plena.

⁴ Nelson Nery Júnior, demonstrando a importância do princípio, chega a afirmar que "...bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies." (NERY JÚNIOR, N. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 28).

2. PRECEITUAÇÕES CONSTITUCIONAIS

2.1. HISTÓRICO DO PRINCÍPIO

Considerado 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 público⁵.

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.

⁵ Neste sentido v. CASTRO, C. R. de S. **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.

A trajetória teve início na Inglaterra⁶, com a edição da Magna Carta, como adiante se exporá, 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 grandiosa. Tendo em vista que o presente trabalho objetiva, no seu cerne, a análise das garantias processuais penais decorrentes do princípio em estudo, far-se-á, assim, uma rápida busca dos elementos essenciais da evolução da cláusula, em razão da necessidade do resgate histórico como premissa essencial para a exata compreensão do sentido que atualmente possui o 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, hão de ser ressaltados os aspectos presentes nas constituições brasileiras, mesmo que nestas tenha aparecido de maneira escassa.

⁶ 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 Alvacir Alfredo Nicz, que os enumera de forma sintética: "Na história do direito inglês, podemos distinguir quatro períodos distintos. O primeiro período se refere ao direito anglo-saxão e é o que precede a conquista normanda de 1066. O segundo vai desde aquela data até 1485, com o advento da dinastia dos Tudor, e chamada de período normando ou da 'common law'. O terceiro período vai de 1485 a 1832 e corresponde ao surgimento da 'equity', rivalizando com a 'common law'. O quarto período, iniciado em 1832 e que vem até os nossos dias, quando a 'common law' enfrenta um desenvolvimento sem precedentes da lei, e deve adaptar-se a uma sociedade dirigida para a administração." (NICZ, A. A. **Estudos de Direito Administrativo**. Curitiba : J. M. Editora, 1995, p. 38).

2.1.1. Inglaterra

Concebido e surgido inicialmente com a finalidade de limitar as ações reais⁷, o princípio do devido processo legal teve sua origem em 15 de junho de 1215⁸, na Inglaterra, quando o Rei João, denominado “O Sem Terra”, se viu 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 Liberdades⁹ (*Great Charter of Liberties* ou *Magna*

⁷ 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, H. **A Execução da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal**. Rio de Janeiro : Aide Editora, 1987, p. 25).

⁸ A título de informação, saliente-se a afirmação de Adhemar Ferreira Maciel: “Se começarmos a espiolhar 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, A. F. *O Devido Processo Legal e a Constituição Brasileira de 1988*, **Revista de Processo**. v. 85. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 176).

⁹ Tamanha 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.” (BITAR, O. **Obras Completas de Orlando Bitar: Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho**. v. 2, Rio de Janeiro : Renovar, 1996, p. 64).

*Carta Libertatum*¹⁰), coagido pelos revoltosos da alta estirpe, liderados pelo arcebispo de Canterbury, Stephen Langton.

Como bem anotou SUANNES, “a origem desse documento foi bastante acidentada, valendo notar a habilidade dos nobres ingleses que, descontentes com os rumos do governo, vinham de longa data reivindicando o retorno de seus privilégios, que os reis autoritários só faziam diminuir.”¹¹

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 tomar parte em lutas externas, fazendo com que a nação 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. A má administração da coroa desde Henrique II, agravada pelo 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 e o Papa Inocêncio III, gerado pelo fato daquele não aceitar a designação de Stephen Langton para assumir o Arcebispado de

¹⁰ No texto original foi utilizada a palavra *Carta* e não *Charta*, que seria mais consentâneo com o latim clássico, como bem observou SUANNES, A. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 84.

¹¹ Ibid., p. 86.

Canterbury em 1206, fez com que o rei fosse excomungado e fossem fechadas todas as igrejas do país, gerando grande insatisfação popular, fazendo com que João sem Terra se retratasse em 1213.

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 aqueles 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.

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 infringir¹².

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,

¹² SCHWARTZ, B. **Os Grandes Direitos da Humanidade: 'The bill of rights'**. Tradução de A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro : Forense, 1977, p. 12-13.

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 medievais¹³, como antecedente importante das modernas Constituições, sendo uma garantia solene de direitos individuais. Outro ponto de 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 a sua vontade¹⁴.

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 como foi, permaneceu como uma eminente condenação ao absolutismo governamental¹⁵.

¹³ 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). (CORRÊA, P. de O. **Liberdade Individual nos Países do Mercosul**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p. 21 e notas da p. 126).

¹⁴ Neste sentido é a lição de GRINOVER, A. P. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 23 et seq.

¹⁵ SCHWARTZ, **Os Grandes Direitos...**, obra citada, p. 17.

GRECO FILHO esclarece a necessidade de se analisar o documento, quanto ao seu conteúdo, sob dois aspectos: por um lado, como documento histórico e, por outro, como documento consagrador de um princípio atualmente acatado como indispensável pela civilização ocidental. Aliás, afirma o autor, 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 respeitar¹⁶.

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 libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium

¹⁶ GRECO FILHO, V. **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, R. **O Direito Inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 76).

parium suorum, vel per legem terrae.”¹⁷

O princípio foi utilizado inicialmente através da locução *law of the land*¹⁸. 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*¹⁹.

Importante ainda destacar o parágrafo 40 do documento histórico, que garantia o devido processo ao afirmar que “a ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça”²⁰.

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

¹⁷ 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. (CASTRO, **O Devido Processo Legal...**, obra citada, p. 9).

¹⁸ 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 judgement of his equals or by the **law of the land**.” (Sem grifos no original).

¹⁹ 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*. 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.”

²⁰ “To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice.”

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 o poder do rei em benefício dos súditos, sendo "garantia do ser humano ante o poder estatal."²¹

Merece ser destacado ainda que foi com a Magna Carta que se apontou o princípio da judicialidade, um dos princípios fundamentais 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 delito²².

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 tem uma nova interpretação, evoluindo e identificando-se com a tutela do *common law*²³, inicialmente com o pensamento de COKE, no século XVII, e depois com BLACKSTONE, no século seguinte, transformando-se a cláusula na

²¹ SUANNES, **Os Fundamentos Éticos...**, obra citada, p. 91.

²² Neste sentido v., FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo : Saraiva, 1995, p 12.

²³ Numa definição clara e precisa, 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, **Estudos...**, obra citada, p. 41).

garantia fundamental do processo inglês²⁴.

No breve histórico traçado em sua excelente obra, 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*²⁵.

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.”²⁶

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* -,

²⁴ Neste sentido v. GRINOVER, **As Garantias...**, obra citada, 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*.” Ressalte-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. R. **O Direito...**, obra citada, p. 4-9).

²⁵ SUANNES, **Os Fundamentos Éticos...**, obra citada, p. 88-89.

²⁶ *Ibid.*, p. 91.

que o criaram de precedente em precedente, buscando em cada caso a solução que era 'razoável' consagrar."²⁷

Com clareza, 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 escrito²⁸.

Sendo, pois, as decisões baseadas em precedentes, a estes deve ser reconhecido um certo valor. Nos casos onde não houvesse autoridade reconhecida aos precedentes, havia a solução específica, decidida pelo arbítrio do juiz. Assim, as coletâneas de jurisprudência é que permitiram ao direito inglês se desenvolver e tornar-se 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."²⁹ Talvez

²⁷ DAVID, **O Direito...**, obra citada, p. 12.

²⁸ NICZ, **Estudos...**, obra citada, p. 39.

²⁹ DAVID, **O Direito...**, obra citada, p. 14.

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.

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 constitucional³⁰ 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 incorporado o princípio às suas leis, sempre no sentido de resistência contra o arbítrio dos governantes³¹.

³⁰ Destaque-se que “es como producto de la independencia de norteamérica de Gran Bretaña en 1776 que la garantía del debido proceso va a encontrar su lugar en textos constitucionales.” (HOYOS, La Garantía..., obra citada, p. 47).

³¹ 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.

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 de 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 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-americano³², sendo então consagrada expressamente pela nova nação na famosa V Emenda, que assim dispôs:

Nenhuma pessoa será levada a responder por crime capital, ou de outro modo infamante, a não ser por declaração sob juramento ou acusação formal de um júri de instrução, exceto em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia,

³² 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. Ela 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.

quando em serviço em tempo de guerra ou de perigo público; da mesma forma, nenhuma pessoa estará sujeita, pelo mesmo crime, a correr por duas vezes perigo de vida; nem será obrigada, em nenhum caso criminal, a depor 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 compensação³³.

Posteriormente, após o término da Guerra Civil (1861-1865) e com a abolição da escravidão (1863), surgiram as Emendas XIII, XIV e XV, que tinham por objetivo garantir os direitos de cidadania aos ex-escravos, devendo ser destacada a Emenda XIV (1866), que assim dispunha:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residam. Nenhum Estado editará ou aplicará qualquer lei que prejudique os privilégios e imunidades dos cidadãos americanos; também nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da lei³⁴.

³³ "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 ou 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."

³⁴ "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."

Com o advento da Emenda XIV, a cláusula do devido processo se tornava de obediência obrigatória pelos Estados americanos, devendo ser observado que “nenhum Estado poderia desconsiderar o devido processo legal quando estivesse em jogo a vida, a liberdade ou a propriedade dos bens de alguém.”³⁵

Uma vez incorporado ao direito constitucional norte-americano, o princípio do *due process of law* foi objeto de uma grande variante na exegese jurisprudencial, devido à elasticidade da locução. Impende salientar, entretanto, que a cláusula foi sempre fator 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.”³⁶

Demonstrando a importância do princípio na evolução do pensamento jurídico norte-americano, 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* foi por eles trazido e buscado implantar na terra que estavam colonizando.”³⁷

³⁵ SUANNES, *Os Fundamentos Éticos...*, obra citada, p. 115.

³⁶ CASTRO, *O Devido Processo Legal...*, obra citada, p. 33.

³⁷ SUANNES, *Os Fundamentos Éticos...*, obra citada, p. 106.

2.1.3. Brasil

O princípio do devido processo legal – também denominado de princípio do processo justo³⁸ - está inserido na Lei Maior 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 Federal de 1988, o princípio, entretanto, já estava implícito nas Cartas anteriores, como reflexo inclusive dos direitos europeu e norte-americano, sendo que este último é que verdadeiramente buscou traçar os contornos atuais que o envolvem.

Cumprе 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).

A primeira Constituição do Brasil – a Carta de 1824 – deu ao Imperador poderes absolutos sobre toda a organização política e sobre os demais poderes. Por esta razão, como bem pondera SILVEIRA, “não havendo poder judiciário independente, não há como falar em garantias de direitos individuais ou, especificamente, da

³⁸ Denominação esta trazida por PORTANOVA, R. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 145.

observância do princípio do devido processo legal, que sequer era expressamente mencionado.”³⁹

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), a Constituição brasileira, ao contrário daquela, acabou sendo prolixa e casuísta, tentando abarcar todas as hipóteses possíveis, prometendo leis posteriores para regular direitos, o que a tornou impraticável e desobedecida⁴⁰.

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 72⁴¹.

³⁹ SILVEIRA, P. F. **Devido Processo Legal**: due process of law. 2. ed., Belo Horizonte : Del Rey, 1997, p. 28.

⁴⁰ Ibid., p. 29.

⁴¹ 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...”.

Sob a égide da nova Constituição, que acabou com a unidade processual no país, alguns princípios básicos foram assegurados, conforme ensina 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 Penal⁴².

Apesar dos poderes conferidos ao Poder Judiciário – diferentemente da Carta anterior, a Constituição de 1891 garantia a vitaliciedade do cargo aos juizes – 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 civis⁴³.

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

⁴² MARQUES, J. F. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. V. 1, Rio de Janeiro : Forense, 1965, p. 105.

⁴³ Neste sentido v. SILVEIRA, **Devido...**, obra citada, p. 31.

período não houve qualquer menção ao princípio do devido processo legal⁴⁴, visto que as liberdades civis foram esquecidas. Entretanto, contraditoriamente, foi criado pela Carta 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 individuais⁴⁵. Entretanto, também esta Carta não fez qualquer referência expressa ao princípio do devido processo legal⁴⁶.

Afirmando que o princípio do devido processo legal chegou ao texto constitucional de modo expresso e claro na Constituição de 1946⁴⁷, WAMBIER ressalva,

⁴⁴ 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, 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." (**Elementos...**, obra citada, p. 108).

⁴⁵ Capítulo II – artigos 141 a 144.

⁴⁶ MARQUES destaca que "a Constituição de 1946 adotou, muito claramente, os princípios da acusatoriedade, do contraditório, do devido processo legal e do juiz natural." 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." (**Elementos...**, obra citada, p. 80, 81, 109).

⁴⁷ Artigo 141, § 4.^a: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."

entretanto, que do texto citado se extrai o princípio da justicialidade. A seguir, o autor paranaense conclui, que “da garantia do controle jurisdicional, todavia, deflui tranqüilamente a do devido processo legal, por 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.”⁴⁸

Em 1964 adveio o golpe militar e com ele seguiram-se as Constituições de 1967 e 1969 (Emenda n.º I), que traziam expressos os 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 XXVI (1985), convocando a Assembléia Nacional Constituinte, que veio a promulgar a atual Carta Política (1988).

⁴⁸ WAMBIER, L. R. Anotações sobre o Princípio do Devido Processo Legal. **Revista de Processo**. v. 63. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 59. Destaque-se que o citado autor, ao analisar sucintamente a questão, 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. (Ibid., p. 60).

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, conseqüentemente procurou conter a força daquele, buscando consagrar expressamente e até de modo exaustivo os direitos e garantias do cidadão, dedicando um título da Carta para este tema⁴⁹.

Além disso, a Carta 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”⁵⁰, 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.”⁵¹

⁴⁹ Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

⁵⁰ Constituição Federal de 1988, artigo 5.º, § 1.º.

⁵¹ 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.”

Tratando do princípio em seu aspecto penal, 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.”⁵²

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, repercutindo na defesa dos valores fundamentais do Homem, como a vida, a liberdade e a propriedade.”⁵³

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 trabalho⁵⁴.

⁵² SUANNES, **Os Fundamentos Éticos...**, obra citada, p. 83.

⁵³ MACIEL, **O Devido Processo Legal...**, obra citada, p. 175.

⁵⁴ Ressaltando a avanço ocorrido com a Constituição de 1988, com a adoção das mais amplas garantias ao cidadão, 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” (Anotações..., obra citada, 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 releitura da legislação processual à luz da Constituição.

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 Carta – 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 precedentes⁵⁵.

2.2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO E PROCESSUAL

2.2.1. Conceito de devido processo legal

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

⁵⁵ 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.**” (sem grifos no original). (Anotações..., obra citada, p. 182-183).

Historicamente, verifica-se, tanto na Inglaterra e 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 não dar uma definição à locução, demonstrando que o princípio deve ter uma interpretação de acordo com o caso concreto, evitando dessa forma um conceito que viesse a reduzir o campo de incidência do princípio.

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."⁵⁶

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 história. *Due process* é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo⁵⁷.

⁵⁶ **The General Principles of Constitutional Law in the United States of America**. 4. ed. Boston : Little Brown, and Co, 1931, p. 279, citado por MACIEL, **O Devido Processo Legal...**, obra citada, p. 177.

⁵⁷ Citado por SILVEIRA, **Devido...**, obra citada, p. 81.

Abordando o fato de que as constituições liberais-democráticas acolheram o princípio do devido processo, 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.”⁵⁸

GRINOVER, sustenta com razão que os conceitos de justiça, devido processo legal e 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.”⁵⁹

Procurando demonstrar que o verdadeiro império do direito só é possível se um dos seus requisitos for a existência de um processo justo, RAWLS entende que o devido processo é aquele “razoavelmente estruturado para averiguar a verdade, de formas consistentes com as outras finalidades do ordenamento jurídico, assim como determinar se houve alguma violação e em que circunstâncias.”⁶⁰

⁵⁸ WAMBIER, **Anotações...**, obra citada, p. 54.

⁵⁹ GRINOVER, **As garantias...**, obra citada, p. 34.

⁶⁰ “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.” (RAWLS, **A Theory of Justice**. Londres : Oxford University Press, 1973, p. 239, citado por HOYOS, A. La garantía..., obra citada, p. 44).

Há autores sustentando, 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 audiência⁶¹.

O autor panamenho HOYOS, baseado em COUTURE e 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 todos⁶².

Aliás, COUTURE, analisando o princípio numa dimensão processual, o definiu da seguinte maneira:

a garantia de ordem estritamente processual tem se transformado, com o passar do tempo, no símbolo da *garantía jurisdiccional* em si mesma. A garantia do devido

⁶¹ Defendendo ser princípio geral do direito, cite-se, por todos, 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, *La Garantía...*, obra citada, p. 44-45.

⁶² Id. 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." (Id.).

processo consiste, em última análise, 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 parlamentar⁶³.

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 VIGORITI, que demonstra com fundamento que a expressão *due* deve ser traduzida por **justo**, afinando-se assim com as atuais manifestações doutrinárias⁶⁴, que se declaram por um processo efetivamente justo:

A tradução italiana da expressão *due process of law* apresenta alguma dificuldade. O termo 'due', no qual é guardada toda a força da expressão, é um chamado fiducioso à consciência do homem, para uma justiça superior edificada acima da natureza e da razão. Por isso não pode ser traduzida com adjetivos como 'regular' ou 'correta' que exprimem somente uma exigência de legalidade que não exaure o conteúdo da garantia, mas deverá ser traduzida com o termo 'justo', o único que pode atribuir com eficácia o conteúdo ético do termo 'due'. A incerteza do discernimento e a dificuldade de uma tradução adequada, aconselham, todavia, a usar a expressão o quanto

⁶³ "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 un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías do proceso parlamentar." (COUTURE, E. J. **Estudios de Derecho Procesal**. V. I. Buenos Aires : Depalma, 1979, p. 51).

⁶⁴ Neste sentido v. SUANNES, **Os Fundamentos Éticos...**, obra citada, especialmente o capítulo 6 (o processo penal justo), p. 129-154. V. também CARVALHO, A. B. de. **Magistratura e Direito Alternativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1996. PORTANOVA, **Princípios...**, obra citada.

possível na língua original, sem querer forçar a todo custo um significado numa fórmula que nos seja familiar⁶⁵.

Em verdade, o conceito de devido processo é um conceito muito fluído, tendo sofrido ao longo do tempo muitas influências e diversas interpretações. Confirmando a assertiva anterior, CIRILO DE VARGAS expõe que “nenhum Autor, brasileiro ou estrangeiro, possui um rol igual daquilo que deva ser considerado como integrante do devido processo.”⁶⁶

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

⁶⁵ “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 come ‘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 língua originale, senza volerne forzare a tutti i costi il significato in una formula a noi familiare.” (VIGORITI, V. **Garanzie Costituzionali del Processo Civile**. Milão : Giuffrè, 1973, p. 30, nota n.º 12). 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 THEODORO JÚNIOR de que o constitucionalismo norte-americano foi implantado não pela garantia de uma tutela jurisdicional regular e correta, mas sobretudo porque o devido processo representou a garantia de um processo justo. (**A Execução...**, obra citada, p. 58).

⁶⁶ VARGAS, J. C. de. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 139.

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 tentará demonstrar a seguir.

Inicialmente, o princípio do devido processo legal foi elaborado e interpretado como uma garantia apenas processual, visando assegurar a regularidade do processo em todas as instâncias judiciais⁶⁷. Esta interpretação inicial vigorou na Inglaterra e também nos Estados Unidos, pois, como afirma GRINOVER, “mesmo com a promulgação da XIV Emenda, o conteúdo da cláusula não sofreu modificação, referindo-se unicamente a garantias processuais.”⁶⁸

⁶⁷ Além disso, a sua incidência inicial sempre se deu especificamente no âmbito do processo criminal. Carlos Roberto de 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 recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração Pública.” (CASTRO, O Devido Processo Legal..., obra citada, p. 34).

⁶⁸ GRINOVER, *As Garantias...*, obra citada, p. 31.

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* 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.”⁶⁹

Após o episódio de 1937, quando o Presidente Roosevelt propôs o aumento no número de juizes 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 Deal⁷⁰, esperava-se um 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.

⁶⁹ HAMILTON, A. *The Papers of Alexander Hamilton*. New York : Columbia University Press, 1962, p. 35, citado por SILVEIRA, *Devido...*, obra citada, p. 81.

⁷⁰ 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, alguns juizes acabaram renunciando, fazendo com que o Presidente americano acabasse tendo o controle ideológico da Corte.

No campo criminal, três julgamentos foram decisivos para esta evolução. A trilogia do devido processo criminal, na expressão de SILVEIRA⁷¹, 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 desarrazoável busca e apreensão.

No segundo caso, *Gideon v. Wainwright*, julgado em 1963, *Gideon* havia sido condenado por furto, sendo que no seu julgamento o juiz, em face das leis do 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 inferior⁷².

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

⁷¹ SILVEIRA, **Devido...**, obra citada, p. 113 et seq., onde o autor descreve os casos.

⁷² Foi concedido ao condenado um *writ of certiorari*, que é a ordem escrita de um tribunal superior solicitando a revisão de uma decisão tomada por um tribunal inferior (Dicionário Prático Michaelis para Windows xp).

direito do preso de ficar calado, informando-o que tudo o que disser poderá ser usado contra ele, além da necessidade da presença de advogado, constituído ou dativo.

As cortes posteriores, por influência do governo, foram mais conservadoras, de um modo geral. Vale ressaltar, com desaprovação, que os precedentes antes citados acabaram sendo sensivelmente limitados, ante a justificativa de prevenção e combate à criminalidade.⁷³

Segundo 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.”⁷⁴

Para o Desembargador PORTANOVA, em sua origem o princípio em apreço visava garantir um processo ordenado para o cidadão.⁷⁵ 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

⁷³ Exemplos dessas limitações podem ser encontrados em SILVEIRA, *Ibid.*, p. 117-121.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 82.

⁷⁵ PORTANOVA, **Princípios...**, obra citada, p. 146.

legislador não pode limitar os direitos fundamentais garantidos pela cláusula do *due process*.⁷⁶

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*⁷⁷ e da retroatividade das leis (*ex post facto law*), ambas contidas no artigo 1.º da Constituição, bem como as garantias expressas na V Emenda, quais sejam, julgamento por júri (*jury trial*), proibição de ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e a vedação da auto-incriminação forçada (*self incrimination*). Já a VI Emenda previa o direito a um julgamento rápido e público (*speedy and public trial*), júri imparcial e competente territorialmente, o direito do acusado ser informado da natureza e causa da acusação (*fair notice*), além do direito de defesa e ao contraditório⁷⁸.

⁷⁶ 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 v. a lição de GRINOVER, **As Garantias...**, obra citada, p. 26.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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.

Os autores americanos ABRAHAM e PERRY⁷⁹, 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 IV); 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 IV); defesa contra valores de fiança excessivos, multas e punições cruéis e não usuais (Emenda VIII).

Já as garantias implícitas diziam respeito especialmente ao direito do acusado em ter o seu dia na Corte (*his day in the Court*)⁸⁰, 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.

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 ("a ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça.")⁸¹:

⁷⁹ ABRAHAM, H. J. e PERRY, B. A. **Freedom and The Court**, London : Oxford University Press, 1994, p. 113.

⁸⁰ Segundo 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." (**As Garantias...**, obra citada, p. 40).

⁸¹ "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 Carta⁸².

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 constitucional⁸³, 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 pretendendo 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 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,

⁸² CASTRO, **O Devido Processo Legal...**, obra citada, p. 37 (sem grifos no original).

⁸³ Artigo 5.º, LV, da Carta de 1988.

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 argüição 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. Entretanto, a decisão vitoriosa o foi por maioria (cinco a quatro), demonstrando o início de um novo tempo na interpretação da cláusula do devido processo⁸⁴.

Também no julgamento do caso *Munn v. Illinois*, ocorrido em 1877, o Tribunal, 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.

⁸⁴ De acordo com 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." (*Devido...*, obra citada, p. 82).

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. Destaque-se que vários casos colocados a julgamento neste período diziam respeito diretamente com os atos legislativos, que apontavam muitas vezes para a arbitrariedade, faltando-lhes a razoabilidade na edição das normas.

Com o apogeu do liberalismo político e econômico nos séculos XVIII e XIX, reforçou-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.⁸⁵

Diante desse contexto, não demorou muito para que a Corte americana fosse impelida pelos antigos precedentes julgados logo após a independência, onde vingava

⁸⁵ Para ilustrar a afirmação, vale transcrever a manifestação do Juiz Felix Frankfurter, da Suprema Corte dos Estados Unidos: "*Due process* não pode ser aprisionado dentro dos traçoeiros 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." (citado por CASTRO, **O Devido Processo Legal...**, obra citada, p. 56).

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 legisladores⁸⁶.

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 ela não esteja em conformidade com o princípio do *due process of law*⁸⁷, ou seja, é uma lei arbitrária. Nesta perspectiva, verifica-se que uma nova etapa se inicia, a chamada era do “governo dos juizes”, com o controle pelo Judiciário da vida da nação. É imprescindível neste momento trazer a singular manifestação de 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 cena do Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu

⁸⁶ 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. O julgamento do caso “In the Matter of Jacobbs”, julgado pela Corte de Apelação do Estado de Nova York em 1885, foi 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.

⁸⁷ 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.” (**O Devido Processo Legal...**, obra citada, p. 178).

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 Judiciário⁸⁸.

Apesar da 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.

⁸⁸ CASTRO, *O Devido Processo Legal...*, obra citada, p. 47.

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 privara o réu de contratar sem o devido processo legal⁸⁹.

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 sob o argumento de que fere o 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 começa a ganhar, ainda dentro do seu aspecto substantivo, uma nova interpretação, passando a ser “instrumento de controle das invasões estatais nas faculdades ditas

⁸⁹ 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.

personalistas e de caráter não econômico (*non economic liberties*), quais sejam aquelas reputadas essenciais ao exercício da personalidade humana e, ainda, da cidadania.”⁹⁰

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 proibía o ensino das crianças em língua que não fosse a inglesa.

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 freqüentarem 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.

⁹⁰ CASTRO, O Devido Processo Legal..., obra citada, p. 69.

O primeiro é o famoso caso *Griswold v. Connecticut*, julgado em 1965, onde a Corte Suprema entendeu inconstitucional a proibição legislativa da utilização de 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-o 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.”⁹¹

Em síntese, pode-se afirmar que a cláusula do devido processo teve inicialmente um sentido e interpretação nitidamente processuais, 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 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 processo⁹².

BARROSO resume de maneira clara as fases do devido processo substantivo, quando afirma que

⁹¹ Ibid., p. 77.

⁹² GRINOVER, **As Garantias...**, obra citada, p. 38.

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 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 refluxo⁹³.

Demonstrando a necessidade de uma interpretação do princípio sem restrições, PORTANOVA afirma que atualmente o objetivo do princípio não se restringe somente às 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.”⁹⁴

2.3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO COMPARADO

A anotação do acolhimento do princípio do devido processo legal pelas constituições alienígenas, mesmo que feita de forma assistemática e incompleta, se mostra necessária para demonstrar a receptividade que a cláusula teve nas mais diversas nações, revelando assim o grau de compromisso desses países para com o

⁹³ BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 201.

⁹⁴ PORTANOVA, *Princípios...*, obra citada, p. 146.

desenvolvimento de um sistema democrático e justo na busca das soluções para os litígios e principalmente na garantia das liberdades e dos direitos dos cidadãos.

Afora a questão acima, é de ser ressaltado, como afirma NICZ, que “o direito comparado tem capital importância para aqueles que se dedicam ao estudo dos diversos campos do direito, um vez que ampliam novos campos de conhecimento do direito dos diferentes países, fazendo com que se possa compreender melhor o direito nacional.”⁹⁵

Além disso, há que se reconhecer os diversos benefícios trazidos pelo estudo do direito comparado, dentre os quais podem ser citados: o auxílio para o legislador nacional; um instrumento para a interpretação de normas e textos; e, por fim, como uma contribuição para a unificação sistemática do direito. Há que ser utilizado, para a análise do direito comparado, o método funcional, isto é, o comparatista deve examinar mais as funções de determinada norma do que o nome ou estrutura dado a determinadas instituições⁹⁶.

No presente trabalho, a preocupação maior é trazer textos que digam respeito diretamente ao processo penal, tendo em vista que o objetivo é a análise do devido processo legal neste último aspecto, ressaltando-se que efetivamente o legislador de muitos países teve maior cuidado com a instrução criminal, garantindo plenas condições de defesa e ainda um processo disciplinado anteriormente em lei.

Não obstante o princípio ter sido previsto em vários Estados com a perspectiva criminal, é certo que ele tem atualmente um alcance maior, atingindo outras esferas ou

⁹⁵ NICZ, **Estudos...**, obra citada, p. 36.

⁹⁶ Neste sentido v. HOYOS, *La Garantia...*, obra citada, p. 50.

ramos do direito, como acontece no Brasil. O devido processo legal acabou sendo o grande condicionante para a efetividade de um processo justo, possibilitando a todos o direito de ingresso em juízo para a defesa de direitos, bem como garantindo a amplitude de defesa, através de normas estatuídas anteriormente ao litígio.

Elaborada em três partes distintas (o princípio nas principais constituições da Europa, da América e nos tratados e convenções internacionais⁹⁷), a divisão se apresentou necessária apenas para demonstrar a configuração dada nos países do velho e do novo mundo – muitos, vizinhos da nação brasileira, com uma história bastante parecida – e, por fim, a previsão expressada nos principais decretos internacionais e históricos. Assim, a divisão didática estabelecida não possui nenhum outro critério, a não ser o anteriormente estipulado.

Destaque-se, ainda, que as anotações trazidas não se referem somente às expressas previsões da cláusula do *due process of law* na sua locação tal como ora citada. É importante que sejam especificadas também as garantias decorrentes da cláusula, especialmente as que dizem respeito à privação da liberdade, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural e ao acesso aos tribunais⁹⁸.

⁹⁷ Segundo HOYOS, enquanto que nos Estados Unidos da América a garantia constitucional do devido processo é uma garantia de direito substancial e de direito processual, na grande maioria dos países da Europa e da América Latina o princípio só é considerado no seu aspecto de garantia processual. Por esta razão, as citações do princípio nos diversos países terá a referência deste aspecto processual. (Ibid., p. 87, nota 21).

⁹⁸ Neste sentido, HOYOS destaca, com razão, que “luego de prevista en la Constitución federal norteamericana esta garantía, bajo diversos lenguajes, redacciones e incluso designaciones académicas (debido proceso legal, derecho constitucional de defensa, bilateralidad del proceso, principio de contradicción, proceso debido, garantía de justicia o de audiencia) se há plasmado en una grand parte de las constituciones de Europa y América Latina.” (Ibid., p. 47).

Por fim, não há nenhuma citação do princípio referente à Inglaterra e aos Estados Unidos da América, por se entender que isto seria repetitivo, visto que nestas nações a cláusula do devido processo e as garantias decorrentes já foram explicitadas quando da evolução histórica e da análise do princípio em seus aspectos processual e substantivo.

2.3.1. O devido processo nas principais nações européias

Dentre as principais nações da Europa, há que se destacar inicialmente a Alemanha onde a Constituição de Weimar, de 14 de agosto de 1919, previa, em seu artigo 114, que “a liberdade pessoal é inviolável e não poderá ser restringida ou suprimida pelo poder público a não ser em virtude de lei. As pessoas que forem privadas de liberdade serão informadas o mais tardar no dia seguinte, sobre qual a autoridade que ordenou, e por que razões, a privação de liberdade; tais pessoas deverão ter, ademais, ao seu alcance os meios para reclamar contra sua detenção.”

A Constituição da República Federal da Alemanha, promulgada a 23 de maio de 1949, prevê a apreciação das lesões dos direitos individuais por parte do Poder Público, pelos tribunais ordinários, quando não prevista outra competência (art. 19, § 4.º). O artigo 14, ao reconhecer a propriedade privada, possibilita a desapropriação por utilidade pública (§ 3.º), garantindo a apreciação, por parte dos tribunais ordinários, do montante da indenização.

Em seu artigo 101, a Constituição consagra o direito ao juiz natural, investido conforme predeterminação legal. O artigo 103 consagra o princípio da defesa e do contraditório. Já o inciso I, reconhece a todos o direito de fazer-se ouvir perante os tribunais, influenciando no desenvolvimento do processo e na formação do convencimento do juiz, mediante o exercício, de fato e de direito, da alegação e da defesa⁹⁹.

Já a Constituição da então República Democrática da Alemanha, de 6 de abril de 1968, na versão da Lei de 7 de outubro de 1974, previa, no seu artigo 100, que “só o juiz pode conhecer da admissibilidade da detenção preventiva. As pessoas detidas devem ser apresentadas ao juiz o mais tardar no dia seguinte ao da sua detenção.”

Na Itália, na vigência do Estatuto Albertino, as garantias constitucionais do processo acabaram sendo restringidas pelas normas que limitavam a possibilidade de recurso aos órgãos jurisdicionais, quando se tratasse de defender interesses legítimos prejudicados por atos da administração. Permitia-se que atos legislativos pudessem tirar da apreciação do Judiciário a lesão dos direitos subjetivos¹⁰⁰.

Para evitar que os direitos subjetivos continuassem desprotegidos, os trabalhos preparatórios da nova constituição, acatando a proposta de CALAMANDREI,

⁹⁹ Merece destaque, não obstante não seja objeto do estudo neste momento, a doutrina desenvolvida pelos tribunais alemães no tocante às provas obtidas ilicitamente, justamente pela influência que vem tendo em outros países, inclusive no Brasil, e por dizer respeito ao devido processo. Dois princípios acabaram sendo aplicados com respeito à matéria: por um lado, o princípio de que as provas obtidas por meios ilícitos devem ser excluídas, para preservar a pureza do processo judicial; por outro lado, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual deve ser sopesado o direito à intimidade das pessoas em cada caso em relação à importância da prova obtida e a gravidade da violação da lei que se imputa à pessoa.

¹⁰⁰ Neste sentido v. GRINOVER, **As Garantias...**, obra citada, p. 86.

propuseram o princípio de não supressão da tutela jurisdicional àqueles direitos, de acordo com o artigo 113 da Constituição de 1.º de janeiro de 1948¹⁰¹.

No artigo 13, a Constituição estabelece que “a liberdade pessoal é inviolável. Não se admite forma alguma de detenção, de inspeção ou de busca pessoal, nem qualquer outra restrição à liberdade pessoal senão por ato fundamentado da autoridade judicial, nos casos e nos termos da lei.”

A mesma Constituição, em seu artigo 24, prescreve: “Todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. A defesa é um direito inviolável em cada condição e grau de procedimento...”¹⁰².

Por fim, no artigo 25 assevera que “ninguém pode ser subtraído ao juiz natural constituído por lei.” O artigo 27 assegura que “a responsabilidade penal é pessoal. O acusado só é considerado culpado pela condenação definitiva.”

Quanto à França, há que se destacar que ainda está em vigor a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, por força do preâmbulo da Constituição de 1946, que reafirmou solenemente esses direitos, e ainda de acordo com o preâmbulo da Constituição de 5 de outubro de 1958¹⁰³, reiterando a Declaração

¹⁰¹ Artigo 113: “contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.”

¹⁰² “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento...”.

¹⁰³ A Constituição de 5 de outubro de 1958 teve modificações posteriores resultantes das leis constitucionais de 4 de junho de 1960, 6 de novembro de 1962, 30 de novembro de 1963, 29 de outubro de 1974 e 18 de junho de 1976.

de 1789 e a Constituição de 1946, nos seguintes termos: "O povo francês proclama solenemente o seu apego aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional tal como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946."¹⁰⁴

Com respeito à Espanha, a Constituição de 29 de dezembro de 1978, em seu artigo 24, item 1, estabelece que "todas as pessoas têm direito de obter a tutela efetiva dos juizes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa ocorrer falta de defesa." Já no item 2, prescreve que "assim mesmo, todos têm direito ao Juiz ordinário predeterminado pela lei, de defesa e assistência de advogado, de ser informados de acusação formulada contra eles, de um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, de utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, de não declarar contra si mesmo, de não

¹⁰⁴ Destaque-se que o artigo 66 da Constituição de 1958 vem completar a matéria prevendo que "ninguém pode ser arbitrariamente detido." Apesar de a Constituição não consagrar expressamente a garantia do devido processo, o Conselho Constitucional francês reconheceu em várias decisões as garantias constitucionais que a lei ordinária deve respeitar. A título de exemplo, cite-se a decisão de 23 de julho de 1975, onde o Conselho decidiu que violava o princípio da igualdade perante a lei e do trato igualitário no processo (não previsto expressamente na Constituição), a lei que permitia aos presidentes dos tribunais de primeira instância decidir, sem direito a recurso algum, que um só juiz, em vez dos três tradicionais, presidiria a audiência em casos de menor importância.

confessar culpa e da presunção de inocência.”¹⁰⁵

Destaque-se ainda o artigo 17, onde prevê que a prisão somente se dará de acordo com a lei, sendo que no prazo máximo de 72 horas o detido deverá ser solto ou colocado à disposição da autoridade judicial. Além disso, prevê a necessidade de se informar ao detido sobre seus direitos e sobre as razões da prisão, tendo direito a ser assistido por advogado nas diligências policiais e judiciais.

Anteriormente, as Leis Fundamentais de 1945 e 1947 impediam a prisão fora dos casos previstos em lei e previam soltura automática, na falta de ordem judiciária, após setenta e duas horas de sua efetivação (artigo 18).

A Constituição portuguesa de 1933, modificada em 1935, 1936, 1937, 1938, 1945 e 1951, previa no artigo 8.º os direitos e garantias individuais, tais como a proibição de prisão sem ordem judicial, o contraditório, o direito de defesa, o direito de petição e os recursos. Contra abuso de poder, no parágrafo 4.º, criou o *habeas corpus*.

Já a Constituição de 25 de abril de 1974, promulgada em 2 de abril de 1976, prevê, em seu artigo 20, o direito de acesso à justiça, ao enfatizar que “a todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça

¹⁰⁵ “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.” Já no item 2, prescreve que “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.” A jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC) sobre o artigo 24 da Constituição é bastante rica, valendo destacar que as mais interessantes têm versado sobre o direito de defesa, o direito de ação, a necessidade de motivação das sentenças e o combate ao formalismo excessivo.

ser denegada por insuficiência de meios econômicos.” O artigo 27 prevê que “1. todos têm direito à liberdade e à segurança. 2. Ninguém pode ser privado da liberdade a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.” Neste mesmo artigo prevê a prisão preventiva como exceção e garante à pessoa privada da sua liberdade o direito de ser informada, no mais curto prazo, sobre as razões de sua prisão.

Importante ainda destacar o artigo 28, onde prescreve que “a prisão sem culpa formada será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a decisão judicial de validação ou manutenção, devendo o juiz conhecer das causas da detenção e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa.”

Por fim, merece citação o artigo 32, quando assevera que “1. O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa. 2. Todo o argüido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação... 7. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.”

Cite-se, ainda, de forma sucinta, a Constituição norueguesa, de 17 de maio de 1814, com as alterações de 5 de maio de 1980, onde estabelece em seu artigo 96 que “ninguém poderá ser condenado senão em virtude de uma lei, nem castigado salvo em virtude de uma sentença judicial...”

A Constituição da Finlândia, no artigo 13, prevê que “nenhum cidadão finlandês poderá ser julgado por outro tribunal senão por aquele que lhe corresponda com apoio na lei.”

A Constituição da Suíça, de 18 de abril de 1999, prevê, no artigo 33, o direito de petição e, no artigo 30, estabelece as garantias do procedimento judicial, ao afirmar no item 1 que “toda pessoa cuja causa deva ser julgada em um processo judicial tem o direito que esta seja levada diante de um tribunal estabelecido pela lei, competente, independente e imparcial. Os tribunais excepcionais são proibidos.”¹⁰⁶

Já o artigo 34 dispõe sobre o processo penal, estabelecendo em seu item 1 que “toda pessoa presume-se inocente até que ela seja condenada”. O item 2 determina que “toda pessoa acusada deve ser informada, nos menores prazos e de maneira detalhada, das acusações levadas contra si. Ela deve ter a possibilidade de fazer valer os direitos de defesa. 3. Toda pessoa condenada tem o direito de que uma jurisdição superior examine o julgamento...”¹⁰⁷

A Constituição da Áustria, promulgada em primeiro de outubro de 1920, revalidada pela lei Constitucional de primeiro de maio de 1945 e posteriormente emendada, prevê no artigo 83, item 2, que “ninguém poderá ser subtraído ao juiz que

¹⁰⁶ Artigo 30. “Garanties de procédure judiciaire. 1. Toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Les tribunaux d’exception sont interdits. 2. La personne qui fait l’objet d’une action civile a droit à ce que sa cause soit portée devant le tribunal de son domicile. La loi peut prévoir un autre for. 3. L’audience et le prononcé du jugement sont publics. La loi peut prévoir des exceptions.”

¹⁰⁷ Artigo 32. “Procédure pénale. 1. Toute personne est présumée innocente jusqu’à ce qu’elle fasse l’objet d’une condamnation entrée en force. 2. Toute personne accusée a le droit d’être informée, dans les plus brefs délais et de manière détaillée, des accusations portées contre elle. Elle doit être mise en état de faire valoir les droits de la défense. 3. Toute personne condamnée a le droit de faire examiner le jugement par une juridiction supérieure. Les cas où le Tribunal fédéral statue en instance unique sont réservés.”

legalmente o corresponda”¹⁰⁸, destacando-se ainda que a Lei Constitucional de 27 de outubro de 1862, ainda vigente, prevê, no seu artigo 1.º, disposição idêntica à da Constituição, que dela foi reproduzida.

A Constituição belga de 1831, parcialmente modificada em 1893, 1920, 1931 e 1945, prevê, no seu artigo sétimo, que ninguém pode ser preso senão em flagrante ou por provimento motivado do juiz. Nos artigos 8.º e 94, garante o juiz pré-constituído por lei. Já o artigo 96 garante a publicidade das audiências, enquanto que o artigo 97 prevê a necessidade de motivação das sentenças a serem publicadas em audiência.

A Constituição dos Países Baixos, datada de 1887 e modificada em 1922, ainda com o acréscimo de um capítulo em 1948, traz expresso o princípio do juiz natural no artigo 163. As condições e formas de prisão estão contidas no artigo 164, enquanto que o artigo 168 determina a motivação das sentenças e o caráter público das audiências.

A Constituição da Irlanda, de 1937, com as Emendas de 1939 e 1941 e ainda a Lei Constitucional de 1948, garante, no artigo 34, o juiz pré-constituído por lei, trazendo os princípios que regem as restrições de liberdade e outros relativos ao processo penal, nos artigos 38 e 39.

A Constituição da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), revista em 1947, garantia a liberdade pessoal (artigo 127), a publicidade das audiências (artigo 111) e a independência dos juizes (artigo 112).

¹⁰⁸ Artigo 83. 2. “nadie podrá ser subtraído al juez que legalmente le corresponda”.

Já a Constituição de 7 de outubro de 1977 previa, em seu artigo 54, que “é garantida aos cidadãos da URSS a inviolabilidade pessoal. Ninguém pode ser preso a não ser em consequência de decisão judicial ou com sanção do procurador.”

A Constituição húngara de 1949 assegura, no artigo 40, I e II, respectivamente, a publicidade do processo e o direito à defesa. Nos artigos 36, 37 e 39, no tocante à composição dos tribunais, determina a possibilidade de instituição de tribunais especiais, por lei, para determinados delitos.

A Constituição da Polônia, de 1952, dispõe sobre a criação e funcionamento dos tribunais, o direito de defesa, a publicidade das audiências, a independência dos juizes e a liberdade individual, nos artigos 46 a 49, 52, 53 e 74.

A Constituição da Holanda, de 19 de janeiro de 1983, prevê, em seu artigo 15, que “1. Ninguém pode ser privado da liberdade a não ser nos casos estabelecidos na lei ou em conformidade com a lei. 2. Quem for privado da liberdade sem ser por ordem de um tribunal poderá solicitar a um tribunal que ordene a sua libertação. Neste caso, ele será ouvido por um tribunal dentro do prazo estabelecido por lei. Se considerar ilegal a privação da liberdade, o tribunal ordenará a libertação imediata.”

A Constituição da República Socialista da Iugoslávia, de 21 de fevereiro de 1974, assevera, no seu artigo 177, que “a liberdade do homem é inviolável. Ninguém pode ser privado de liberdade, a não ser nos casos e segundo os processos determinados pela lei. A privação de liberdade só pode durar enquanto existirem as condições legais requeridas.”

Já no artigo seguinte, prevê a prisão preventiva como medida excepcional, sendo que o preso nessas condições deve receber informações, num prazo de 24 horas, sobre os motivos da mesma.

No artigo 181 há um delineamento do juiz natural, quando se afirma que “as sanções penais são aplicadas pelo tribunal competente, segundo o processo prescrito na lei.” No artigo 182, prescreve que “é garantido o direito à defesa. Nenhuma pessoa pode ser condenada sem ser ouvida, de harmonia com a lei ou sem lhe ser concedida a possibilidade de se defender.”

A Constituição da Confederação Suíça, de 29 de maio de 1874, atualizada até 31 de dezembro de 1969, prevê, em seu artigo 58, que “1. Ninguém pode ser subtraído ao seu juiz natural. Por conseguinte, não poderão ser estabelecidos tribunais extraordinários.”

Portanto, da sucinta citação e análise das constituições dos principais países do continente europeu, reflete-se bastante clara a intenção do legislador de limitar o poder estatal no que diz respeito especialmente às garantias fundamentais do indivíduo, mesmo em países que por muito tempo adotaram regimes autoritários de governo.

2.3.2. O devido processo nas principais nações americanas

Na América, além, do precursor Estados Unidos da América, os mais importantes países integrantes do continente sempre buscaram, com maior ou menor

intensidade, garantir, se não na prática ao menos através das legislações, os direitos fundamentais do indivíduo, restringindo, com base na própria evolução histórica do princípio do devido processo, os poderes do Estado quando em conflito com os valores maiores do cidadão, quais sejam, a vida e a liberdade.

Uma das primeiras em garantir os direitos do indivíduo, a Constituição do México, de 1917, prevê em seu artigo 14 que

nenhuma lei dará efeito retroativo em prejuízo de pessoa alguma. Ninguém será privado da vida, da liberdade ou de suas propriedades, posses ou direitos, a não ser mediante juízo seguido diante dos tribunais previamente estabelecidos, nos quais se cumpram as formalidades essenciais do procedimento e conforme as leis expedidas com anterioridade ao fato... Nos juízos de ordem civil, a sentença definitiva deverá ser conforme a lei ou sua interpretação jurídica, e à falta desta se fundará nos princípios gerais do direito¹⁰⁹.

Para a jurisprudência mexicana, o termo juízo tem sido entendido e interpretado em seu sentido lato, indo além do processo judicial, englobando também o

¹⁰⁹ Artigo 14: "Ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho... En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho." Para o autor mexicano Ignacio Burgoa, o artigo 14 da Constituição mexicana se integra mediante quatro garantias específicas de segurança jurídica, que são: "el juicio previo al acto de privación; que dicho juicio se siga ante tribunales previamente establecidos; el cumplimiento o la observancia de las formalidades procesales esenciales; y la decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio." (BURGOA, I. **Las Garantías Individuales**. 12. ed., Mexico : Editorial Porrúa, 1979, p. 551).

procedimento administrativo. Quanto aos 'tribunais previamente estabelecidos', o entendimento também ultrapassa os órgãos judiciais para abarcar inclusive as autoridades administrativas com poder de decisão, como, por exemplo, as trabalhistas. Destaque-se também que a expressão 'formalidades essenciais do procedimento' diz respeito não só à fase judicial, mas administrativa, garantindo e proporcionando uma verdadeira oportunidade de defesa a todos os acusados¹¹⁰. Ressalte-se ainda o avanço da Constituição mexicana, que datada de 1917, explicita garantias que outros países somente mais tarde vieram a consagrar, tal como ocorreu no Brasil.

A Constituição do Canadá, de 1982, dispõe no seu artigo 7.º que "todos têm direito à vida, liberdade e segurança pessoal e de não ser privado destes direitos, de acordo com os princípios fundamentais da justiça."¹¹¹

A Constituição do Panamá, de 1972, alterada pelas reformas introduzidas pelo ato constitucional de 1983, prevê, no seu artigo 32, que "ninguém será julgado a não ser por autoridade competente e conforme os trâmites legais, nem mais de uma vez pela mesma causa penal, policial ou disciplinar."¹¹²

¹¹⁰ Neste sentido v. FIX-ZAMUDIO, H. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)**. Mexico : Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1985, p. 37-38.

¹¹¹ "Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice." Ressalte-se que os redatores da Carta canadense omitiram a palavra propriedade, tal como existe na Constituição americana, bem como, ao invés de *due process of law*, utilizaram-se da expressão 'princípios da justiça fundamental', significando o devido processo, justamente para evitar um alargamento da interpretação, suprimindo assim uma equidade substancial, restringindo-a ao aspecto processual, conforme a lição de HOYOS, La Garantia..., obra citada, p. 88, nota 42.

¹¹² Artigo 32: "Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria."

Esta garantia vem evoluindo no Panamá desde 1903, quando foi inserida pela primeira vez na Lei Maior. Esteve presente, posteriormente, nas constituições de 1941 e 1946. Inicialmente era restrita aos processos criminais e com o tempo passou a ter incidência sobre todos os tipos de processo¹¹³.

A Constituição da República da Costa Rica, de 1949, assegura, em seu artigo 35, que “ninguém pode ser julgado por comissão, tribunal ou juiz especificamente nomeado para o caso, mas sim exclusivamente pelos tribunais estabelecidos de acordo com esta Constituição.”¹¹⁴ No artigo 36 assevera que “em matéria penal, ninguém está obrigado a declarar contra si mesmo, nem contra seu cônjuge, ascendentes, descendentes ou parentes colaterais até o terceiro grau inclusive por consangüinidade ou afinidade”.¹¹⁵ Por fim, no artigo 37 prescreve que “ninguém poderá ser detido sem um indício comprovado de ter cometido delito, e sem mandado escrito de juiz ou autoridade incumbido de ordem pública, exceto quando se tratar de réu fugitivo ou

¹¹³ A jurisprudência panamenha tem se manifestado em seus julgamentos sobre o devido processo especialmente no tocante ao seu alcance sobre todos os processos e seu desenvolvimento sem dilações injustificadas; sobre o direito do acusado a ser ouvido pelo tribunal antes que este decida a questão; sobre o juiz natural, destacando-se a necessidade de um tribunal competente, predeterminado pela lei, independente e imparcial; sobre o contraditório e a bilateralidade, o caráter participativo da justiça; sobre o direito de produzir provas lícitas e contradizer as trazidas pela outra parte e pelo juiz; sobre a faculdade de fazer uso dos meios de impugnação previstos na lei contra as decisões judiciais motivadas e conforme o direito. As decisões judiciais a este respeito podem ser encontradas no texto de HOYOS, La Garantia..., obra citada, p. 70-80.

¹¹⁴ Artigo 35: “nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución.”

¹¹⁵ Artigo 36: “En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.”

delinqüente em flagrante; mas em todo caso deverá ser posto a disposição do juiz competente dentro do término peremptório de vinte e quatro horas.”¹¹⁶ E no artigo 42: “um mesmo juiz não pode o ser em diversas instâncias para a decisão de um mesmo ponto. Ninguém poderá ser julgado mais de uma vez pelo mesmo fato punível.”¹¹⁷

A Constituição da República de El Salvador, de 1983, proclama, em seu artigo 11, que “nenhuma pessoa pode ser privada do direito à vida, à liberdade, à propriedade e posse, nem de qualquer outro de seus direitos sem ser previamente ouvida e vencida em juízo com base nas leis, nem pode ser indiciada duas vezes pela mesma causa.”¹¹⁸

Já no artigo 12 prevê que

toda pessoa a quem se impute um delito, se presumirá inocente enquanto não se provar sua culpabilidade conforme a lei e em juízo público, no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa. A pessoa detida deve ser informada de maneira imediata e compreensível de seus direitos e das razões de sua detenção, não podendo ser obrigada a depor. É garantido ao detido a assistência de procurador nas

¹¹⁶ Artigo 37: “Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente in fraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.”

¹¹⁷ Artigo 42: “Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible.”

¹¹⁸ Artigo 11: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”.

diligências dos órgãos auxiliares da administração da justiça e nos processos judiciais, nos termos da lei¹¹⁹.

Por fim, no artigo 15, assevera que “ninguém poderá ser julgado senão em conformidade com as leis promulgadas com anterioridade ao fato de que se trate, e pelos tribunais previamente estabelecidos pela lei.”¹²⁰

A Constituição da República Dominicana, de 14 de agosto de 1994, prescreve que é garantida a segurança individual e, em consequência, no artigo 8.º, declara que

- b) ninguém poderá ser reduzido em prisão nem coibido em sua liberdade sem ordem motivada e escrita de funcionário judicial competente, salvo no caso de flagrante delito;
- c) toda pessoa privada de sua liberdade sem causa ou sem as formalidades legais, ou fora dos casos previstos pelas leis, será posta imediatamente em liberdade, a seu requerimento ou de qualquer outra pessoa;
- d) toda pessoa privada de sua liberdade será submetida à autoridade judicial competente dentro das quarenta e oito horas de sua detenção ou posta em liberdade;
- h) ninguém poderá ser julgado duas vezes por uma mesma causa;
- i) ninguém poderá ser obrigado a depor contra si mesmo;
- j) ninguém poderá ser julgado sem ter sido ouvido ou devidamente citado nem sem a observância dos procedimentos que estabeleça a lei para assegurar um juízo imparcial e o exercício do direito de defesa. As audiências serão públicas, com as exceções

¹¹⁹ Artigo 12: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa. La persona detenida debe ser informada de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca.”

¹²⁰ Artigo 15: “Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.”

estabelecidas por lei, nos casos em que a publicidade resulte prejudicial à ordem pública ou aos bons costumes¹²¹.

A Constituição da Venezuela, de 23 de janeiro de 1999, prescreve, no artigo 44, 1.º, que “nenhuma pessoa pode ser presa ou detida senão em virtude de uma ordem judicial, a menos que seja surpreendida em flagrante.”¹²² Já no artigo 26 assevera que “toda pessoa tem direito de acesso aos órgãos de administração da justiça e de fazer valer seus direitos e interesses, incluindo os coletivos ou difusos, à tutela efetiva dos mesmos e a obter com prontidão a decisão correspondente.”¹²³ Importante destacar que artigo 49 assegura que “o devido processo se aplicará em todas as atuações judiciais e administrativas...”¹²⁴

¹²¹ Artigo 8º: “b) Nadie podrá ser reducido a prisión ni cohibido en su libertad sin orden motivada y escrita de funcionario judicial competente, salvo el caso de flagrante delito; c) Toda persona privada de su libertad sin causa o sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta inmediatamente en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona; d) Toda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad; h) Nadie podrá ser juzgado dos veces por una misma causa; i) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo. j) Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa. Las audiencias serán públicas, con las excepciones que establezca la ley, en los casos en que la publicidad resulte perjudicial al orden público o a las buenas costumbres.”

¹²² Artigo 44: (...) 1. “Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti.”

¹²³ Artigo 26: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.”

¹²⁴ Artigo 49: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...”

Além disso, no artigo 27, a Constituição prevê o *amparo*, substituto do *habeas corpus*, nos seguintes termos: “Toda pessoa tem direito de ser amparada pelos Tribunais no gozo e exercício dos direitos e garantias constitucionais...”¹²⁵

A Constituição da Colômbia, de 1991, em seu artigo 29, garante: “ninguém poderá ser julgado senão conforme as leis preexistentes ao ato que se imputa, diante de tribunal competente e observando a plenitude das formas de cada juízo.”¹²⁶

A Constituição do Uruguai, de 1966, com a emenda de 1967, assegura, no artigo 12, que “ninguém pode ser apenado nem confinado sem processo ou sentença legal.”¹²⁷ No artigo 15 assinala que “ninguém pode ser preso senão em flagrante delito ou havendo prova deste, por ordem escrita do juiz competente.”¹²⁸ O artigo 16, complementando o anterior, prescreve que

em qualquer dos casos do artigo anterior, o juiz, sob a mais séria responsabilidade, tomará dentro de vinte e quatro horas a declaração do preso, e dentro de quarenta e oito horas, no máximo, começará o sumário. A declaração do acusado deverá ser

¹²⁵ Artigo 27: “Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales...”

¹²⁶ Artigo 29: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a la leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas de cada juicio.” A jurisprudência colombiana, há décadas, tem entendido que a garantia expressa neste artigo se estende a todos os processos e não somente ao processo penal. Destaque-se o julgamento do Tribunal Superior de Medellin, de 12 de maio de 1978, segundo o qual, o artigo 26, que consagra o devido processo, traz dois postulados: o julgamento deve ser feito por funcionários competentes e com a plenitude das formas processuais estabelecidas pela lei para cada caso. Viola-se o princípio quando se desconhecem as bases da organização judicial ou quando se menospreza o direito de defesa.

¹²⁷ Artigo 12: “nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.”

¹²⁸ Artigo 15: “nadie puede ser preso sino in fraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente.”

tomada na presença de seu defensor. Este possuirá também o direito de assistir a todas as diligências sumárias¹²⁹.

Já no artigo 72 afirma que “a enumeração de direitos, deveres e garantias feitas pela Constituição não exclui as inerentes à personalidade humana ou que derivam da forma republicana de governo.”¹³⁰ Destaque-se ainda o artigo 20, que elimina o juramento por parte dos acusados.

A Constituição Argentina de 1994, no seu artigo 18, anota que

nenhum habitante da Nação poderá ser apenado sem juízo prévio fundado em lei anterior ao fato do processo, nem julgado por comissões especiais, ou excluído dos juizes designados pela lei antes do fato da causa. Ninguém poderá ser obrigado a declarar contra si mesmo; nem ser preso senão em virtude de ordem escrita de

¹²⁹ Artigo 16: “en cualquier de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales.”

¹³⁰ Artigo 72: “la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.”

autoridade competente. É inviolável a defesa em juízo da pessoa e dos direitos¹³¹¹³².

A Constituição do Paraguai, de 1992, anuncia, em seu artigo 12, que “ninguém pode ser detido nem preso sem ordem escrita emanada de autoridade competente, salvo no caso de ser surpreendido em flagrante delito que mereça pena corporal.”¹³³ Além disso, o citado artigo ainda garante ao preso o direito de saber os motivos de sua prisão, o direito ao silêncio e de ser assistido por um defensor de sua confiança. Ademais, a detenção será comunicada aos seus familiares ou pessoa que indicar e a incomunicabilidade somente se dará em casos excepcionais, por mandado judicial, não sendo atingido o defensor por esta vedação.

A Constituição chilena de 1980 assegura, no artigo 11, que ninguém pode ser sentenciado senão por julgamento legal e em virtude de lei promulgada anteriormente.

¹³¹ Artigo 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.” A expressão *orden escrita de autoridad competente* deve ser entendida como *ordem escrita de autoridade judiciária competente*, conforme têm explicitado as várias Constituições Provinciais da Argentina e ainda de acordo com a legislação ordinária vigente. Neste sentido v. CORRÊA, **Liberdade...**, obra citada, p. 87.

¹³² A título de exemplo, cite-se alguns julgados da CSJ da Argentina, onde se aplicou o princípio do devido processo: a garantia do devido processo rechaça o juízo arbitral que seja excludente de um tribunal de justiça (sentença de 29 de março de 1967, no caso Bussio Hnos contra buque Del Oro y F.A.N.U.); a duração prolongada e irrazoável do processo é contrária ao devido processo (sentença de 17 de outubro de 1978, no caso Mozzatti e outro, processo penal que chegou na CSJ 25 anos depois de iniciado; para a validade da coisa julgada se requer a sua compatibilidade com a garantia de defesa em juízo (Caso José Tibold, de 23 de novembro de 1962), dentre outros.

¹³³ Artigo 12: “Nadie será detenido ni arrestado si orden escrita emanada de autoridad competente, salvo caso de ser sorprendido en flagrante comisión de delito que mereciese pena corporal.”

O princípio do juiz natural vem estampado no artigo 12. Por fim, o artigo 18 impede o juramento dos acusados nos processos penais e resguarda o cônjuge e os parentes, até o terceiro grau, e os afins até o segundo, da obrigação de prestar declarações.

O artigo 19 prescreve, em seu parágrafo 7.º, *b*, que “ninguém poderá ser privado de sua liberdade pessoal nem esta poderá ser restringida senão nos casos e na forma determinados pela Constituição e pelas leis.”¹³⁴

A Constituição do Equador, de 1996, em seu artigo 17, *h*, assinala que “ninguém será privado de sua liberdade senão em virtude de ordem judicial escrita de autoridade competente, nos casos, pelo tempo e com as formalidades prescritas pela Lei, salvo flagrante delito, em cujo caso tampouco poderá se manter sem forma de juízo por mais de vinte e quatro horas.”¹³⁵

A Constituição do Peru, de 1993, prescreve, no artigo 2.º, n.º 24, *f*, que “ninguém pode ser detido senão por mandado escrito e motivado do Juiz ou pelas autoridades policiais em caso de flagrante delito. O detido deve ser posto à disposição do juízo correspondente, dentro das vinte e quatro horas ou no término da distância...”¹³⁶

¹³⁴ Artigo 19, § 7.º, *b*: “Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes.”

¹³⁵ Artigo 17. *H*: “nadie será privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el tiempo y com las formalidades prescritas por la Ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas.”

¹³⁶ Artigo 2º, 24, *f*: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en término de la distancia...”

A Constituição da Bolívia, de 1967, prevê, no artigo 9.º, I, que “ninguém pode ser detido, conduzido nem posto em prisão senão nos casos e segundo as formas estabelecidas por lei, requerendo-se para a execução do respectivo mandado, que este emane de autoridade competente e seja intimado por escrito”.¹³⁷

A Constituição do Suriname, de 1987, prevê, em seu artigo 16 e alíneas, que “1. Todos têm direito à liberdade pessoal e segurança. 2. Ninguém será privado de sua liberdade, a menos de acordo com os procedimentos determinados pela lei. 3. Todo aquele que for privado de sua liberdade tem o direito a um tratamento de acordo com a dignidade humana.”¹³⁸

Portanto, com exceção do direito norte-americano e do próprio direito inglês, verifica-se nos demais casos que a preocupação com as garantias fundamentais decorrentes do devido processo é recente, constatando-se pelos textos constitucionais citados, salvo raras exceções, que ditas garantias foram inseridas nas constituições do século XX¹³⁹.

¹³⁷ Artigo 9, I: “Nadie puede ser detenido, arrestado ni puesto en prisión sino en los casos y según las formas establecidas por ley, requiriéndose para la ejecución del respectivo mandamiento, que éste emane de autoridad competente y sea intimado por escrito.”

¹³⁸ “1. Everyone has the right to personal liberty and safety. 2. No one will be deprived of his freedom, other than on grounds and according to proceedings determined by law. 3. Everyone who is deprived of his freedom has a right to a treatment in accordance with human dignity.”

¹³⁹ Um dos precursores a chamar a atenção para a ligação existente entre processo e constituição foi COUTURE. É sua a seguinte constatação: “las constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora.” (COUTURE, E. J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed., (póstuma). Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1978, p. 151.

233. Especialmente as nações latino-americanas têm demonstrado a preocupação em ampliar e aperfeiçoar suas constituições, através de emendas ou de novas cartas, no sentido de consagrar o processo e o acesso aos tribunais entre as garantias fundamentais do ser humano, gerando assim a constitucionalização do processo¹⁴⁰.

Outro ponto marcante nas constituições latino-americanas diz respeito às expressas previsões da impossibilidade de prisão arbitrária, inseridas nos textos certamente em decorrência das amargas experiências históricas de arbitrariedade no tocante às liberdades individuais, vivenciadas notadamente em países como Chile, Argentina e Brasil. Neste aspecto, a legislação brasileira ainda demonstra um certo atraso, pois na maioria dos países vizinhos exige-se a apresentação do preso ao juiz, para audiência e confirmação ou não da prisão, enquanto que no Brasil não há previsão expressa de apresentação do encarcerado perante a autoridade judicial, o que efetivamente colabora com a arbitrariedade de inúmeras detenções, onde se leva em consideração somente o auto de prisão, sem que o preso possa exercer, mesmo que pessoalmente, uma primeira defesa perante a autoridade judicial, com poderes para garantir-lhe novamente a liberdade.

¹⁴⁰ O direito de ação e também de defesa têm sido garantidos pelas constituições americanas, conforme assevera Héctor Fix-zamúdio: "Avec ce droit constitutionnel d'action, les Constitutions d'Amérique consacrent, avec une certaine ampleur, *le droit à la defense en justice*, considéré comme un droit inhérent à la personne humaine et inviolable." (**Les Garanties Constitutionnelles des Parties dans le Procès Civil en Amérique Latine**, citado por THEODORO JÚNIOR, **A Execução...**, obra citada, p. 48).

2.3.3. O devido processo nas Convenções e Tratados Internacionais

Como antes afirmado, não somente as constituições trouxeram referência expressa às garantias decorrentes do devido processo, mas também Convenções e Tratados Internacionais referendaram o princípio, conforme se procurará demonstrar a seguir.

Inicialmente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, promulgada pelos representantes do povo francês, ainda em vigor, assim dispõe:

Art. 7.º - Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas.

Art. 9.º - Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de maio de 1948, trouxe várias disposições aplicáveis à proteção do indivíduo na esfera criminal, valendo destacar:

Artigo V – ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo IX – Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X – Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou ‘do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele’.

Artigo XI – Toda pessoa acusada de prática de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, no curso do processo público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Artigo XI, 2.^a parte – Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que no momento da prática era aplicável ao ato delituoso.

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, firmada em Roma, em 4 de novembro de 1950, assim dispõe no seu artigo 6.º: “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.”

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado pelas Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, estabelece, em seu artigo 14, parágrafo 1.º, que “todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, segundo a lei, independente e imparcial, na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de caráter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de caráter civil...”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, subscrita em São José, Costa Rica, a 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 06 de novembro de 1992¹⁴¹, em seu artigo 8.º, seção 1, estabelece que

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

Além das nações citadas, há que se destacar que

desde a 'Proclamação de Teerã' (1968), muitos Estados muçulmanos – ainda que no papel – já admitem um *bill of rights* em suas constituições. É claro que muita cabeça vai rolar sob o corte da cimitarra, muita mão de ladrão ainda será decepada, muita adúltera será apedrejada e muitas mulheres sofrerão ablação sexual. Mas, o fato de aderir-se a um documento internacional já é um primeiro passo¹⁴².

Em síntese, verifica-se que as constituições, tratados e convenções acima nominadas se preocupam de uma forma geral em garantir o princípio do devido processo legal como garantia fundamental do cidadão e como limitador do poder do Estado, a fim de proporcionar uma vida segura no convívio social, na busca de um Estado democrático, onde as liberdades civis possam efetivamente florescer.

¹⁴¹ Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992, publicado no Diário Oficial do dia 09 de novembro de 1992, p. 15.562 et seq.

¹⁴² MACIEL, **O Devido Processo Legal...**, obra citada, p. 175.

2.4. GARANTIAS DECORRENTES DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO

Inicialmente, antes de se buscar descrever as garantias que decorrem da cláusula do devido processo, por uma questão de premissa metodológica e a fim de evitar futuras confusões com os termos utilizados, há que, de maneira sucinta, se fazer uma distinção básica entre direitos, garantias e princípios.

A definição de princípio que melhor se adequa ao presente trabalho parece ser aquela trazida por CRISAFULLI, ao ensinar que:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém¹⁴³.

Já no tocante aos direitos e garantias, há entre eles, segundo 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

¹⁴³ CRISAFULLI, V. *La Costituzione e le Sue Disposizioni di Principio*. Milão, 1952, p. 15, citado por BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e aum. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 230.

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*¹⁴⁴.

Mais adiante, referindo-se às garantias, MIRANDA observa que, “enquanto objeto de preceitos constitucionais, a sua função própria é a de proteção das pessoas e estas podem nelas se firmar para defender a sua personalidade.”¹⁴⁵

Numa análise da Constituição Federal de 1988, verifica-se que as garantias individuais e os direitos alcançaram o mesmo patamar, visto que ambos são denominados ‘cláusulas pétreas’, erigidos a esta condição no artigo 60, § 4.º, IV, da Carta Maior¹⁴⁶.

Neste sentido é a lição de 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. Vale

¹⁴⁴ MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV (direitos fundamentais). 3. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2000, p. 95.

¹⁴⁵ Ibid., p. 98.

¹⁴⁶ 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, A. B. de; CARVALHO, S. de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed. amp. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2002, p. 19).

ressaltar ainda que o autor citado, baseado na lição de AFONSO DA SILVA e este em Ruy BARBOSA, esclarece que "...entre nós, corretamente se apontou para a possibilidade de um direito fundamental se exprimir pela norma de garantia, quando nesta se encontra subentendido."¹⁴⁷

Os dispositivos elencados no artigo 5.º da Constituição Federal 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 subjetivo¹⁴⁸.

ROSAS também 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."¹⁴⁹

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 justo¹⁵⁰.

¹⁴⁷ SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p. 178-185.

¹⁴⁸ 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 SARLET, *Ibid.*, p. 184.

¹⁴⁹ ROSAS, R. **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.

¹⁵⁰ Analisando o sistema brasileiro, 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

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, TUCCI 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.”¹⁵¹ No mesmo sentido, esclarece GOMES que o significado essencial do aspecto material do devido processo consiste na necessidade de que todos os atos públicos sejam regidos pela razoabilidade e proporcionalidade, especialmente a lei, não podendo haver limitação ou privação dos direitos fundamentais do indivíduo sem que haja motivo justo¹⁵².

No tocante ao aspecto processual, TUCCI e TUCCI destacam a imperiosidade da aplicação judicial das normas jurídicas, através de um efetivo processo e ainda a

Artigo 5.º seria absolutamente despicienda. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do Artigo 5.º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadas pela administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.” (**Princípios...**, obra citada, p. 40).

¹⁵¹ TUCCI, R. L.; TUCCI, J. R. C. e. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 18.

¹⁵² GOMES, L. F. As Garantias Mínimas do Devido Processo Criminal nos Sistemas Jurídicos Brasileiro e Interamericano: Estudo Introdutório. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. [Coord. Luiz Flávio Gomes; Flávia Piovesan]. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 186.

necessidade de que haja uma paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial¹⁵³.

Enfatizando que o princípio do devido processo legal emana diretamente do princípio do Estado de Direito, GOMES ensina que deste último se concretizam vários sub-princípios, dentre os quais o das garantias processuais que exige, além de um procedimento justo, também o adequado acesso assim como a realização do direito. Assim, o devido processo não é constituído evidentemente de uma só, mas de muitas e incontáveis garantias, que se concretizam em princípios, regras, normas direitos ou proibições, visando disciplinar o regular desenvolvimento do processo¹⁵⁴.

Portanto, diante da dificuldade, ou melhor, diante da impossibilidade, de se tratar no presente estudo de todas as garantias decorrentes do devido processo no seu aspecto processual penal, buscar-se-á, no capítulo próprio, traçar um estudo e análise das garantias mínimas provindas do princípio em apreço.

¹⁵³ TUCCI e TUCCI, **Devido Processo Legal...**, obra citada, p. 18-19.

¹⁵⁴ GOMES, **As Garantias...**, obra citada, p. 189.

3. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

3.1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS

Analisar os sistemas processuais existentes na esfera penal é tarefa que somente pode ser buscada após uma breve conceituação do que seja sistema, partindo-se do pressuposto de que o direito é ou forma um sistema¹⁵⁵. Conceituar neste momento é importante e se justifica em razão de que sistema pode ser tudo ou pode significar nada e, assim, pensar em sistemas processuais pode ser uma idéia vazia, que efetivamente a nada corresponda no mundo dos fatos.

Faz-se necessário um referencial semântico que possa ser perceptível aos sentidos, que possa servir de marco para a construção do pensamento sobre determinado assunto, sem contudo, por evidente, tentar fechá-lo ou esgotá-lo. A realidade é por demais grande e a sua apreensão, mesmo que mínima, é que efetivamente vem dar sentido às construções que dela se faz.

¹⁵⁵ Não se pode olvidar, entretanto, de que não é pacífico o entendimento de que o direito seja um sistema. Nesse sentido, destaque-se a posição de Edson Vieira Abdala que, baseado em Ivan Guérios Curi, alerta para a impossibilidade de se considerar o direito como um sistema: "Certo é que a noção de sistema na doutrina jurídica, multiplica-se em confusões de ordem conceitual, procurando fornecer a idéia de um todo ordenado, o que por si só já é suficiente para questionar a referida formulação. O questionamento é necessário, porque em verdade confunde-se geralmente a realidade com a análise da realidade, o que é muito diferente. Assim podemos ver o direito como um sistema, mas não podemos dizer que o direito é um sistema." (ABDALA, E. V. As Lacunas na Lei e o Desejo do Inconsciente. **Direito Penal e Processual Penal...**, obra citada, p. 89. Grifos no original).

MIRANDA COUTINHO define sistema como “conjunto de temas, colocados em relação, por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade.”¹⁵⁶ Destaque-se que PIMENTA utiliza-se do termo ‘estrutura’ para analisar o que neste capítulo se denominou sistemas. O vocábulo utilizado por esse último autor citado é forte e vigoroso, demonstrando a pertinência e a necessidade do estudo em questão¹⁵⁷.

A partir do conceito de sistema acima exposto, resta analisar histórica e comparativamente os sistemas processuais existentes, com a finalidade de se concluir qual o sistema adotado ou delineado pela estrutura processual penal brasileira¹⁵⁸, justificando-se tal análise pela relevância que daí deflui para a compreensão da efetividade que deve ser dada às garantias decorrentes do devido processo, tendo em vista que estas são interpretadas e efetivadas pela ótica do sistema processual adotado. Além disso, tendo em conta que o processo penal tem por fim a verificação de fatos tidos como delitivos, há que se perquirir qual caminho deverá ser tomado para se alcançar o fim colimado.

¹⁵⁶ MIRANDA COUTINHO, J. N. de. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Separata Revista ITEC**, ano 1, nº 04, Sapucaia do Sul: Editora Notadez, jan/fev/mar de 2000, p. 02.

¹⁵⁷ PIMENTA, J. da C. **Introdução ao Processo Penal**. Coimbra : Livraria Almedina, 1989, p. 51.

¹⁵⁸ Apenas a título complementar, é necessário se frisar que a análise em questão diz respeito ao sistema processual penal e não ao sistema processual como um todo, tendo em vista parecer não ser sustentável uma teoria geral do processo, não obstante existirem inúmeros doutrinadores de renome a defenderem esta última posição.

O resgate histórico dos sistemas processuais é imprescindível para um adequado estudo e entendimento do direito processual penal, pois, como ensina MAIER, “não existe outra maneira de apreciar este fenômeno a não ser estudando a história do Direito Processual Penal, suas instituições e princípios que o governaram em cada época e, em especial, os sistemas de juízo penal que se foram consolidando através da história.”¹⁵⁹

Tradicionalmente, a doutrina tem, através da referida análise histórica e comparativa, demonstrado a existência de três sistemas processuais, a saber: inquisitório, acusatório e misto, este também denominado reformado ou napoleônico¹⁶⁰. Complementando a idéia em torno dessa classificação, destaque-se que PIMENTA analisa a questão sob a ótica de que a época moderna tem dado preferência ao modelo acusatório, mas não de forma absoluta, temperando-o com características inquisitórias, nascendo daí o que o autor denomina “modelos reais”.¹⁶¹

¹⁵⁹ “no existe otra manera de apreciar este fenómeno que estudiando la historia del Derecho procesal penal, sus instituciones y principios que lo gobernaron en cada época, y, en especial, los sistemas de enjuiciamiento penal que se fueron consolidando a través de la historia.” (MAIER, J. B. J. **Derecho Procesal Penal Argentino**, Tomo I, v. b. Buenos Aires : Editorial Hammurabi, 1989, p. 205).

¹⁶⁰ Neste sentido: BARREIROS, J. A. **Processo Penal – 1**. Coimbra : Almedina, 1981, p. 11; ARAGONESES ALONSO, P. **Instituciones de Derecho Procesal Penal**. 3. ed. Madrid : s/ ed, 1981, p. 38.

¹⁶¹ PIMENTA, **Introdução...**, obra citada, p. 52.

3.1.1. Breve histórico

Antes de se procurar analisar as características próprias de cada sistema, há que se fazer um breve relato histórico da evolução dos mesmos, sem com isso adentrar ou especificar todas as características de cada época histórica. Trata-se, em verdade, de um apanhado geral que objetiva contextualizar os sistemas na esperança de poder compreendê-los melhor atualmente.

De uma forma geral, pode-se afirmar que todo o mundo antigo foi dominado pelo sistema acusatório. Na Grécia, a jurisdição era exercida por tribunais populares constituídos por um grande número de cidadãos. Os julgamentos eram levados a cabo ao ar livre, na praça pública. O povo participava no exercício da acusação e como julgador. Conseqüência do princípio da soberania popular, a acusação pertencia a todos os cidadãos. Havia dois processos: um público, semelhante ao atual processo penal e outro privado, para delitos menos graves, correspondente mais aos princípios do direito civil¹⁶².

Em Roma, de um sistema primitivo de características inquisitórias o processo penal evoluiu para um modelo acusatório, que nunca perdeu seus traços, mesmo quando na fase de decadência do Império, quando foram introduzidos alguns

¹⁶² Referindo-se ao sistema acusatório grego, Pedro Aragoneses Alonso ensina que “el Estado manifiesta su pasividad ante la Administración de la Justicia penal, de suerte que el proceso penal griego estaba supeditado a la actividad de las partes. Los magistrados mantenían una postura pasiva, de simples árbitros en el conflicto o litigio que se les planteaba, y al final de un procedimiento oral y público, votaban sin deliberar.” (ARAGONESES ALONSO, *Instituciones...*, obra citada, p. 39).

elementos tipicamente inquisitórios, o que levou-se a afirmar que o sistema misto teve sua origem nesse direito.

Durante a Monarquia, Roma conheceu o sistema denominado *cognitio*, caracterizado pela possibilidade de apelação para o povo reunido em comício (sistema da *provocatio ad populum*) e que acabou evoluindo no sentido acusatório, principalmente com a Lex Valeria, do ano 509. A decisão final sobre o caso em julgamento era do povo, reunido numa assembléia, onde o magistrado que havia proferido a primeira decisão apresentava ao povo os elementos que havia colhido durante a instrução.

Essa incipiente separação entre acusação e julgador acabou se delineando mais forte no último século da República, onde havia funcionários próprios que sustentavam a acusação (*acusator*) perante as assembléias populares de julgamento, com debates públicos e orais. Remodelou-se, pois, o sistema com a estruturação da *acusatio*, limitando-se o magistrado à função judicativa.

Posteriormente, o sistema evoluiu criando o julgamento colegiado, que era desempenhado por comissões, denominadas *quaestiones*, que foram se generalizando desde Caio Graco a Julio César, ganhando foros de permanência, apesar de terem sido criadas para julgar um caso específico, ganhando o título de *quaestiones perpetuae*.

Já no Baixo Império o sistema acima citado acabou ruindo, com o aumento do poder do juiz, diminuição do direito de acusação, o estabelecimento do procedimento *ex-officio* e ainda a generalização do emprego da tortura, sendo que a oralidade acabou sendo substituída pelo processo escrito. Nesse período histórico deve ser anotado que

o processo, de aparência e forma acusatórias, acabou se estruturando de forma inquisitória, fazendo com que o juiz acumulasse poderes de acusação e julgamento.

Em síntese, no dizer de BARREIROS, “o processo penal romano nasce, pois, inquisitório, atinge durante a República a perfeição, caracterizando-se pelo acusatório e na decadência do Império reassume características repressivas e inquisitoriais.”¹⁶³

Com as invasões germânicas do Século V, sofridas pelo Baixo Império Romano, um novo e diferente conjunto de instituições jurídicas são implementados em Roma, trazendo uma nova mentalidade de se pensar o direito, com o renascimento do modelo acusatório, próprio do processo criminal germânico.

De uma forma geral, as sociedades bárbaras caracterizaram-se pela sua rudeza e ainda pela manutenção da auto-justiça. Apesar disso, as leis previam recurso aos tribunais para a resolução dos litígios privados, estabelecendo o legislador compensações pecuniárias para reparar os prejuízos sofridos pela vítima. Previam-se ainda a possibilidade de transação entre as partes, havendo na composição a multa da reparação da ofensa e a indenização pecuniária dos danos, acompanhada da reparação da coisa. O culpado que não as pagasse era banido da sociedade, pois era considerado e declarado perturbador da paz, perdendo com isso a proteção jurídica da comunidade¹⁶⁴.

A nota que distingue o direito germânico dos demais sistemas da antigüidade é, segundo MAIER, o tipo acusatório privado de seu sistema de procedimento e, unido a ele, o forte sentido subjetivo de sua verificação probatória, que era mais um

¹⁶³ BARREIROS, **Processo Penal...**, obra citada, p. 19.

¹⁶⁴ Ibid., p. 20-21.

procedimento destinado a buscar a razão de algum dos contendentes por sinais exteriores que a revelem diretamente, do que destinado a verificar objetivamente a verdade histórica¹⁶⁵.

Posteriormente, o sistema processual penal acusatório, estruturado pela República Romana e pela tradição germânica, foi substituído pelo sistema inquisitório, que se consolidou pela mão da Igreja Católica. Esta, detentora de um processo inquisitório para conhecimento dos delitos religiosos, influenciou o direito comum, especialmente a partir do Século XII, pois foi a Igreja a única instituição a subsistir quando das invasões bárbaras¹⁶⁶.

Sentindo necessidade de aniquilar as heresias que estavam surgindo, a Igreja Católica criou a Inquisição, um organismo de repressão religioso-político, que foi utilizado para fortalecer o seu poder, enfrentando qualquer oposição que lhe fosse feita.

MAIER definiu muito bem a Inquisição, demonstrando toda a sua perversidade:

A Inquisição é o sistema de juízo penal que responde à concepção absoluta do poder central, à idéia extrema sobre o valor da autoridade, à centralização do poder de

¹⁶⁵ MAIER, **Derecho...**, obra citada, p 23-24.

¹⁶⁶ Imprescindível ser destacada a lição de José Hermano Saraiva, que claramente demonstra essa influência da Igreja: "Com as invasões aluíram todos os quadros do estado, mas manteve-se de pé a organização eclesiástica. A maior parte da população hispano-romana tinha já então abraçado o cristianismo e o território estava coberto de paróquias. No século V, os Suevos aceitaram a nova religião, que depois foi também adoptada pelos Visigodos. O clero das paróquias representou durante muito tempo a única estrutura organizada, com as quais as populações mantinham contacto. A idéia de justiça que essa organização pregava não se confundia, como no tempo romano, com a da obediência social ao Estado, mas pelo contrário com a da libertação do homem pelo aperfeiçoamento moral. Este facto teria consequências profundas na formação da mentalidade medieval." (**História Concisa de Portugal**, p. 19, citado por BARREIROS, **Processo Penal...**, obra citada, p. 29).

maneira que todos os atributos que concede a soberania se reúnam em uma única mão. O escasso valor da pessoa humana individual frente a ordem social, manifestado em toda a sua extensão na máxima *salus publica suprema lex est*, se traduz ao procedimento penal reduzindo o réu a um mero objeto de investigação, com o qual perde sua consideração como um sujeito de direitos e na autorização de qualquer meio, por cruel que fosse, para alcançar seu fim: reprimir a quem perturbar a ordem criada (*expurgare civitatem malis hominibus*). Daí as máximas fundamentais que criam o sistema inquisitivo conforme o seu fim: a *perseguição penal pública* dos delitos, com a característica de obrigatoriedade (dever) de seu próprio exercício, para não depender de uma manifestação de vontade particular na repressão, e o procedimento dirigido a meta principal de *averiguar a verdade*, objetivo cujo cumprimento não levava em conta os meios de realização¹⁶⁷.

A institucionalização da luta contra o Catarismo¹⁶⁸, heresia surgida no século XII e que representava uma ameaça político-religiosa, deu-se em 1184, quando o Papa Lúcio III e o Imperador Frederico Barbaruiva montaram conjuntamente um sistema de

¹⁶⁷ "La Inquisición es el sistema de enjuiciamiento penal que responde a la concepción absoluta del poder central, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad, a la centralización del poder de manera que todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano. El escaso valor de la persona humana individual frente al orden social, manifestado en toda su extensión en la máxima *salus publica suprema lex est*, se tradujo al procedimiento penal reduciendo al imputado a un mero objeto de investigación, con lo cual pierde su consideración como un sujeto de derechos, y en la autorización de cualquier medio, por cruel que fuese, para alcanzar su fin: reprimir a quien perturbara el orden creado (*expurgare civitatem malis hominibus*). De allí las máximas fundamentales que crea el sistema inquisitivo conforme a su fin: la *persecución penal pública* de los delitos, con la característica de la obligatoriedad (deber) de su ejercicio, para no depender de una manifestación de voluntad particular en la represión, y el procedimiento dirigido a la meta principal de *averiguar la verdad*, objetivo para cuyo cumplimiento no se reparaba en los medios de realización." (MAIER, **Derecho...**, obra citada, p. 209).

¹⁶⁸ O mesmo que Albigensialismo. Seita cristã considerada herética que professava uma forma de dualismo maniqueísta. Surgiu na região do Midi, sul da França, nos séculos XII e XIII, especialmente nas cercanias de Albi e no Baixo Languedoc, foi cruelmente perseguida e, finalmente exterminada pela inquisição.

polícia para investigar tal heresia e sua difusão. Os suspeitos passavam da jurisdição religiosa para a comum, onde chegava a ser aplicada a pena de morte que, apesar de rejeitada pelos princípios católicos, acabou sendo legitimada com Inocêncio III, ao equiparar as heresias ao crime de lesa-majestade, através da Bula *Vergentis in Senium*, de 1199, fornecendo assim a fundamentação legal para a morte do acusado.

Em 1229, o Concílio de Tolosa aperfeiçoou o sistema de polícia da fé, estruturando grupos mistos (laico-religiosos) que eram encarregados de denunciar os heréticos. Entretanto, foi com a Constituição *Excomuniamus*, editada em 1231 pelo Papa Gregório IX, que o tribunal inquisitorial obteve base jurídica plena, aperfeiçoando-se posteriormente com a atribuição de sua direção a ordens religiosas específicas.

Apesar do funcionamento da Inquisição não ter sido rigorosamente uniforme em todos os países, algumas características, entretanto, ficaram como denominador comum. Dentre elas, destaque-se a possibilidade do procedimento criminal ser instaurado e processado independentemente de uma acusação, baseado simplesmente em delações ou procedimento oficioso. Além disso, o processo era secreto e escrito, sendo que a identificação das testemunhas era escondida do acusado. Da mesma forma, a confissão do acusado passou a ter um valor enorme, utilizando-se da tortura, até de forma generalizada, para a sua obtenção.

Como bem observou BARREIROS, diante da Inquisição

encontramo-nos, pois, face a um sistema que assenta a sua estrutura essencial no modelo processual vigente no Baixo Império Romano, o que significa, dentro do próprio

ordenamento jurídico-processual eclesiástico um retrocesso, porquanto até ao século XII o processo religioso tinha características acusatórias tal como o secular.”¹⁶⁹

Na correta análise de ARAGONESES ALONSO, o sistema inquisitório responde “às novas idéias teológicas de ver no delito um pecado. (...) Se o delito é pecado, seu reconhecimento pelo autor é a meta do processo inquisitório; nada se opõe a lograr tal fim, que justifica todos os meios de que se valha o julgador para conseguir a confissão do culpado.”¹⁷⁰

O sistema inquisitório, solidificado pela Igreja Católica, acabou sendo difundido e se generalizou na Europa continental durante os séculos XII a XVIII. De uma forma religiosa, o inquisitório acabou passando para uma forma laica, fundamental para a centralização do poder real ocorrido no Estado absolutista oitocentista¹⁷¹.

No final do século XVIII, à exceção da Inglaterra – que mantinha uma tradição acusatória típica –, o processo criminal europeu continental era praticamente todo inquisitório, correspondendo ao caráter autoritário dos Estados governantes.

¹⁶⁹ BARREIROS, **Processo Penal...**, obra citada, p. 32.

¹⁷⁰ “...a las nuevas ideas teológicas de ver en el delito un pecado. (...) Si el delito es pecado, su reconocimiento por el autor es la meta del proceso inquisitorio; nada se opone al logro de tal fin, que justifica todos los medios de que se valga el juzgador para lograr la confesión del inculpado.” (ARAGONESES ALONSO, **Instituciones...**, obra citada, p. 41).

¹⁷¹ MAIER destaca que o sistema inquisitório se manteve enquanto não caiu o regime político que o sustentava. São suas palavras: “De triste recuerdo, por los excesos que permitió en aras de lograr por cualquier medio sus fines, concebidos como absolutos, y las injusticias notorias que prohibió (procesos contra herejes y brujas), al menos desde nuestro punto de partida cultural y conocimientos actuales, subsistió hasta la caída del régimen de organización política que lo sustentaba.” (MAIER, **Derecho...**, obra citada, p. 213).

Entretanto, com a Revolução Francesa (1789-1799) o panorama mudou. Os revolucionários buscaram trazer e adotar o sistema criminal vigente na Inglaterra. Contudo, as suas esperanças não se concretizaram, pois sob o governo de Napoleão Bonaparte "...se consolidou um modelo processual que, comprometendo as expectativas liberalizantes em favor da tradição do Antigo Regime, ficou conhecido como o processo 'reformado', 'misto' ou 'napoleônico'".¹⁷² Esse sistema efetivou-se historicamente com o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1811.

Referido Código mesclava traços dos dois sistemas, mantendo a instrução preparatória inquisitória – escrita, secreta e sem a presença de advogado –, enquanto que a audiência de julgamento baseava-se no sistema acusatório, pois era pública, oral e contraditória, sendo que a matéria de fato era decidida por um júri¹⁷³.

Segundo MAIER, a Revolução Francesa marcou o começo de uma nova república representativa, colocando ponto final na organização política que sustentava o sistema inquisitório, representando o triunfo do Iluminismo, a cujo abrigo e por influência da dominação napoleônica posterior, se renovou toda a organização política da Europa continental. Para o processo penal nasceu uma nova era, cujo tipo de procedimento foi denominado misto, mas que, em verdade, segundo o autor em questão, "...somente se trata da *reforma do sistema inquisitivo*. É errônea a afirmação

¹⁷² BARREIROS, **Processo Penal...**, obra citada, p. 36.

¹⁷³ Segundo BARREIROS, o Código de Napoleão explicitou algumas inovações que se consagraram na história, tais como a unidade da justiça civil e penal; a separação das funções de instrução, acusação e julgamento; o duplo grau de jurisdição, com o princípio da colegialidade e o caráter profissional dos juizes. (Ibid., p. 38).

que indica a morte total da Inquisição pela abnegação de todos os princípios que a governavam.”¹⁷⁴

O sistema misto acabou sendo difundido e adotado pelos Códigos Criminais europeus, notadamente onde se registrou a influência napoleônica, destacando-se ainda que países da África e da Ásia acabaram também por adotá-lo.

Já no século passado, especialmente no período entre guerras, instituições políticas autoritárias começaram a ganhar terreno na Europa, fazendo com que se desenvolvessem ou se adotassem modelos inquisitórios puros, com predominância da intervenção administrativa, policial e militar, em detrimento do caráter judicial que havia caracterizado o sistema misto vigente na Europa continental de então. Os países mais afetados por essa política foram a Alemanha sob o III Reich, a Itália fascista e a Espanha franquista, bem como a França sob o regime de Vichy.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os regimes autoritários da Europa continental não mais se mantiveram, à exceção de Portugal e Espanha, onde perduraram até a década de setenta. O pós-guerra marcou o regresso à tradição jurídica liberal, devendo ser ressaltado, entretanto, que alguns países mantiveram a estrutura legal vigente no período autoritário, revogando apenas os preceitos que diziam diretamente com o regime deposto – caso da Itália e da Alemanha –, enquanto outros países criaram um corpo legislativo próprio, como ocorreu em França.

¹⁷⁴ “...sólo se trata de la *reforma del sistema inquisitivo*. Es errónea la afirmación que indica la muerte total de la Inquisición por abrogación de todos los principios que la gobernaban.” (MAIER, *Derecho...*, obra citada, p. 213).

Como herança da Inquisição, tem-se até os dias atuais duas máximas fundamentais: a) a persecução penal pública dos delitos, ao menos como regra, persecução essa que se desenvolve pelo próprio Estado, sem atenção a qualquer vontade particular; b) a averiguação da verdade histórica, como meta direta do processo penal, sobre cuja base deve fundar-se a decisão. A diferença dada a essas máximas no período da Inquisição e atualmente reside, segundo MAIER, no fato de que

...a persecução penal pública e a averiguação da verdade histórica, compreendidas com metas absolutas no juízo inquisitivo, ao ponto de tolerar a utilização de qualquer meio para alcançar esses fins, se transformaram em valores relativos, importantes em si mas superados em categoria por certos atributos fundamentais da pessoa humana, que prevaleciam sobre aqueles e condicionavam os meios pelos quais podiam ser alcançadas aquelas metas. Esses atributos se traduzem em regras de garantias e direitos individuais que impuseram o tratamento como inocente de uma pessoa, até que os juizes designados pela lei, não ditaram uma sentença firme de condenação, para o qual resultou absolutamente imprescindível o juízo prévio, conforme as regras que estabeleceu a lei, no que se garante a liberdade e eficácia da defesa, proibindo-se toda coação utilizada contra quem o sofria para obrigá-lo revelar todos os dados que poderiam prejudicá-los. Se entende, assim, como estes valores, referidos à dignidade humana individual, foram preferidos a mesma eficácia da persecução penal e a possibilidade de averiguar a verdade, e deviam ser observadas ainda às custas destes princípios¹⁷⁵.

¹⁷⁵ "...la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica, comprendidas como metas *absolutas* en el injuiciamiento inquisitivo, al punto de tolerar la utilización de cualquier medio para alcanzar esos fines, se transformaron en valores *relativos*, importantes en sí pero superados en rango por ciertos atributos fundamentales de la persona humana, que prevalecían sobre aquellos y condicionaban los medios por los cuales podían ser alcanzadas aquellas metas. Esos atributos se tradujeron en reglas de garantías y derechos individuales que impusieron el tratamiento como inocente de una persona, hasta que los jueces designados por la ley no dictaran una sentencia firme de condena, para lo cual resultó absolutamente imprescindible un juicio previo, conforme a reglas que estableció la ley, en el que se

O século XX foi efetivamente governado pelos princípios fundamentais que estruturaram a reforma do sistema inquisitivo, que para muitos foi a constituição do sistema misto. Tirando os excessos trazidos pelas aventuras políticas ditadas pelo fascismo e pelo nazismo, o século passado se ocupou de consolidar cultural e juridicamente os princípios antes mencionados, ainda que se deva mencionar as inúmeras transgressões a eles, gerando a realização de várias convenções internacionais para garantir direitos fundamentais, que acabaram se incorporando ao direito de muitos Estados.

Segundo MAIER, o século XX foi um século predominantemente conservador, sem reformas revolucionárias no direito processual penal. Entretanto, ao mesmo tempo, a cultura universal reconheceu uma série de princípios fundamentais, que superam a luta política e ideológica, cabendo destacar que "...o trabalho de consolidação prática destes princípios é tão ou mais difícil do que sua afirmação inicial."¹⁷⁶

De todo o exposto, verifica-se claramente a necessidade de se buscar sempre a construção de um sistema o mais acusatório possível, não só porque mais condizente com a democracia e com os valores da sociedade atual, mas também porque historicamente esse sistema sempre se identificou com os ideais democratas, tanto nas

garantizara la libertad y eficacia de la defensa, prohibiéndose toda coacción utilizada contra quien lo sufría para obligarlo a revelar datos que pudieran perjudicarlo. Se entiende, así, cómo estos valores, referidos a la dignidad humana individual, fueron preferidos a la misma eficacia de la persecución penal y a la posibilidad de averiguar la verdad, y debían ser observados aun a costa de esos principios." (MAIER, *Derecho...*, obra citada, p. 214.)

¹⁷⁶ "...la labor de consolidación práctica de estos principios es tan o más difícil que su afirmación inicial." (Ibid., p 219-220).

repúblicas antigas, como Grécia e Roma, bem como nas modernas, especialmente a França e o movimento reformador do século XIX¹⁷⁷.

3.1.2. Características dos sistemas processuais

Apesar da dificuldade de se estabelecer características próprias a cada sistema, tem-se anotado um quadro comparativo entre os sistemas inquisitório e acusatório, destacando-se que alguns autores ainda explanam certas características próprias do sistema misto, demonstrativo das diferenças essenciais existentes, que, além de outros méritos, didaticamente serve para dar maior clareza à exposição e elucidar os pontos marcantes de cada sistema¹⁷⁸. É de se frisar, entretanto, que os diferentes direitos positivos quase nunca operaram com a pureza de princípios e características que adiante se pretende explicitar, tendo em conta que, apesar de possuírem um princípio unificador, sempre tiveram características variadas dentro do

¹⁷⁷ PIMENTA, ao se referir aos novos sistemas processuais, ensina que “o ponto de partida há de ser o sistema acusatório, pois dele deriva um complexo de princípios que constituem um autêntico patrimônio de *civilização*. Por exemplo, os princípios da oralidade, contraditoriedade e acusação devem informar o *núcleo* de qualquer sistema processual penal, permeando-o cada vez mais vigorosamente.” (PIMENTA, **Introdução...**, obra citada, p. 58).

¹⁷⁸ O referido quadro é trazido por ARAGONESES ALONSO, **Instituciones...**, obra citada, p. 41-42 e reproduzido integralmente por BARREIROS, **Processo Penal...**, obra citada, p. 12.

mesmo sistema¹⁷⁹. BARREIROS explica, nesse sentido, que “actualmente não existe consagrado em qualquer ordenamento jurídico o sistema inquisitório puro, e mesmo o sistema acusatório vem sofrendo, nos países que o adoptam, uma influência de factores extrínsecos que lhe têm alterado por completo a fisionomia.”¹⁸⁰

Buscando estabelecer as diferenças básicas entre os dois sistemas, MAIER ensina que

A característica fundamental do juízo acusatório reside na divisão dos poderes que se exercem no processo, por um lado o acusador, que persegue penalmente e exerce o poder requerente, por outro lado o acusado, que pode resistir à acusação, exercendo o direito de defender-se e, finalmente, o tribunal, que tem em suas mãos o poder de decidir. Todos esses poderes se vinculam e se condicionam uns aos outros: seu princípio fundamental, que dá nome ao sistema, afirma-se na exigência de que a atuação de um tribunal para decidir o pleito e os limites de sua decisão estão condicionados ao anúncio (ação) de um acusador e ao conteúdo dessa acusação (*nemo iudex sine actore e ne procedat iudex ex officio*) e, por outra parte, a

¹⁷⁹ Nesse sentido, MAIER, que exemplifica a situação citando a sistema inglês, que apesar de conservar o sistema acusatório, admite e organiza cada vez mais a persecução penal pública. Da mesma forma, a Espanha, que, apesar de seguir a tendência européia de um sistema acusatório, ainda admite o acusador popular e o privado, ao mesmo tempo. (MAIER, **Derecho...**, obra citada, p. 206-207).

¹⁸⁰ BARREIROS, **Processo Penal...**, obra citada, p. 11.

possibilidade de resistência do acusado frente à acusação que lhe foi atribuída¹⁸¹.

Referido autor traz também a característica principal do sistema inquisitório:

A característica fundamental do juízo inquisitivo reside na concentração do poder do processo em uma única mão, a do inquisidor, a semelhança da reunião dos poderes da soberania (administrar, legislar e julgar) em uma única pessoa, segundo o regime político do absolutismo. Perseguir e decidir não eram somente trabalhos que se concentravam no inquisidor, senão que representavam uma única e mesma tarefa; a de defender-se não era uma faculdade que se reconhecia ao perseguido, pois aquele que era culpado não o merecia, entretanto, se era inocente, o investigador probo o descobriria¹⁸².

¹⁸¹ “La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de esse reclamo (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye”. (MAIER, **Derecho...**, obra citada, p. 207).

¹⁸² “La característica fundamental del injuiciamiento inquisitivo reside en la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en una única persona, según el régimen político del absolutismo. Perseguir y decidir no sólo eran labores que se concentraban en el inquisidor, sino que representaban una única y misma tarea; la de defenderse no era una facultad que se le reconociera al perseguido, por aquello de que, si era culpable no lo merecía, mientras que, si era inocente, el investigador probo lo descubriría.” (Ibid., p. 210).

Nesse quadro comparativo, sete pontos básicos serão analisados, os quais serão reproduzidos e comentados na seqüência, a fim de se buscar interpretar o significado de cada um e as diferenças existentes em cada sistema¹⁸³.

3.1.2.1. Órgão julgador

No tocante ao órgão julgador, no sistema acusatório ele é formado e exercido por uma assembléia ou jurados populares, significando que a decisão sempre é obtida através de um colegiado. A jurisdição penal reside em tribunais populares, verdadeiras assembléias do povo. No seu aspecto interno, o tribunal aparece no procedimento como um árbitro entre as partes, - acusador e acusado -, que se enfrentam na defesa de seus interesses¹⁸⁴.

Referindo-se ao sistema acusatório, PIMENTA ensina que “a justiça é realizada na presença do povo (*coram populo*) e sob o seu *controle* ou fiscalização. O aspecto *público* da administração da justiça está em harmonia com o seu pendor *democrático*.”¹⁸⁵

Já no sistema inquisitório, o órgão julgador é composto por magistrados ou juizes permanentes. Em verdade, toda a jurisdição penal está depositada nas mãos do

¹⁸³ As idéias trazidas em comento a cada tópico são baseadas principalmente nas obras de Julio Maier, José Antonio Barreiros, Pedro Aragoneses Alonso e José da Costa Pimenta, todas já citadas anteriormente.

¹⁸⁴ Neste sentido v. MAIER, **Derecho...**, obra citada, p. 207-208.

¹⁸⁵ PIMENTA, **Introdução...**, obra citada, p. 53 (grifos no original).

monarca ou do príncipe, que a delega para seus funcionários e a reassume quando necessário, tendo em vista a sua impossibilidade de julgar, ou melhor, exercer a jurisdição diretamente, em todos os casos. A administração da justiça é organizada hierarquicamente, por delegação da atribuição de julgar para conselhos ou funcionários de maior ou menor hierarquia, sendo devolvida ao príncipe da mesma maneira, quando da necessidade de se revisar os feitos praticados pelos funcionários inferiores¹⁸⁶.

No sistema misto, a jurisdição penal é exercida, a princípio, por tribunais com forte participação popular, como por exemplo, no júri, onde existem juizes profissionais e juizes leigos no mesmo julgamento. Em alguns países, existe um juiz profissional, encarregado da instrução preliminar, enquanto que o julgamento final fica depositado na mãos dos juizes leigos.

Portanto, a diferença essencial entre os sistemas, no tocante ao órgão julgador, reside basicamente na composição colegiada ou não do órgão julgador, bem como no caráter leigo ou profissional dos juizes.

¹⁸⁶ Conforme MAIER, **Derecho...**, obra citada, p. 210/211. A título de informação, destaque-se apenas que o efeito devolutivo dado aos recursos origina-se na idéia de que o poder pertence ao monarca, que o delega aos funcionários. O recurso faz **devolver** o julgamento ao monarca, que é o depositário original do poder de julgar.

3.1.2.2. Relação dos sujeitos

A relação entre os sujeitos se desenvolve, no sistema acusatório, baseada no princípio da igualdade das partes, tendo o juiz a função de árbitro, sem iniciação de investigação. Destaque-se, neste tópico, a não interferência do julgador na colheita das provas, aguardando a produção desta pelas partes, para posterior julgamento.

No sistema inquisitório, entretanto, o juiz dirige, investiga, acusa e julga, numa posição de superioridade em face do acusado. Este aspecto de acusar e também julgar tem sido destacado pela doutrina como o grande diferenciador dos dois sistemas, pois a ingerência e interferência do julgador na produção da prova, ou, mais ainda, na própria acusação, torna, em tese, desnecessária a existência de um órgão acusador independente, visto que tais funções são exercidas pelo próprio órgão julgador.

Neste sentido, a lição de BARREIROS, ao afirmar que “em linhas gerais, o sistema inquisitório define-se pela cumulação, nas mãos da mesma entidade, das funções de instrução, acusação e julgamento, agindo esta sempre sob um estatuto que lhe outorga uma nítida superioridade, relativamente ao argüido.”¹⁸⁷

SALO DE CARVALHO, com propriedade, leciona que

¹⁸⁷ BARREIROS, **Processo Penal...**, obra citada, p. 13. Saliente-se, ainda, o ensinamento de José Antonio PIMENTA BUENO, ao referir-se ao sistema acusatório: “... o juiz deixou de encarnar a função repressiva do Estado contra o infrator da lei penal, para permanecer imparcial e sereno, como órgão exclusivo da aplicação do Direito Penal objetivo, ou seja, da jurisdição penal propriamente dita.” (PIMENTA BUENO, J. A. **Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro**. Ed. Anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1959, p. 26).

a característica principal do modelo acusatório é a concepção do juiz como sujeito passivo tanto no que concerne à iniciativa da ação quanto à gestão da prova, estando rigidamente separado das partes, principalmente do órgão acusador. A peça vestibular e a produção probatória competem exclusivamente à acusação e à defesa. Neste juízo oral e público, a decisão cabe ao juiz segundo seu livre convencimento, sendo impossível, pois, qualquer manifestação para instauração do processo e investigação *ex officio*. A radical separação entre juiz e acusação é o mais importante de todos os elementos do modelo acusatório. Por outro lado, o sistema processual no qual o juiz procede à busca e valoração das provas, chegando à decisão após instrução escrita e secreta, denomina-se sistema inquisitivo¹⁸⁸.

No sistema misto, a relação entre os sujeitos se desenvolve em condições de igualdade. A produção da prova é, em regra, incumbência do órgão acusador, mas o juiz tem poderes para, de ofício, fazer a colheita de elementos que repute importantes ou indispensáveis.

3.1.2.3. Acusação

No sistema acusatório, a acusação se coloca nas mãos de uma pessoa física, o acusador, e não nas mãos do Estado. O processo não existe se não houver um acusador e uma imputação formalizada contra determinada pessoa¹⁸⁹. O juiz tem como

¹⁸⁸ CARVALHO, S. de. **Pena e Garantias**: uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 27-28.

¹⁸⁹ ARMENTA DEU entende que “la esencia del acusatorio reside, pues, en primer término, no tanto en la estricta separación entre quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa”. (ARMENTA DEU, T. **Principio Acusatorio e Derecho Penal**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995, p. 39).

limite de sua decisão o caso e as circunstâncias trazidas pela acusação (*nemo iudex sine actore – ne procedat iudex ex officio*). Historicamente, esse sistema tem se caracterizado como privado, onde o ofendido tinha a legitimidade para perseguir penalmente, ou como popular, onde qualquer cidadão ou qualquer pessoa do povo tinha a legitimidade para realizar a persecução criminal.

Na observação de PIMENTA, a estrutura acusatória exige um órgão de acusação distinto do órgão julgador. “A decisão há-de ser dada por um terceiro imparcial (juiz) com posição *super partes*, que actua em nome e sob a direcção dos poderes públicos. Por isso, a jurisdição era, em regra, presidida por um chefe local ou seu representante.”¹⁹⁰

No sistema inquisitório, a acusação se dá *ex-officio*, por um procurador real, não havendo distinção entre delitos públicos e delitos privados. Em regra, acusação e julgamento se concentram nas mãos do mesmo juiz, o inquisidor. Entretanto, conforme informa MAIER, em certas ocasiões conheceu-se a figura do delegado do rei, que tinha a função de denunciar ou perseguir os infratores, sobretudo em França. Contudo, a criação dessa figura não reduziu os poderes do juiz inquisidor, a quem seguiu facultado iniciar o procedimento e perseguir de ofício (*per inquisitionem*)¹⁹¹.

No sistema misto, a acusação está em regra depositada nas mãos de um órgão estatal específico, o Ministério Público. Excepcionalmente, determinados delitos admitem acusação por parte do ofendido ou, ainda, em certos países admite-se a acusação popular.

¹⁹⁰ PIMENTA, *Introdução...*, obra citada, p. 55.

¹⁹¹ MAIER, *Derecho...*, obra citada, p. 211.

3.1.2.4. Princípios do procedimento

No sistema acusatório, o procedimento consiste num debate público, oral¹⁹², contínuo e contraditório, onde os juizes integrantes do tribunal acompanham a colheita de todos os meios de prova, os fundamentos e as alegações e pretensões que as partes trazem e introduzem no processo, decidindo segundo esses elementos.

Nesse sistema, o processo penal encontra-se muito próximo do processo civil, pois “a pessoa perseguida e o seu adversário discutem os factos entre si, em pé de *igualdade*, perante um terceiro imparcial que registra o resultado da controvérsia.”¹⁹³

No sistema inquisitório, o procedimento traduz-se numa investigação secreta, cujos resultados são reduzidos a escrito, através de uma ata. Na ótica do sistema, o segredo torna-se necessário ou responde às necessidades de uma investigação sem debate, como também os registros dos resultados da produção probatória devem ser mantidos em segredo, para serem utilizados posteriormente, por outro julgador, caso haja necessidade de revisão da decisão¹⁹⁴. Além disso, não há uma investigação

¹⁹² PIMENTA leciona, ao referir-se à oralidade, que tal característica “...era imposta pelas *necessidades* e carências de uma época primitiva em que a escrita se não encontrava espalhada, mesmo entre os dirigentes. Quantos governantes, com efeito, eram analfabetos.” (PIMENTA, *Introdução...*, obra citada, p. 53).

¹⁹³ Id.

¹⁹⁴ PIMENTA anota que “o segredo de justiça abrange a quase totalidade dos actos processuais e cobre integralmente a todo-importante fase do inquérito (ou instrução preparatória), não só relativamente a *terceiros*, mas também em face do *arguido*. Considera-se a publicidade um impedimento para a *eficácia* do processo.” (Ibid., p. 55-56).

continuada, visto que os elementos são colhidos à medida que aparecem, sendo então incorporados às atas.

Em verdade, “investigação, segredo, escritura, descontinuidade, falta de debate e delegação são, na realidade, faces diferentes de um mesmo método para alcançar fins políticos claramente definidos e por isso, resultam em características interdependentes do procedimento”.¹⁹⁵

A ausência de contraditório nesse sistema demonstra a total falta de consideração para com os direitos e para com a pessoa do acusado. Como bem destacou PIMENTA,

ao argüido, em todo o processado, apenas é consentido um papel *passivo*, vigorando, mesmo relativamente a ele, o *princípio do secreto*. De modo algum é visto como *participante* na criação do direito e na decisão concreta. Não goza, pois, de uma posição jurídica de *sujeito* processual, sendo degradado a uma coisa a que se move o processo (*coisificação do arguido*). As possibilidades de defesa são essencialmente sacrificadas. Porventura as principais *garantias* de que beneficiou a pessoa argüida foram as que resultaram de um certo formalismo processual e, muito remotamente, do

¹⁹⁵ “investigación, secreto, escritura, discontinuidad, falta de debate y delegación son, en realidad, caras diferentes de un mismo método para alcanzar fines políticos claramente definidos y, por ello, resultan características interdependientes del procedimiento.” (MAIER, **Derecho...**, obra citada, p. 211).

sistema de prova legal – em que a confissão, obtida por certos meios, desempenha papel preponderante¹⁹⁶.

No sistema misto, o procedimento é uma das suas principais facetas, fazendo juz ao nome que o sistema recebe. Há um jogo alternado do interesse público em sancionar os delitos e em conservar a liberdade do cidadão. O procedimento tem início através de uma investigação preliminar que dê suporte para uma acusação ou determine, caso contrário, o encerramento da persecução penal. Esse procedimento preliminar mantém as principais características do sistema inquisitório, limitando a defesa, mas, por outro lado, não pode também servir para um juízo de condenação, que somente poderá ser decretado após uma instrução contraditória.

Superado o procedimento preliminar, há o processamento em juízo, com respeito principalmente ao debate, onde se preservam as formas acusatórias, especialmente a oralidade e a publicidade dos atos, bem como a sua concentração em audiência una e contínua, com a presença dos sujeitos processuais e a livre defesa do acusado. Do debate travado nessa fase surgem os elementos capazes de fundamentar a sentença, que deve guardar íntima relação com a acusação.

¹⁹⁶ PIMENTA, **Introdução...**, obra citada, p. 56. A título de ilustração e para demonstrar o papel secundário que tinha a defesa no sistema inquisitório, observe-se a prescrição contida no Manual dos Inquisidores: "O fato de dar o direito de defesa ao réu também é motivo de lentidão no processo e de atraso na proclamação da sentença. Essa concessão algumas vezes é necessária, outras não. Quando o réu confessa o crime – sendo ou não reconhecido por testemunhas – para quem o denunciou e a confissão corresponde às denúncias, não vale a pena oferecer-lhe um defensor para atuar contra as testemunhas. Na verdade, a confissão tem mais credibilidade do que o depoimento das testemunhas." (EYMERICH, N. **Manual dos Inquisidores**. Revisto e ampliado por Francisco de La Peña. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993, p. 137).

3.1.2.5. Prova

No sistema acusatório, na valoração da prova impera a íntima convicção, onde os juizes decidem sem sujeição a qualquer regra que estabeleça o valor probatório dos meios de prova e sem exteriorizar os fundamentos do seu voto. Não é permitido ao juiz ordenar a produção de provas cujo conhecimento se lhe pareça necessário à descoberta da verdade extraprocessual. Deve o julgador se vincular ao material probatório que a acusação lhe faculta.¹⁹⁷

A valoração da prova, no sistema inquisitório, era disciplinada pelo sistema de prova legal. Consiste esse na estipulação pela lei da série de condições para se ter por verdadeiro um fato, condições essas que podem ser positivas ou negativas.

Ideologicamente, o sistema procurava com isso reduzir o poder do juiz na sentença, visto que durante a instrução, ao contrário, esse o possuía até em demasia, pois podia se utilizar de qualquer meio para averiguar a verdade, devendo reunir um número suficiente de elementos de prova para condenar.

Entretanto, a entrega de grande poder ao juiz tinha outra finalidade, segundo a explicação de MAIER:

O sistema não pode funcionar sem a autorização para obter a confissão compulsivamente, mediante a tortura, centro de gravidade de toda a investigação, e a regularização probatória só cumpre o fim de requerer mínimas arrecadações para possibilitar o tormento. De tal maneira, o importante politicamente não são tanto as

¹⁹⁷ Neste sentido v. PIMENTA, *Ibid.*, p. 53.

condições da prova plena, senão as das chamadas semi-plenas, que abrem espaço para a tortura. A tortura é, por isso, sinônimo de inquisição¹⁹⁸.

No sistema misto, há um regresso ao sistema da íntima valoração da prova ou se opta ainda pela livre convicção. A necessidade de fundamentação de todos os atos praticados, exigência dos governos republicanos, acabou determinando um avanço nesse último sistema.

3.1.2.6. Sentença

No sistema acusatório, a sentença faz coisa julgada, ou melhor, produz eficácia de coisa julgada. E ela é o resultado do escrutínio dos votos segundo a maioria ou a unanimidade dos juizes. A coisa julgada é o efeito normal do julgamento, tendo em vista tratar-se de tribunais populares que, ou detém diretamente a soberania (assembléias do povo) ou representam o povo soberano (jurado). Assim, desconhece-se o recurso, ou esse é apenas conhecido excepcionalmente, concebido na forma de graça ou perdão¹⁹⁹.

¹⁹⁸ “El sistema no puede funcionar sin la autorización para obtener la *confesión* compulsivamente, mediante la *tortura*, centro de gravedad de toda la investigación, y la regulación probatoria sólo cumple el fin de requerir mínimos recaudos para posibilitar el tormento. De tal manera, lo importante políticamente no son tanto las condiciones de la *plena puebra*, sino las de la llamada *semiplena*, que abre paso a la tortura. La tortura es, por ello, sinónimo de Inquisición.” (MAIER, *Derecho...*, obra citada, p. 213. Grifos no original).

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 209.

Entretanto, no sistema inquisitório a sentença não faz ou não produz coisa julgada. Surge, então, a apelação e, em geral, os recursos contra a sentença, relacionados ou ligados a idéia de delegação do poder jurisdicional, que era então devolvido ao monarca ou príncipe, para julgamento do recurso. Conforme já referido, nasce aqui o chamado efeito devolutivo e além dele também se engendra a idéia de organização hierárquica dos tribunais, própria dos procedimentos escritos, fazendo com que a causa seja revista, por um tribunal distinto e geralmente superior ao que julgou inicialmente.

Por fim, no sistema misto as decisões são recorríveis, mas em geral essa faculdade é fortemente limitada. O correto é que somente se permita o denominado *recurso de cassação*, destinado a corrigir erros no julgamento, tanto de direito material como de direito processual. Provido o recurso, há a determinação de um novo julgamento.

Alguns ordenamentos prevêm o recurso de apelação. Se provido o recurso, deve haver novo julgamento, total ou parcial, segundo o alcance dos motivos do apelo. Há ainda, em outros ordenamentos, a previsão do recurso de revisão, ou simplesmente revisão. Trata-se de instrumento através do qual se procura rescindir decisões passadas em julgado, quando houve evidentemente erro judicial. É um recurso sem prazo, com legitimação para a sua propositura bastante elástica, destacando que as legislações mais liberais o estabelecem apenas em favor do condenado, ao passo que outras o admitem ainda que contra o acusado absolvido.

3.1.2.7. Medidas Cautelares

No atinente às medidas de cautela, especificamente as pessoais, no sistema acusatório a regra geral é a liberdade do acusado, sendo a prisão critério excepcional. De acordo com PIMENTA, “até a condenação definitiva, o argüido goza do *favor innocentiae*. Com base neste princípio, o processo penal acusatório excluía a possibilidade de prisão preventiva.”²⁰⁰

Já no sistema inquisitório, a regra ou o critério geral é a prisão do acusado. A presunção de culpabilidade é o princípio aplicado a todos os casos e assim, “na idéia de que a existência de mera suspeita é suficiente para fazer presumir a culpabilidade do argüido, a prisão preventiva – com possível duração de vários anos – é a regra; a liberdade, uma exceção inexistente.”²⁰¹

No sistema misto, tem-se a liberdade por regra enquanto que a prisão deve ser utilizada em casos excepcionais, sempre fundamentada e sob o crivo judicial.

3.2. O sistema brasileiro

Após um breve histórico e a análise das principais características dos sistemas processuais, há que se buscar destacar o sistema brasileiro, objetivando assim uma

²⁰⁰ PIMENTA, *Introdução...*, obra citada, p. 53. (grifos no original).

²⁰¹ *Ibid.*, p. 56.

definição necessária do sistema vigente, em razão de sua incidência na análise das garantias processuais penais, a ser efetuada no capítulo seguinte.

Inicialmente há que se assinalar que toda a legislação processual penal brasileira ainda em vigor foi fruto da influência dos regimes fascista e nazista, tendo o Código de Processo Penal, datado de 1941, forte influência do Código Italiano, lembrando que foi concebido na era getulista. As legislações posteriores não passaram de emendas ao Código, não tendo havido nenhuma reforma substancial nos últimos 60 anos.

Entretanto, a Constituição de 1988 trouxe consigo um novo quadro para o direito processual penal, evidenciando a adoção de um modelo acusatório. No entender de GOMES

A Constituição Federal de 1988, com clareza até então nunca vista em sede constitucional, fixou os parâmetros do processo (modelo) acusatório no Brasil, estatuiendo: que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais incumbem às polícias civis e à federal (e inclusive à militar, no que diz respeito aos crimes militares) – art. 144 e §§ - e que a tarefa de acusar, nos crimes de ação pública, é privativa do Ministério Público (art. 129). Quando se refere ao Judiciário, no capítulo próprio, inúmeras vezes utilizou a palavra *jurisdição*, que tem o sentido clássico de *dizer o direito*. Não se trata de um modelo acusatório ‘puro’ (até porque o juiz ainda pode determinar, supletivamente, a realização de prova *ex officio*), mas é inegável que se aproximou do ideal.”²⁰²

²⁰² GOMES, L. F. Constitucionalidade dos Poderes Inquisitivos do Juiz. STF abre Caminho para o Juiz ‘Político’. **Os 10 anos da Constituição Federal**. [coord. Alexandre de Moraes]. São Paulo : Atlas, 1999, p. 15.

Como bem destacou o autor acima citado, a Constituição Federal acabou por não recepcionar muitos dispositivos do Código de Processo Penal, razão pela qual torna-se necessária uma nova leitura da legislação infraconstitucional, ou melhor, uma leitura em conformidade com a Constituição, a fim de que os preceitos maiores possam ser respeitados e efetivados no processo.

Criou a nova Constituição, sem qualquer sombra de dúvida, uma opção incondicional pelo sistema acusatório, conforme se verifica pela simples análise das características formadoras do referido sistema. A seguir, faz-se necessária uma rápida análise das principais características dos sistemas para a caracterização do sistema brasileiro.

No tocante ao órgão julgador, o sistema brasileiro tem o poder Judiciário formado por juizes de carreira, que nesta ingressam mediante o concurso de provas e títulos, disciplinado pela própria Constituição.

No que diz respeito ao órgão acusador, consigne-se que a Constituição de 1988 separou rigidamente as funções daquele com as do juiz, devendo cada uma ser exercida por órgão distinto. O exercício da ação, nos crimes em que ela é pública, é privativo do Ministério Público²⁰³, não tendo sido recepcionados os artigos 26 e 531 do Código de Processo Penal²⁰⁴.

²⁰³ Constituição Federal de 1988, artigo 129: "São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei."

²⁰⁴ Artigo 26: "A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial." Artigo 531: "O processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público."

Não pode o julgador interferir ou participar da investigação criminal, sob pena de quebrar o sistema acusatório. Nesse sentido, a lição de GERALDO PRADO:

...qualquer que seja a modalidade de intervenção judicial, voltada à comunicação oficial da existência provável de infração penal a apurar, o magistrado que vier a noticiá-la estará comprometido na sua imparcialidade, razão por que, nas duas hipóteses, como sustentamos, quebrado estará um dos pilares básicos do sistema e, naturalmente, também do princípio acusatório, tal seja, a imparcialidade judicial. A medida da violação do sistema, porém, corresponde ao anseio de não deixar fora da persecução penal fatos que, de ordinário, não chegariam ao conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, critério de ordem política que, incidindo no campo do processo, ainda que antes da instauração deste, pode ser equilibrado pelo afastamento do feito daquele juiz que noticiou a infração. Aplica-se, assim, o princípio da proporcionalidade, para coordenar a atuação dos direitos fundamentais à segurança e ao justo processo, à base do princípio acusatório²⁰⁵.

Questão mais delicada diz respeito à possibilidade do juiz buscar de ofício a produção de provas. O Código de Processo Penal, ao menos em duas ocasiões²⁰⁶, prevê a possibilidade do julgador determinar diligências para elucidar ponto relevante ou ainda para suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

²⁰⁵ PRADO, G. **Sistema acusatório**. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 198. Quando o autor se refere no texto às *duas hipóteses* está com isso significando as duas possibilidades do juiz quando tem conhecimento de fato criminoso: ou remete os autos ao delegado de polícia, requisitando a instauração da investigação ou ainda remete a notícia da infração ao Ministério Público, para que tome as providências cabíveis.

²⁰⁶ Artigo 156: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante." E o artigo 502: "findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade."

Partindo do pressuposto que o processo busca a verdade real ou material – diversamente do processo civil, que se contenta com a verdade formal –, os doutrinadores têm justificado como legítima essa possibilidade dada ao julgador. Entretanto, a nova Constituição em momento algum atribui competência ao juiz para a colheita de provas ‘fora’ do devido processo legal.

Em verdade, o juiz foi posto na posição de garante do exercício dos direitos fundamentais, cabendo-lhe fazer valer as garantias decorrentes desses direitos. A colheita da prova, principalmente na fase preliminar, compromete a imparcialidade do julgador, pois o juiz não pode ter idéias preconcebidas sobre o que vai decidir. Há um grande risco de se converter os meros atos investigatórios em atos de prova. A verdadeira função da justiça criminal é tornar efetivo o princípio do devido processo legal²⁰⁷.

Além disso, com a ingerência do juiz na colheita da prova há a quebra do princípio da imparcialidade, que constitui uma garantia inerente ao devido processo legal. O clássico *ne procedat iudex ex officio* visa resguardar o julgador de qualquer comprometimento psicológico prévio com a prova. Ao Ministério Público cabe a colheita da prova e o ônus de provar o alegado na acusação. Correta, nesse sentido, é a crítica de GOMES:

...o juiz que investiga é o mesmo que deveria exercer o controle dos limites dessa investigação. De outro lado, o ato de investigar é político e, desse modo, já não se perceberá clara diferenciação entre jurisdição e política, o que, certamente, pode não

²⁰⁷ Nesse sentido v. GOMES, As Garantias..., obra citada, p. 15-17.

ser o melhor para a liberdade individual. (...) Se o terceiro imparcial, que deveria conter eventuais excessos investigatórios, é investido, ele mesmo, do poder de iniciativa probatória, já não se pode esperar o exercício de uma jurisdição isenta, senão de uma atividade 'política' cujo resultado final é imprognosticável²⁰⁸.

No tocante à sentença, o sistema brasileiro adotou uma postura acusatória, fazendo com que as decisões absolutórias não possam mais ser revistas após o trânsito em julgado, enquanto que manteve a revisão criminal, sempre em favor do condenado, para evitar que não se pudesse rever decisão que foi injusta ou contrária ao direito.

Por fim, no tocante às medidas cautelares, especificamente as pessoais, a Lei Maior trouxe à categoria de princípio constitucional a presunção de inocência²⁰⁹, demonstrando com isso a impossibilidade da prisão cautelar, a não ser em casos de extrema necessidade, quando não houver qualquer outra possibilidade de manter o indiciado ou acusado em liberdade.

Portanto, no plano ideal, o modelo brasileiro é acusatório. Para que na realidade ele também o seja, há necessidade de que as leis processuais infraconstitucionais sejam interpretadas e aplicadas em conformidade com a constituição.

²⁰⁸ Ibid., p. 30-31.

²⁰⁹ Artigo 5.º, LVII: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." Além disso, prescreve o inciso LXV: "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária." E o inciso LXVI: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança."

4. O DEVIDO PROCESSO PENAL

4.1. DEVIDO PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

Antes de se analisar o devido processo e as garantias dele decorrentes na esfera 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 Carta Política, que efetivamente o embasa e lhe dá a condição de importância que hoje representa dentro do mundo jurídico²¹⁰.

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

²¹⁰ 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, L. A. **Prisão e Liberdade Provisória**. Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar. Curitiba : Juruá, 1997, p. 27).

princípios, objeto e características próprias²¹¹.

Atualmente, o processo não pode mais ser visto de forma isolada, mas deve ser interpretado e analisado em conformidade com a Constituição, pois nela está baseado²¹². Aliás, "...na Constituição nascem as regras fundamentais da diretriz processual, sem as quais o legislador ordinário não teria condições de delimitar seu campo legislativo."²¹³ 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 normas 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

²¹¹ 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, A. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 12-13).

²¹² Roberto Rosas faz 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 Provinciali)." (ROSAS, **Direito Processual...**, obra citada, p. 12).

²¹³ Ibid., p. 13.

expressa pela Constituição. Há que se superar, através do processo, a igualdade meramente jurídica para se postular garantias efetivas e acessíveis a todos²¹⁴.

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.”²¹⁵

Os preceitos constitucionais influenciam todas as demais normas componentes do ordenamento jurídico e estas devem ser editadas à luz daqueles²¹⁶, especialmente as normas processuais penais, que são o complemento necessário daqueles preceitos²¹⁷.

Dentro desse enfoque, é indispensável ser salientada a lição de GERALDO PRADO quando afirma que

²¹⁴ Neste sentido v. GOMES FILHO, A. M. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 23.

²¹⁵ LOPES JÚNIOR, **Sistemas...**, obra citada, p. 22. (grifos no original).

²¹⁶ 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 e CARVALHO, **Aplicação da Pena...**, obra citada, p. 124-125.

²¹⁷ Neste sentido v. TUCCI e TUCCI. **Devido...**, obra citada, p. 15.

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 STRECK, "...é necessário ressaltar...que o direito processual penal...não deve ser, conforme bem lembra Hassemer, outra coisa senão direito constitucional aplicado."²²⁰

4.2. 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 desse ramo do direito²²¹, pois em torno dele gira todo o processo e ninguém mais do que ele tem interesse no seu desenvolvimento regular e justo.

²²⁰ STRECK, L. L. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

²²¹ Nesse sentido v. LOPES JÚNIOR, **Sistemas...**, obra citada, p. 02. Destaque-se também a posição de 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, P. O garantismo Penal e o Aditamento à Denúncia. **Revista de Estudos Criminais ITEC**, nº 04, Sapucaia do Sul: Editora Notadez, 2001, p. 55-56).

...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 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 penal²¹⁸.

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 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 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 penal²¹⁹.

²¹⁸ PRADO, **Sistema Acusatório...**, obra citada, p. 55.

²¹⁹ SILVA JARDIM, A. **Direito Processual Penal**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1997, p. 63. Insta salientar nesse momento 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, A. M. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 28).

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 complementariedade. 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 LOPES JÚNIOR, ao atual modelo de direito penal mínimo corresponde um processo penal garantista²²².

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 Estado²²³.

Neste contexto, merece destaque a posição de 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

²²² Ibid., p. 06.

²²³ 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 defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência humana (princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos); c) a ofensa deve causar um abalo social e a proporção daquela deve justificar a intervenção penal (princípio da ofensividade). (BIANCHINI, A. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 28-29).

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 reprováveis²²⁴.

Numa leitura garantista, CARVALHO adverte que

“...o direito penal – como *ultima 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.”²²⁵

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 LOPES JÚNIOR, reside no fato da impossibilidade de se aplicar qualquer sanção sem que haja o devido processo, mesmo no caso de consentimento do acusado. Este ponto demonstra que o caráter

²²⁴ RIOS, R. S. **Tutela Penal da Seguridade Social**. São Paulo : Dialética, 2001, p. 15.

²²⁵ CARVALHO, **Aplicação da Pena...**, obra citada, p. 110.

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**²²⁶.

Para FERRAJOLI, o garantismo

não tem nada a ver com o mero legalismo, formalismo ou processualismo. Na verdade, consiste na tutela dos direitos fundamentais: os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e prepolíticos, que fundamentam 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 democracia²²⁷.

Numa visão garantista, a legitimidade da jurisdição e a independência do Poder Judiciário fundamentam-se no reconhecimento de suas funções de garantidores dos direitos fundamentais inseridos na Constituição. Nesse aspecto, a função do juiz é garantir os direitos do acusado no processo penal, não podendo ficar inerte ou passivo

²²⁶ LOPES JÚNIOR, **Sistemas...**, obra citada, p. 11-13.

²²⁷ “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.” (FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón**. – Teoría del Garantismo Penal. 2. ed. Madri: Trotta, 1997, p. 28-29).

diante de violações ou ameaça de lesões aos direitos fundamentais garantidos e consagrados pela Carta Maior²²⁸.

Conforme a lição de SALO DE CARVALHO, o modelo garantista baseia-se num 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.”²²⁹

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. A legitimação democrática da jurisdição se dá e se baseia na figura do juiz como **garante** dos direitos fundamentais. Segundo 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 fundamentais²³⁰.

²²⁸ 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, **Sistemas...**, obra citada, p. 14).

²²⁹ CARVALHO, **Pena e Garantias...**, obra citada, p. 87.

²³⁰ GOMEZ, D. J. D. **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.

FERRAJOLI sustenta o garantismo em cinco princípios básicos, que hão 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; contradição²³¹. LOPES JÚNIOR acrescenta ainda o princípio da fundamentação das decisões judiciais, como integrante desse suporte garantista²³².

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 convencimento²³³.

²³¹ FERRAJOLI, *Derecho...*, obra citada, p. 732-734.

²³² LOPES JÚNIOR, *Sistemas...*, obra citada, p. 15-16.

²³³ SUANNES, *Os Fundamentos Éticos...*, obra citada, p. 219. (grifos no original).

4.3. GARANTIAS PROCESSUAIS DECORRENTES DO DEVIDO PROCESSO PENAL

Numa análise voltada para o direito processual penal, o princípio do devido processo legal se desdobra 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.

As garantias decorrentes do devido processo na esfera penal, segundo TUCCI e TUCCI²³⁴ 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. Além dessas garantias, há que se ressaltar que do devido processo ainda decorrem, dentre outras²³⁵, a presunção de inocência e o contraditório, este intimamente ligado à plenitude de defesa.

A seguir, buscar-se-á uma análise de cada uma das garantias, explicitando-se os aspectos relevantes, tudo com o objetivo de delimitar o significado e o alcance que as mesmas têm ou deveriam ter dentro do procedimento de conhecimento do processo penal, destacando-se também, quando necessário, alguns pontos que dizem respeito diretamente à fase investigatória.

Tendo em vista a impossibilidade de uma análise mais detalhada sobre cada

²³⁴ TUCCI, e TUCCI, **Devido Processo...**, obra citada, p. 19.

²³⁵ Buscar-se-á fazer, a seguir, uma análise das **garantias mínimas** decorrentes do devido processo, dada a impossibilidade de analisar todas.

uma das garantias, que também serão durante o texto denominadas de princípios – pois os dois termos acabam sendo utilizados indistintamente por vários autores –, procurar-se-á analisá-las num enfoque garantista, por se entender ser esse um dos caminhos para a busca de um processo mais efetivo e justo.

4.3.1. O acesso à justiça

No tocante à garantia do acesso à justiça, também denominado princípio do acesso à ordem jurídica justa²³⁶, cumpre esclarecer que ela tem a perspectiva de inserir o Poder Judiciário como o local onde os cidadãos possam fazer valer os seus direitos²³⁷, e na esfera do processo penal, principalmente os seus direitos de defesa, ou melhor, de plena defesa.

Para DINAMARCO,

...mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede

²³⁶ Expressão utilizada por Kazuo Watanabe, citado por PORTANOVA, **Princípios...**, obra citada, p. 107.

²³⁷ Neste sentido a norma expressa do artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” As Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 foram omissas a esse respeito. A Constituição de 1946 previu a garantia em estudo no artigo 141, § 4º: “A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.” Por fim, a Constituição de 1967 previu a cláusula no artigo 150, § 4º, e EC nº 01, de 1969, artigo 153, § 4º, com redação idêntica a Constituição de 1946.

legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios²³⁸.

Mais do que a vítima ou do que o próprio Estado, o acusado tem direito ao processo, direito ao acesso à justiça, pois é somente através de um processo justo, respeitados os princípios que o norteiam, que se poderá dizer o direito ao caso concreto, visto que qualquer outro tipo de julgamento estará fadado a cometer injustiças, eis que não respeitou os direitos básicos do cidadão²³⁹.

Ter acesso à justiça é, no processo penal, dar condições de uma acusação regular, baseada em elementos colhidos de forma imparcial e verdadeira, e ainda propiciar ao acusado condições de exercer plenamente o seu direito de defesa, com amplo acesso a todas as provas que sejam necessárias para demonstrar e provar a sua inocência.

LAURIA TUCCI estabelece duas diferenciadas formas de manifestação do acesso à justiça: uma refere-se ao custo do processo penal (acessibilidade econômica) e a outra à atuação de profissional legalmente habilitado para defender os interesses do acusado (acessibilidade técnica)²⁴⁰.

No tocante à acessibilidade econômica, há que se destacar a necessidade de

²³⁸ DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo**. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 304.

²³⁹ Vale lembrar aqui novamente a lição de DINAMARCO: "As partes têm verdadeiro *direito ao processo*, corporificado nessas regras formais do sistema processual e garantidas a nível constitucional mediante a explícita adoção da cláusula *due process of law*." (Id.).

²⁴⁰ TUCCI, R. L. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 95 et seq.

assistência judiciária materialmente efetiva a todos, principalmente aos economicamente menos favorecidos, em respeito e em cumprimento não só ao princípio em questão mas também ao contido na Constituição Federal de 1988²⁴¹.

Quando se menciona o custo do processo, há que se elastecer o sentido da expressão, para analisá-lo não somente no aspecto econômico, mas também nas outras conseqüências que dele decorrem, tais como o impacto moral, social, psicológico e familiar, dentre outros.

Entretanto, o custo maior do processo para o acusado é lamentavelmente a demora com que é solucionado, levando, em regra, anos para se ter uma solução final ou definitiva²⁴².

A assistência judiciária deve ser entendida de forma ampla e abrangente. Neste aspecto há que se afirmar a necessidade da presença de defensor não somente na

²⁴¹ Artigo 5.º, LXXIV: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos." Vale ressaltar que as Constituições de 1824, 1891 e 1937 foram omissas a esse respeito. A Constituição de 1934 previa em seu artigo 113, 32 que: "A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e segurando a isenção de emolumentos, custas e taxas e selos." A Constituição de 1946, no artigo 141, 35 previa que: "o poder público, na forma que a lei estabelece, concederá assistência judiciária aos necessitados." Já a Constituição de 1967 previa em seu artigo 150, 32 e a EC nº 01 de 1969, artigo 153, 32: "Será concedida assistência judiciária aos necessitados na forma da lei."

²⁴² Destaque-se, por absolutamente pertinente, a lição de LOPES JÚNIOR: "...entendemos ser imprescindível destacar a existência de **verdadeiras penas processuais**, pois não só o processo é uma pena em si mesmo, senão também que existe um sobrecusto inflacionário do processo penal na moderna sociedade de comunicação de massas. Existe o uso da imputação formal como um instrumento de culpabilidade preventiva e de estigmatização pública, e, por outra parte, na proliferação de milhares de processos a cada ano, não seguidos de pena alguma e somente geradores de certificados penais e de *status* jurídico-sociais (de reincidente, perigoso, à espera de julgamento etc.)." (**Sistemas...**, obra citada, p. 19. Grifos no original).

fase processual mas também na fase inquisitorial, especificamente quando da restrição da liberdade mediante prisão em flagrante²⁴³.

Verifica-se na Constituição Federal, no título dos direitos e garantias fundamentais, a prescrição, dentre outras, do direito ao silêncio, bem como da assistência da família e de advogado para o indivíduo que seja preso²⁴⁴. Tratam-se, em verdade, de direitos substanciais e indisponíveis do encarcerado, que devem ser respeitados para dar legitimidade à prisão efetuada. Não se pode admitir um sistema que coloca nas mãos do órgão investigador todo o poder para efetuar a prisão e simplesmente levá-la ao conhecimento do juiz, que a homologa, sem que no ato de restrição da liberdade tenha ocorrido ao menos a análise da sua legalidade, visto que o sistema brasileiro não exige a apresentação do preso ao juiz. Necessária, assim, a presença de defensor no momento da lavratura do auto de prisão, em cumprimento ao preceito constitucional antes mencionado.

²⁴³ Neste sentido, merece transcrição a lição de LAURIA TUCCI quando leciona que "...assistência de advogado, não só ao preso, como ao indiciado, durante o desenrolar da *informatio delicti*, não significa assistência passiva, de mero espectador dos atos praticados pela autoridade policial e seus agentes, mas, sim, **assistência técnica**, na acepção jurídica do termo, qual seja a de **atuação profissional de advogado**." (**Direitos e Garantias...**, obra citada, p. 115. Grifos no original).

²⁴⁴ Artigo 5.º, LXII: "A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada." E o inciso LXIII: "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado."

No tocante à efetividade da defesa, há que se lamentar a total falta de efetividade do artigo 134 da Constituição Federal de 1988²⁴⁵, pois não há Defensoria Pública organizada e a defesa do acusado acaba sendo efetuada apenas formalmente. Somente a partir do momento em que os juizes começarem a decretar a nulidade de todos os feitos em que não houve defesa ou esta foi deficitária – o que equívale à inexistência – é que o Estado passará a se preocupar com a organização das defensorias e o cumprimento do preceito constitucional²⁴⁶.

Analisando a situação latino-americana, BINDER expõe que a prática cotidiana demonstra que a prestação da defesa pública é um dos pontos onde o sistema de garantias fracassa espetacularmente. Levando-se em conta a seletividade com que geralmente operam os sistemas penais e que a grande maioria dos imputados são pobres – carentes de recursos econômicos ou impossibilitados de tomar para si a própria defesa -, compreende-se que a defesa pública chega a ser um dos elos

²⁴⁵ “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5.º, LXXIV.”

²⁴⁶ Complementando a idéia, destaque-se a posição de GOMES FILHO: “...a exigência de um contraditório real não pode dispensar que se assegure ao acusado não apenas o direito de defesa, entendido como participação em todos os episódios processuais, mas sobretudo o direito ao *defensor*, colocando-se aqui a problemática da assistência gratuita aos necessitados e a efetividade dessa assistência.” (**Presunção...**, obra citada, p. 48).

primordiais de legitimidade do processo penal. Assim, tendo em vista que na maioria dos países latino-americanos não existe um autêntico serviço de defesa pública eficaz, o processo penal está sempre sob a suspeita de ilegitimidade²⁴⁷.

Portanto, garantir acesso à justiça significa primordialmente, no processo penal, possibilitar ao acusado ou indiciado todos os meios de exercer as garantias fundamentais que a Constituição lhe confere, tornando efetiva a sua defesa perante os órgãos estatais.

4.3.2. A presunção de inocência

O princípio em apreço esteve inserido entre os postulados fundamentais da revolução liberal do século XVIII, não obstante já no direito romano pudesse ser vislumbrada a máxima *in dubio pro reo*. A história revela que esta garantia é, em verdade, consequência da reação que se produziu contra a Inquisição. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 9.º, consagrou-o, nos seguintes termos: "Sendo todo Homem presumidamente inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, qualquer rigor que não for necessário para assegurar-se da sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei."

²⁴⁷ BINDER, A. M. **Introducción al Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1999, p. 160-161. Destaque-se ainda: "Si en la práctica no existe la posibilidad concreta de ejercer el derecho de defensa – y la realidad de nuestro país demuestra que en los juicios no se lo ejerce del modo debido -, el juicio penal queda marcado por la arbitrariedad. Y si el proceso penal está bajo sospecha de arbitrariedad, ello significa que el Estado de Derecho está herido de gravedad." (Ibid., p. 165).

Da fórmula adotada desume-se um duplo sentido, qual seja: de um lado, o acusado não está obrigado a fornecer prova de sua inocência, em razão da presunção; de outro, o princípio impede que medidas restritivas da liberdade pessoal sejam adotadas antes do reconhecimento da culpabilidade, exceto em casos de absoluta necessidade.²⁴⁸

Posteriormente, no período da Revolução Industrial, verificou-se que o sistema repressivo mostrava-se impotente para a solução da delinquência, que só aumentava, havendo a necessidade da reestruturação da justiça criminal, o que levou ao surgimento das teorias iluministas, que indicavam uma preocupação com os direitos do homem, demonstrando que ao processo criminal eram levados tanto culpados como inocentes, urgindo que a apuração dos fatos se desse através de um sistema e processo acusatórios, com o asseguramento da igualdade entre acusação e defesa²⁴⁹.

Recentemente, o princípio foi inserido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de maio de 1948, no artigo XI, que versa: "Toda pessoa acusada da prática de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, no curso do processo público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa."

No Brasil, foi com a Constituição de 1988 que o princípio foi adotado

²⁴⁸ Neste sentido v. a obra de GOMES FILHO, **Presunção...**, obra citada, p. 9. Em sua análise, o autor aponta para o aspecto de que esse duplo sentido do princípio constituiu uma "reação a todo um sistema processual-repressivo fundado nas provas legais e no uso indiscriminado de medidas odiosas contra a pessoa do acusado, cuja expressão máxima era a tortura." (Ibid., p. 10).

²⁴⁹ Ibid., p. 11.

expressamente pela primeira vez, seguindo-se assim o exemplo de outras cartas²⁵⁰.

Frise-se que foi com razão que GOMES FILHO asseverou que a inclusão do princípio em apreço nas constituições modernas diz respeito "...a uma opção em favor dos valores essenciais de respeito à pessoa humana no âmbito do processo penal, representando, mais do que uma dádiva humanitária, uma verdadeira condição do exercício da repressão no Estado de Direito."²⁵¹

Anote-se que mesmo antes da Carta de 1988, a doutrina nacional já considerava a presunção de inocência como princípio informador do ordenamento pátrio, com manifestação inclusive do Pretório Excelso a respeito²⁵².

²⁵⁰ Artigo 5.º, LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." Canadá (artigo 11, d); Espanha (artigo 17); Itália (artigo 13); Japão (artigos. 31, 33 e 34); Portugal (artigo 32, 2). Destaque-se que LAURIA TUCCI analisa o princípio sob a denominação de "não consideração prévia de culpabilidade." (**Direitos e Garantias...**, obra citada, p. 401). BINDER bem esclarece a questão da denominação do princípio: "Se ha dicho que este principio implica un 'status de inocencia', una 'presunción de inocencia', o un 'derecho a ser tratado como inocente'. Creo que, en definitiva, todas estas posturas son perfectamente conciliables y no difieren en sus efectos prácticos." (**Introducción...**, obra citada, p. 123).

²⁵¹ GOMES FILHO, **Presunção...**, obra citada, p. 23.

²⁵² HC 45.232-GB, julg. 21.02.1968, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, onde se discutira a constitucionalidade do artigo 48 da Lei de Segurança Nacional e a Suprema Corte decidiu pela sua inconstitucionalidade. Outro exemplo foi o Recurso Extraordinário Eleitoral 86.297 – SP, julg. 17.11.1976, Rel. Min. Thompson Flores, onde a Suprema Corte entendeu presente o princípio no ordenamento, mas inaplicável na matéria eleitoral que tratava o recurso.

Inspirado na Constituição italiana de 1948, o constituinte brasileiro alargou a incidência da garantia, não a restringindo ao 'acusado', mas a todas as fases da persecução penal, abrangendo também a fase da investigação inquisitória.

Partindo da correta premissa de que o processo penal deve ser democrático - eis que a democracia é um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado -, LOPES JÚNIOR afirma com segurança que o primeiro princípio a imperar no processo penal é justamente o da proteção dos inocentes, isto é, o processo penal como "*...direito protetor dos inocentes*. Esse status (inocência) adquire caráter constitucional e deve ser mantido até que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado."²⁵³

Utilizando a mesma expressão do autor acima citado, TOVO também entende que o princípio em estudo é o primeiro a imperar no processo penal, pois

...como a Justiça Humana, por sua própria condição, não pode *a priori* dizer quem seja culpado (a culpa é matéria de alta indagação), outra saída não há senão estender a proteção a todos, indistintamente.... Nestas condições, por mais evidente que seja o crime, por mais perverso ou velhaco que nos pareça o criminoso, não lhe poderemos negar o exercício da proteção jurídica em todo o desenrolar do procedimento penal. Daí dizer-se: cada dispositivo do Código de Processo Penal constitui um verdadeiro escudo de proteção. Nem mesmo as normas processuais aparentemente restritivas, no âmbito pessoal ou patrimonial, fazem exceção a essa verdade. Pois sua finalidade

²⁵³ LOPES JÚNIOR, **Sistemas...**, obra citada, p. 21 (grifos no original).

última é apontar os limites até onde pode ir o poder persecutório estatal²⁵⁴.

Para MAIER, a Constituição impede que se trate como culpada “a pessoa a quem se atribui um fato punível, qualquer que seja o grau de verossimilhança da imputação, até quando o Estado, por intermédio de órgãos judiciais estabelecidos para exteriorizar sua vontade nesta matéria, não pronuncie a sentença penal firme que declare sua culpabilidade e a submeta a uma pena.”²⁵⁵

Complementando a idéia, frise-se a posição de OLMEDO, que assevera que os habitantes da nação gozam de um estado de inocência, “enquanto não sejam declarados culpados por sentença firme, ainda que com respeito a eles tenha sido aberta uma causa e qualquer que seja o processo dessa causa.”²⁵⁶ Assim, desde esse ponto de vista, é lícito se afirmar que o acusado goza da mesma situação jurídica que um inocente.

Insta salientar que o princípio possui um inegável conteúdo ideológico, pois procura expressar inicialmente a vontade do legislador, qual seja, garantir a posição de

²⁵⁴ TOVO, P. C. Introdução à Principiologia do Processo Penal Brasileiro. **Estudos de Direito Processual Penal**. [org. Paulo Cláudio Tovo]. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995, p. 13-14. Em referência a esse princípio, saliente-se ainda a posição de COUTURE, quando afirma que “O indivíduo encontra no processo civil ou penal a cidadela de sua inocência.” (**Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Rio de Janeiro : José Konfino Editor, 1951, p. 52).

²⁵⁵ “la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena.” (MAIER, **Derecho...**, obra citada, p. 252).

²⁵⁶ “mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aun cuando con respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa.” (CLARÍA OLMEDO, J. A. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires : Editorial Ediar, T. I, 1960, p. 231).

liberdade do acusado em confronto com o interesse coletivo à repressão penal. Além disso, o princípio visa informar todo o processo penal e respeitar os valores inerentes à dignidade da pessoa humana. Assim, incidindo sobre todas as etapas de investigação, sejam processuais ou pré-processuais, o princípio garante e assegura que nenhum acusado pode receber qualquer tratamento que o equipare ao condenado, indicando, ainda, "... a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo justo."²⁵⁷

Apesar da existência de argumentos no sentido de que no processo penal deve vigorar a presunção de culpabilidade ou de suspeita, esclareça-se que há uma opção e garantia política em se proteger o cidadão que ingressa no âmbito de atuação das regras do direito e do processo penal. Não está em jogo o nível de conhecimentos fornecidos ou juntados a respeito do caso concreto, pois a garantia do cidadão acima disso deve estar²⁵⁸.

Quanto ao seu conteúdo, o princípio tem uma incidência muito grande no campo probatório, fazendo com que esse deva tender a verificar a existência dos fatos imputados, onerando a parte autora a trazer elementos probantes que justifiquem a imputação. Não se pode inverter o ônus da prova e muito menos fazer dessa simples

²⁵⁷ GOMES FILHO, **Presunção...**, obra citada, p. 37. Complementando a idéia, cite-se CUESTA: "La presunción de inocencia (...) es un derecho subjetivo público, que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos; por otro lado, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el regimen jurídico de la prueba." (CUESTA, J. M. L. **La Presunción de Inocencia ante la Casación**. Madrid: Editorial Colex, 1991, p. 13).

²⁵⁸ Neste sentido v. BINDER, **Introducción...**, obra citada, p. 126.

meio para tentar investigar as desculpas trazidas pelo acusado. Da mesma forma, o princípio diz respeito à impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na investigação dos fatos.

É certo também que o acusado não tem que provar a sua inocência. Segundo BINDER, muitas vezes se pretendeu trazer ao processo a idéia da 'carga da prova', muito mais própria do processo civil. Para o jurista argentino, segundo essa concepção cada uma das partes assume uma carga – uma determinada posição jurídica – a respeito de suas afirmações, de modo que se não logra provar aquilo que fundamenta sua pretensão ou defesa, o juiz não aceita suas afirmações. Este princípio, por certo, não pode ser aplicado ao processo penal, pois o ônus probatório é exclusivo da acusação²⁵⁹.

Viola o princípio toda antecipação de medida punitiva ou que importe no reconhecimento da culpabilidade, antes da sentença final²⁶⁰. É importante ressaltar que ninguém poderá ser considerado nem tratado como culpado senão por uma sentença que o considere como tal, sob pena de se efetivar uma punição anterior ao juízo de culpabilidade.

O tratamento a ser dispensado ao acusado durante a investigação criminal e

²⁵⁹ Ibid., p. 128. Destaque-se, por importante, a observação de Binder de que o acusado não tem que provar a sua inocência e de que, apesar de parecer óbvia, esta idéia tem uma transcendental importância política: "ella marca, muchas veces, el límite tras el cual comienza a gestarse una sociedad represiva, en la que cada ciudadano es sospechoso de algo". (Id.).

²⁶⁰ Neste sentido, a lição esclarecedora de GOMES FILHO, que, completando o raciocínio sobre a prova, adverte que "qualquer diferenciação que se estabeleça entre o réu que foi absolvido plenamente e aquele que o foi por precariedade de provas será, evidentemente, ofensiva ao espírito do preceito constitucional." (**Presunção...**, obra citada, p. 40).

durante o processo deve ser respeitoso. Disso resultam alguns cuidados que devem ser tomados: a) a divulgação dos fatos pela imprensa deve ser criteriosa, jamais podendo dar o caráter de definitividade aos fatos expostos; b) o uso de algemas deve ser uma exceção e somente adotado quando efetivamente necessário; c) o interrogatório com o acusado em pé é uma prática que deve ser abolida; d) o local destinado ao acusado, quando julgado pelo Tribunal do Júri, não deve ser inferior aos demais,... dentre outros tantos exemplos. Em síntese, deve haver uma harmonização dos princípios da inviolabilidade do direito à intimidade e presunção de inocência com os preceitos que asseguram a liberdade de informação e a publicidade dos atos judiciais.

Analizando o preceito insculpido na Constituição Argentina de que “ninguém é culpado se uma sentença não o declarar assim”²⁶¹, com sabedoria singular, BINDER destaca as seguintes consequências:

- a) que só a sentença tem essa virtualidade; b) que no momento da sentença só existam duas possibilidades: ou culpado, ou inocente. Não existe uma terceira possibilidade; c) que a culpabilidade deve ser juridicamente construída; d) que essa construção implica a aquisição de um grau de certeza; e) que o acusado não tem que construir sua inocência; f) que o acusado não pode ser tratado como um culpado; g) que não podem existir ficções de culpabilidade que não necessitam ser provadas²⁶².

²⁶¹ “nadie es culpable si una sentencia no lo declara así.”

²⁶² “a) Que solo la sentencia tiene esa virtualidad; b) Que al momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades: o culpable, o inocente. No existe una tercera posibilidad; c) Que la ‘culpabilidad’ debe ser jurídicamente construida; d) Que esa construcción implica la adquisición de un grado de certeza; e) Que el imputado no tiene que construir su inocencia; f) Que el imputado no puede ser tratado como un culpable; g) Que no pueden existir ficciones de culpabilidad que no necesitan ser probadas.” (BINDER, **Introducción...**, obra citada, p. 125).

O princípio em questão deve significar também que no processo penal não podem existir ficções de culpabilidade, isto é, regras absolutas de apreciação da prova que obriguem o juiz a considerar provada a culpabilidade ou parte dela de um modo automático. Qualquer fixação desta ordem é inconstitucional por afetar o princípio em apreço. A pena não pode ser antecipada e deve ser consequência direta da comprovação da culpabilidade, que não se presume²⁶³.

Ponto nevrálgico da questão diz respeito à aparente contradição existente entre presunção de inocência e prisão cautelar. Questiona-se a possibilidade do encarceramento cautelar diante do princípio em estudo.

Inicialmente, destaque-se que a inclusão do princípio da presunção de inocência no texto constitucional trouxe reflexos na disciplina da prisão cautelar, alterando-a em relação ao seu regramento anterior, previsto no Código de Processo Penal.

Uma exegese mais atenta do princípio aponta para a impossibilidade de qualquer prisão cautelar que tenha por finalidade antecipação de punição ou ainda como corolário automático da imputação, como se verifica nas hipóteses de prisão obrigatória, onde não se analisa a situação concreta e a incidência ou não do *periculum libertatis*²⁶⁴.

A prisão cautelar justifica-se apenas em situações excepcionais, onde a liberdade do acusado possa apresentar comprometimento ao desenvolvimento regular e à eficácia da atividade processual. Sendo decretada apenas excepcionalmente e não

²⁶³ Ibid., p. 128-129.

²⁶⁴ Neste sentido v. GOMES FILHO, **Presunção...**, obra citada, p. 65.

sendo imposta como antecipação da pena, somente assim não será incompatível com a presunção de inocência.

Concluindo pela inexistência de incompatibilidade entre o princípio em questão e a prisão cautelar, CÂMARA afirma que

o princípio da presunção de inocência impede admitam-se prisões que importem no reconhecimento da execução antecipada da pena ou que constituam consequência lógica da imputação, como ocorre nos casos de prisão obrigatória, razão pela qual se contrapõe ao princípio a previsão legislativa que nega ao acusado o direito à liberdade provisória. Em síntese, a compatibilidade da adoção de uma medida de cautela com a presunção de inocência somente pode ser avaliada *in concreto*²⁶⁵.

Além do seu caráter de excepcionalidade, a restrição da liberdade deve necessariamente obedecer a um procedimento que respeite as garantias básicas do cidadão advindas do devido processo, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do juiz, o duplo grau de jurisdição e a fundamentação da decisão, dentre outras mais, asseguradas pelo ordenamento jurídico. Enfim, há que se respeitar um 'devido e justo processo' para a imposição da medida restritiva da liberdade do acusado.

Dentre todas as garantias acima elencadas, a que merece importância maior é sem dúvida a necessidade de motivação da decisão restritiva e isso por duas razões básicas: a) da forma como está estruturada a prisão cautelar no sistema brasileiro, um simples jogo de palavras pode levar o juiz a decretar uma prisão. Veja-se, por exemplo,

²⁶⁵ CÂMARA, **Prisão e Liberdade...**, obra citada, p. 44-45.

que o fundamento 'garantia da ordem pública' pode enfeixar uma série de significados, dando margem e abertura a qualquer fundamentação. Tudo – ou nada – pode ser garantia da ordem pública; b) a restrição da liberdade através de medida cautelar é ato que gera graves conseqüências para o acusado e por isso deve ser sério e extremamente fundamentado, numa perfeita análise dos fatos concretos e sua consonância aos dispositivos permissivos da restrição da liberdade²⁶⁶.

Além disso, impende salientar a necessidade do alargamento da via do controle das decisões judiciais que decretam a restrição da liberdade, pois atualmente o *habeas corpus*, apesar de ser procedimento célere e desprovido de maiores formalidades, acaba sendo via restrita de análise apenas da legalidade da decisão recorrida, deixando ao magistrado monocrático uma autoridade quase absoluta quanto à análise do mérito na decretação da medida²⁶⁷.

Finalizando a análise do princípio, há que se destacar a lúcida e clara posição de GOMES FILHO:

Presunção de inocência e 'devido processo legal', na verdade, são conceitos que se complementam, traduzindo a concepção básica de que o reconhecimento da

²⁶⁶ Basileu Garcia, referindo-se à prisão cautelar, assim se manifestou: "Não é possível que se mande alguém para uma enxovia antes de regular condenação, em virtude do interesse público, sem se declarar em que consistem as superiores razões que o determinam." (GARCIA, B. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro : Forense, 1940, v. 3, p. 177).

²⁶⁷ É pertinente, neste sentido, o comentário de GOMES FILHO: "Tratando-se principalmente da imposição de uma prisão anterior à condenação definitiva, que só por isso já constitui medida excepcional e reclama redobrados cuidados na sua adoção, a previsão de um reexame por órgãos superiores da jurisdição representa uma garantia indispensável contra abusos e precipitações." (*Presunção...*, obra citada, p. 82-83).

culpabilidade não exige apenas a existência de um processo, mas sobretudo de um processo 'justo', no qual o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito à liberdade do imputado seja feito em termos de equilíbrio; trata-se, em suma, daquele 'attegiamento di fondo' que deve permear todo o processo, na expressão de Chiavario²⁶⁸.

4.3.3. O juiz natural

O princípio do juiz natural, também denominado juiz competente ou ainda juiz legal, teve o seu nascimento, com essa denominação, com a Lei francesa de 24 de agosto de 1790, que, dispunha: "a ordem constitucional das jurisdições não pode ser perturbada, nem os jurisdicionados subtraídos de seus juizes naturais, por meio de qualquer comissão, nem mediante outras atribuições ou evocações, salvo nos casos determinados pela lei."²⁶⁹ Da mesma forma, a Constituição francesa de 1791²⁷⁰ prescrevia que "os cidadãos não podem ser subtraídos dos juizes que a lei lhes atribui,

²⁶⁸ Ibid., p. 47.

²⁶⁹ Artigo 17 do Título II.

²⁷⁰ Artigo 4.º do Capítulo V.

por nenhuma comissão, nem por outras atribuições e evocações, além das determinadas por lei.”²⁷¹

Para FREDERICO MARQUES, contudo, o princípio teve sua origem, ao que parece, na Carta Constitucional francesa de 1814²⁷², quando previa que “ninguém poderá ser afastado de seus juizes naturais.”²⁷³ A Carta de 1830 veio a complementá-lo ao assegurar que “não se poderá, conseqüentemente, criar comissões e tribunais extraordinários, a qualquer título e sob qualquer outra denominação.”²⁷⁴

Entretanto, o significado que o princípio expressa tem origem anterior, remontando à *Magna Carta Libertatum*, quando essa previa, em seu artigo 20, que “nenhuma multa será lançada senão pelo juramento de homens honestos da vizinhança.” Já em seu artigo 21 preceituava que “condes e barões não serão multados senão pelos seus pares, e somente de conformidade com o grau da transgressão.” Além disso, a mesma Carta previa ainda, no artigo 39, que “nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras, ou posto fora da lei ou banido ou

²⁷¹ Este é o entendimento esposado por GRINOVER, A. P. O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia. **Revista de Processo**, v. 29, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 12-13. No mesmo sentido, a lição de Germano Marques da Silva, informando que o princípio teve como finalidade impedir a ingerência do rei nos assuntos judiciais, garantindo a imparcialidade dos tribunais frente aos cidadãos. Por fim, o autor informa que na sua formulação mais moderna, o princípio se origina da Constituição italiana de 1948 e alemã de 1949. (SILVA, G. M. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. rev. e atual. Lisboa : Editorial Verbo, 1996, p. 50).

²⁷² Frederico Marques expressou seu entendimento ao comentar a obra de PIMENTA BUENO, **Apontamentos...**, obra citada, p. 145.

²⁷³ “Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels.”

²⁷⁴ Artigo 54: “Il ne pourra, en consequence, être crée des commissions et des tribunaux extraordinaires à quelque titre et sous quelque dénomination que ce puisse être.”

de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra.” Da Magna Carta o princípio passou a ser adotado por outras legislações, como no *Établissement et Coutume de Normandie* e ainda nos textos constitucionais da Revolução Francesa²⁷⁵.

Conforme esclarece GRINOVER, a previsão expressa na Magna Carta deve ser entendida de acordo com o sistema de administração da justiça à época. Vigorava, pois, o sistema feudal de justiça, que consistia basicamente na sua distribuição por parte dos proprietários da terra. Com a estatização da justiça, foram surgindo, aos poucos, os juizes itinerantes, que, inicialmente como meros inspetores, passaram a desempenhar, posteriormente, verdadeira função jurisdicional, concorrendo com as Cortes Feudais. Por esta razão, à época da Magna Carta ainda não se justificava a garantia contra os juízos extraordinários, pois não havia uma consistência tal que reclamasse tal medida. O que se assegurava era, sem dúvida, o julgamento “pelos seus pares”, dentro do próprio sistema jurisdicional feudal²⁷⁶.

²⁷⁵ O artigo 4, capítulo 5, título III, da Constituição de 3 de setembro de 1791 assegurava que “les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne par aucune commission, ni par d’autres attributions et évocations que celles qui sont déterminées par les lois.”

²⁷⁶ GRINOVER, O Princípio..., obra citada, p. 12.

O princípio do juiz natural sob o enfoque de garantia de proibição de juízos extraordinários tem a sua origem na “*Petition of Rights*”, de 1627²⁷⁷, e no “*Bill of Rights*”, de 1688. Neste, foi disposto que a comissão que instituiu a corte dos comissários era ilegal e nociva, não se justificando sua existência, tendo em vista que o processo de estatização da justiça já estava totalmente consolidado. Nestas duas cartas é que o princípio do juiz natural assume definitivamente a dimensão atual, proibindo juízos *ex post facto* e ainda juizes extraordinários²⁷⁸.

Já o Constitucionalismo norte-americano buscou o fundamento do princípio diretamente na Magna Carta de João Sem Terra, principalmente nos artigos 21 e 39, bem como no artigo 20, no tocante à alusão aos “homens da vizinhança”. Assim, no dizer de GRINOVER, desenvolve-se em solo americano não só a exigência do *iudicium parium suorum*, mas também a garantia da necessidade de que o órgão julgador seja formado por pessoas “da vizinhança.”²⁷⁹ Para o direito norte-americano, diferentemente dos textos ingleses do Século XVII, a questão essencial não diz respeito à proibição de

²⁷⁷ A comissão régia havia se degenerado a um ponto insuportável, fazendo com que o citado documento, após ponderar a necessidade de respeito às liberdades e garantias conquistadas ao longo dos anos, chegasse a afirmar que “(...) entretanto, nestes últimos tempos foram expedidas diversas incumbências sob o grande selo de Vossa Majestade pelas quais certas pessoas foram nomeadas comissários com poder e autoridade para procederem dentro da terra conforme a justiça da lei marcial, contra soldados e marinheiros, ou pessoas dissolutas que a eles se reunissem, que cometessem qualquer assassinato, roubo, crime grave, motim ou outra qualquer infração ou delito, e por meio de processo sumário e ordem de conformidade com a lei marcial e segundo se faz uso nos exércitos em tempo de guerra, promovessem o julgamento e a condenação de tais criminosos, e os fizessem executar e morrer de acordo com a lei marcial.”

²⁷⁸ A respeito v. GRINOVER, O princípio..., obra citada., p. 12-13.

²⁷⁹ Ibid., p. 14.

juizes extraordinários *post facto*, mas, sim, à garantia da existência de um juízo e à inderrogabilidade da competência, que não é vista como mero critério de organização do Judiciário, mas sim como garantia da imparcialidade do juiz²⁸⁰.

É, efetivamente, com o pensamento iluminista e com a Revolução Francesa que o princípio ganha uma estruturação maior, visto que com essa foram suprimidas as justiças senhoriais e todos passaram a ser julgados pelos mesmos tribunais, extinguindo-se o foro privilegiado, afastando a criação de tribunais de exceção, denominados *ad hoc* ou *post factum*²⁸¹.

Com o constitucionalismo francês, o princípio ganha garantia tríplice, visto que tanto a Lei de 24 de agosto de 1790 como a própria Constituição de 1791 proíbem expressamente a subtração do julgamento pelos juizes naturais através de comissões, outras atribuições ou evocações.

A comissão compreendia a instituição de órgãos jurisdicionais sucessivos ao crime, estranhos à organização judiciária e não previstos em lei. Em síntese, eram juízos extraordinários, *ex post facto*. Já a evocação dizia respeito à possibilidade de designação de órgão julgador pertencente à organização judiciária diverso do previsto em lei, por ordem do soberano e posterior ao crime. Atualmente, tal instituto é conhecido ou assemelha-se à derrogação de competência. Por fim, o poder de atribuição – este de origem incontestavelmente francesa, enquanto os dois primeiros

²⁸⁰ A Emenda VI, de 1791, prescreve que “em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento pronto e público por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime tiver sido cometido, distrito previamente determinado por lei.”, erigindo a competência territorial em princípio constitucional. Aqui reside, segundo GRINOVER, a originalidade do constitucionalismo americano (Id.).

²⁸¹ Neste sentido v. MIRANDA COUTINHO, Introdução..., obra citada, p. 05.

respectivamente no direito inglês e americano, - dizia respeito à possibilidade de atribuição de competência relativa a certas matérias, previamente à ocorrência do crime, correspondendo aos atuais juízos especiais.

Posteriormente, o próprio constitucionalismo francês se encarregou de fazer desaparecer da legislação a proibição dos juízos especiais²⁸². Retornou-se, pois, ao sentido clássico do princípio, qual seja, a proibição de juízos *ex post facto*, fazendo com que o sistema francês adotasse essa única garantia como expressão do princípio.

Sob clara influência do constitucionalismo francês, a legislação italiana, através do Estatuto Albertino²⁸³, adotou o princípio nos moldes daquele, com a única proibição de criação de tribunais extraordinários. Atualmente, entretanto, a Constituição vigente separou a proibição da subtração do juiz natural do impedimento de criação de tribunais extraordinários²⁸⁴.

Superando discussões doutrinárias surgidas com a interpretação dos dois artigos constitucionais, a jurisprudência italiana acabou decidindo e firmando posição no

²⁸² O artigo 4.º, do Capítulo II, da Constituição de 1848 prescrevia: "Ninguém será subtraído de seus juizes naturais. Não poderão ser criadas comissões ou tribunais extraordinários a qualquer título e sob qualquer denominação."

²⁸³ Artigo 71. "Ninguém pode ser subtraído de seus juizes naturais. Não poderão, portanto, ser instituídos tribunais ou comissões extraordinárias."

²⁸⁴ Artigo 25, *caput*: "Ninguém pode ser subtraído do juiz natural pré-constituído por lei." Já o artigo 102 prescreve: "A função jurisdicional é exercida pelos magistrados ordinários instituídos e regulados pelas normas de organização judiciária. Não podem ser instituídos juizes extraordinários ou juizes especiais. Podem somente instituir-se, junto aos órgãos jurisdicionais ordinários, seções especializadas para determinadas matérias, mesmo com a participação de cidadãos idôneos, estranhos à magistratura. A lei regula os casos e as formas de participação direta do povo na administração da justiça."

sentido de que existem duas questões distintas: primeiro, que o juiz deve ser instituído antes do fato a ser julgado; segundo: que não se pode criar competência especial *ex post facto*, nem mesmo para o juiz já instituído. A prévia constituição do juízo também tutela a determinação da competência²⁸⁵.

No direito brasileiro, sempre houve a previsão do juiz natural, garantindo pelas constituições, em seu duplo aspecto, quais sejam: a proibição de juízos extraordinários *ex post facto* e a proibição de transferência de uma causa para outro tribunal. Não se proibia, entretanto, o poder de atribuição, isto é, possibilitava-se a instituição de juízos especiais pré-constituídos, de acordo com a Constituição Imperial de 1824²⁸⁶.

A Constituição Republicana de 1891 acompanhou a anterior, sem, contudo, fazer referência à proibição de juízos extraordinários²⁸⁷. Já a Carta de 1934 teve redação mais abrangente²⁸⁸. No tocante à garantia do juiz competente ampliou a redação das cartas precedentes, acrescentando a expressão “ninguém será processado, nem sentenciado...”, enquanto que as anteriores se referiam apenas a que “ninguém será sentenciado...”²⁸⁹.

²⁸⁵ Neste sentido v. GRINOVER, O Princípio..., obra citada, p. 17.

²⁸⁶ Artigo 179, XVII: “À exceção das causas que por sua natureza pertençam a juízos especiais, não haverá foro privilegiado nem comissões especiais nas causas cíveis ou criminais.” E o artigo 149, II, assim prescrevia: “Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior e na forma por ela estabelecida.”

²⁸⁷ Artigo 72, § 23: “À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a juízos especiais, não haverá foro privilegiado.” E o § 15 do mesmo artigo: “Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela estabelecida.”

²⁸⁸ Artigo 113, 25: “Não haverá foro privilegiado, nem tribunais de exceção; admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas.”

²⁸⁹ Constituição de 1934, artigo 113, 26.

Durante o período do Estado Novo, a Constituição de 1937, de orientação ditatorial, omitiu o princípio, que voltou a ser previsto na Carta de 1946, no seu duplo aspecto²⁹⁰. Posteriormente, a Constituição de 1967 e a Emenda 1, de 1969, inseriram o princípio tão-somente como garantia de impedimento de foro privilegiado ou tribunais de exceção²⁹¹, não fazendo menção à garantia explícita do juiz competente.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 garante o princípio em seu duplo aspecto²⁹². O fato da Carta em vigor prevê-lo em dois incisos distintos tem um significado especial. O constituinte brasileiro não o tratou de uma forma geral justamente para poder inserir e explicitar a questão referente à competência, superando a discussão²⁹³.

Com base na sua evolução histórica, o princípio, em sua expressão ampla, pode ser definido como portador de tríplice garantia, quais sejam: a) somente os órgãos

²⁹⁰ Artigo 141, § 26: "Não haverá foro privilegiado, nem juízos e tribunais de exceção." E o § 27 assim dispunha: "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior." Destaque-se ainda o artigo 141, § 4, que prescrevia: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."

²⁹¹ Artigo 150 da Constituição de 1967: "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 15: A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção." O Artigo 153, § 15, EC n.º 1, de 1969 manteve a mesma redação da Carta anterior.

²⁹² Artigo 5.º, XXXVII: "Não haverá juízo ou tribunal de exceção." E no inciso LIII: "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente."

²⁹³ Com acerto, BINDER expõe que um sentido garantidor de se compreender o conceito de juiz natural radica na questão que a exclusiva determinação legal da competência advém do princípio, enfocando ainda que a competência deve vir delimitada na Constituição e regulamentada pelo legislador ordinário, sempre dentro dos limites por aquela impostos. (*Introducción...*, obra citada, p. 142-148).

instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição; b) ninguém pode ser processado e julgado por órgão instituído após o fato; c) há uma ordem taxativa de competência entre os juizes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja²⁹⁴.

O princípio em apreço não pode ser visto, atualmente, como um atributo do juiz, mas sim como um pressuposto para a sua própria existência, tendo em conta que a imparcialidade é hoje um atributo essencial da função jurisdicional. Aliás, o princípio não é mais visto dentro de um conceito individualista de garantia da parte, mas sim como elemento essencial da jurisdição, sem o qual a função a função desta se torna impossível²⁹⁵. Mais do que expressão da imparcialidade do julgador, o princípio do juiz natural é expressão também, segundo MIRANDA COUTINHO, do princípio da isonomia²⁹⁶.

Imprescindível ainda ser destacada a lição de BINDER, quando afirma que a compreensão do princípio em estudo perpassa pela necessidade de se levar em conta que ele busca evitar toda possibilidade de manipulação política do juízo e garantir que esse seja essencialmente imparcial. Como o processo penal constitui a legitimação de uma decisão de força por parte do Estado – até porque restringe os direitos e garantias fundamentais, - necessária a imparcialidade do juízo para legitimá-la e fazer com que o

²⁹⁴ Neste sentido, FERNANDES, A. S. *Princípios e Garantias Processuais Penais em 10 Anos de Constituição Federal. Os 10 Anos da Constituição Federal*, [coord. Alexandre de Moraes], São Paulo : Atlas, 1999, p. 203.

²⁹⁵ Neste sentido v. GRINOVER, *O Princípio...*, obra citada, p. 11.

²⁹⁶ MIRANDA COUTINHO, *Introdução...*, obra citada, p. 05.

cidadão perceba a legitimidade do ato²⁹⁷.

Com relação ao princípio do juiz natural em matéria penal, ninguém melhor do que FIGUEIREDO DIAS para definir a sua essência, quando afirma que através desse princípio “...se procura sancionar, de forma expressa, o *direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como competente por lei anterior, e não ad hoc criado ou tido como competente.*”²⁹⁸

Estabelece ainda o autor português que o princípio possui um tríplice significado, isto é,

a) Ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da *fonte*: só a *lei* pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência. b) Em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência *temporal*, através deste afirmando um princípio de *irretroactividade*: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo. c) Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de *competência*, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente.”²⁹⁹

A tendência atual é enfocar o princípio centrado em bases fortes. Busca-se uma visão mais aprofundada, analisando-se um segundo aspecto do juiz natural, que é o juiz constitucional. Como afirma PORTANOVA, “por isso, entende-se que só a Constituição

²⁹⁷ BINDER, *Introducción...*, obra citada, p. 141.

²⁹⁸ FIGUEIREDO DIAS, J. de. **Direito Processual Penal**. V. I. Coimbra : Coimbra Editora, 1981, p. 322. (grifos no original).

²⁹⁹ Id.

deva ser a fonte para fixar o juiz natural.”³⁰⁰ Frise-se, ainda, que só é juiz o órgão do Estado investido de jurisdição. Em verdade, há que se ressaltar que ninguém pode ser subtraído de seu juiz constitucional, pois no direito brasileiro somente se considera juiz natural ou autoridade competente o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais³⁰¹.

O princípio do juiz natural é garantia e elemento essencial da própria jurisdição. Não é possível se compreender que as causas criminais possam ser julgadas por juizes nomeados arbitrariamente, *post factum*, sem que haja uma prévia determinação do juízo competente para conhecer determinado caso. É direito sagrado do cidadão não só saber previamente quais são as condutas criminosas, mas, também, saber por quem será processado e julgado se vier a lhe ser imputada a prática de algum delito³⁰².

Necessário realçar ainda, que o sistema constitucional brasileiro abrigou a possibilidade de criação de justiças especializadas, sem que isso venha a ferir o princípio em questão. Os juízos especializados são especiais, orgânicos, pré-constituídos e integrantes do Poder Judiciário, ocorrendo nesses casos uma prévia distribuição de competências, não se confundindo com tribunais de exceção, porque, ao

³⁰⁰ PORTANOVA, **Princípios...**, obra citada, p. 65.

³⁰¹ Neste sentido v. a lição de MARQUES, J. F. Verbete “juiz natural”. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v. 46, p. 447.

³⁰² Exemplo claro de desrespeito ao princípio em questão ocorreu no Estado do Paraná quando, através de portaria, o Presidente do Tribunal de Justiça criou o projeto “Paraná sentença em dia”, onde os processos em fase de julgamento eram distribuídos (sem se saber através de qual critério) a juizes de comarcas diversas daquela onde estava sendo processado o feito, para simples prolatação de sentença. Por óbvio, portaria não pode modificar a competência. Mesmo que a atitude fosse tomada através de lei, também assim feriria o princípio, por infringir a questão temporal, isto é, a determinação do juízo competente não foi anterior ao fato.

contrário desses, são juízos permanentes e orgânicos, aplicando o direito de forma indistinta a todos os casos de determinada matéria ou que envolvam determinadas pessoas.

Por fim, uma última questão deve ser levantada e analisada. Refere-se ela à reorganização da competência do Poder Judiciário, especialmente com a extinção ou criação de novas comarcas e o conseqüente envio dos processos em andamento para essa última. Questiona-se se há ou não ofensa ao princípio do juiz natural. O posicionamento atual entende que não há ferimento ao princípio, devendo o feito tramitar na nova vara ou comarca, tendo em conta que a lei processual aplicar-se-á desde logo, a teor do contido no artigo 2.º do Código de Processo Penal. Entretanto, há que se frisar que somente o caso concreto poderá trazer os subsídios necessários para se poder afirmar se o feito deve ou não ser processado e julgado pelo novo juízo.

Toda vez que a troca de competência trazer uma diminuição no direito de defesa ou for prejudicial para a situação processual do acusado ou ainda afetar a compreensão do caso pelo julgador, com certeza haverá ofensa ao princípio do juiz natural, não podendo ocorrer a mudança, com a necessidade de manutenção da competência anterior.

BINDER leciona com inteira razão que “em princípio, deveria se aceitar a idéia de que as mudanças de competência geral devem respeitar a competência determinada previamente e que só devem reger para o futuro; isto é, que não tenham aplicação retroativa, salvo quando se pode comprovar facilmente que tal mudança de

competência geral não provoca nenhum tipo de prejuízo ao imputado.”³⁰³

Em síntese, indubitosa é a importância do princípio, pois “a garantia constitucional do juiz natural reflete, assim, a preocupação de não se permitir uma justiça de exceção ou privilégios, proibindo-se a criação de juízos para julgar casos específicos ou determinadas pessoas.”³⁰⁴

4.3.1. O princípio da identidade física do juiz

Outro ponto que merece atenção ao se tratar do juiz natural é o referente ao princípio da identidade física do juiz. Por óbvio, não há que se confundir juiz natural e identidade física do juiz, visto que esse quer significar a vinculação da pessoa do juiz ao processo.

Infelizmente, ao contrário do ocorre no processo civil³⁰⁵, tradicionalmente no

³⁰³ “En principio, habría que aceptar la idea de que los cambios de competencia general deben respetar la competencia asignada previamente y que sólo deben regir para el futuro; es decir, que no tienen aplicación retroactiva, salvo cuando se pueda comprobar fehacientemente que tal cambio de competencia general no provoca ningún tipo de perjuicio para el imputado.” (BINDER, *Introducción...*, obra citada, p. 145).

³⁰⁴ VASCONCELOS, R. de C. C. de. Breves Anotações sobre o Princípio do Juiz Natural. *Revista Verba Iuris*, ano III, n.º 1, Curitiba : Editora Champagnat / PUCPR, 2000, p. 14.

³⁰⁵ Código de Processo Civil, artigo 132: “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.”

processo penal não vigora o princípio da identidade física do juiz³⁰⁶. Entretanto, não é razoável que num mesmo feito atuem vários juizes, como é comum ocorrer. A busca da verdade processual, dentro dos limites impostos e naturais, só é possível se a instrução criminal for presidida por um mesmo juiz, que terá então condições de analisar diretamente as provas colhidas, isto é, o próprio juiz que realiza a instrução julga o feito, pois há diferença entre participar da colheita da prova e simplesmente fazer uma leitura da transcrição da prova anteriormente obtida.

Merece ser destacado, ainda, que a identidade física do juiz é uma decorrência do devido processo, através da garantia do juiz natural, não tendo a falta de enunciação expressa pela legislação infraconstitucional o condão de torná-la inexigível no sistema acusatório adotado pelo ordenamento pátrio. Com efeito, preciosa a lição de GERALDO PRADO quando afirma que

...o árbitro tem o poder de decidir a causa, de condenar ou absolver o réu. Quando o juiz inicia sua atividade no processo, não apenas regula a participação das partes mas torna-se o destinatário de todas as informações relevantes que as partes levam ao

³⁰⁶ Questão que chegou a ser ventilada pela doutrina e com manifestação da jurisprudência diz respeito à aplicação do princípio no caso do procedimento sumário em sentido estrito (CPP, artigo 538). Defendendo a vinculação do juiz ao processo: MAGALHÃES NORONHA, E. **Curso de Direito Processual Penal**, 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1971, p. 307; FREDERICO MARQUES, J. que mudou sua posição, pois anteriormente era contrário à incidência do princípio (**Elementos...**, obra citada, p. 119-120). Na edição de 1997, entretanto, o autor nada comenta a esse respeito. Contrário à vinculação do juiz: MIRABETE, J. F. **Código de Processo Penal Interpretado**. 4. ed. São Paulo : Atlas, 1996, p. 614. No mesmo sentido: RAMOS, J. G. G. **Audiência Processual Penal**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996, p. 383-385. Na jurisprudência, encontrava-se posição favorável do STF, em voto do Ministro Evandro Lins e Silva. Posteriormente, a posição mudou para a não vinculação: RTJ 53/652; JSTJ 20/455; RT 668/277. A favor da vinculação: TARS na JTAERGS 58/128-9.

processo, ou seja, as partes produzem prova para aquele juiz, a quem tentam convencer. As partes acreditam que a partir das provas e dos seus argumentos formarão a convicção do juiz, ou pelo menos contribuirão na elaboração da convicção do juiz, de modo que a decisão do juiz vá ao encontro do interesse das partes³⁰⁷.

Quando o artigo 20 da Magna Carta versava sobre os *homens honestos da vizinhança* queria significar a necessidade de julgamento por homens que estivessem inseridos no contexto histórico-cultural da comunidade à qual pertenciam as partes, ou seja, acusado e acusador. Mais importante do que a questão jurídica em debate, primava-se pela tentativa de compreensão do fato e do homem dentro do grupo social que pertencia³⁰⁸.

Com o passar do tempo e principalmente na Idade Média, no apogeu da cultura inquisitorial, o direito processual penal acabou tendo como função hegemônica tornar efetivo o direito penal, isto é, passou-se a perseguir a idéia da necessidade de punição para cada crime cometido, perdendo-se assim a possibilidade de se apreender a realidade na qual estava inserido o acusado, a vítima e os demais sujeitos processuais. Esta concepção, infelizmente, acaba ainda vigorando nos dias atuais, através de

³⁰⁷ PRADO, G. Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal Brasileiro: Visão a Partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em Homenagem às Idéias de Julio B. J. Maier. **Direito Penal e Processual Penal**. Uma visão Garantista. [org. Gilson Bonato], Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 109.

³⁰⁸ Neste sentido v. BINDER: "No debemos olvidar que, en la vida feudal, el Derecho está fraccionado en multitud de costumbres propias de cada señorío, de cada feudo, de cada comunidad. Por lo tanto, para que un juez fuera respetado por una comunidad, debía conocer la vida, las características y las costumbres de ese pueblo, puesto que ésa era la fuente principal del derecho." (**Introducción...**, obra citada, p. 142).

instituições e operadores jurídicos³⁰⁹.

O princípio do juiz natural tem efetivamente, além de uma dimensão formal, uma dimensão substancial e é a esta que se liga necessariamente a questão da identidade física do julgador. Somente terá eficácia plena o princípio do juiz natural se o julgador que prolatar a decisão final, condenando ou absolvendo, tiver participado do interrogatório do acusado, da colheita da prova testemunhal, dos debates... enfim, de todos os atos da instrução³¹⁰.

Com razão, esclarece MAIER que “de fato, a única condição de validade do julgamento não se refere, precisamente, a que o tribunal esteja integrado com as mesmas pessoas físicas que o compunham na época do fato, mas, contrariamente, satisfaz-se em estabelecer que os juizes que julgam sejam os mesmos que presenciaram o debate, mesmo que não se trate das mesmas pessoas que integram o tribunal no momento do fato”.³¹¹

³⁰⁹ Neste sentido v. GERALDO PRADO, *Duplo Grau...*, obra citada, p. 109-110.

³¹⁰ Destaque-se neste aspecto a lição de GERALDO PRADO, que entende que a identidade física do juiz é categoria jurídica que deve ser analisada não no campo dos procedimentos, mas como incorporada ao princípio do juiz natural, sendo deste um subprincípio: “A verdade processual ou forense, fruto da atividade probatória das partes, realçada pelos argumentos da acusação e da defesa, em um processo contraditório no qual os sujeitos parciais de fato tenham podido dispor de paridade de armas e igualdade de tratamento e no qual, ainda, não sejam admitidas provas ilícitas, assegura ao juiz legitimidade à medida que a sentença estiver vinculada ao valor de verdade. E este valor de verdade se realiza integralmente apenas se o princípio da identidade física do juiz for respeitado.” (Ibid., p. 111).

³¹¹ “En efecto, la única condición de validez del fallo no se refiere, precisamente, a que el tribunal esté integrado con las mismas personas físicas que lo componían a la época del hecho, sino, contrariamente, se satisface con establecer que los jueces que fallan sean los mismos que presenciaron el debate, aunque no se trate de las mismas personas que integraban el tribunal al momento del hecho.” (MAIER, *Derecho...*, obra citada, p. 497).

Necessário, assim, que os procedimentos processuais penais ganhem uma reformulação, pois da forma como previstos atualmente não possibilitam uma aproximação e acompanhamento da causa pelo juiz, tendo em vista as inúmeras audiências existentes e o grande lapso temporal que as separa costumeiramente. Neste aspecto, a concentração de determinados atos, e isto está sendo objeto da reforma do código, poderá fazer com que o julgador possa colher a prova e julgar o caso estando a ele vinculado, cumprindo outra função necessária ao processo, que é a prestação jurisdicional eficaz dentro de um prazo razoável.

Entretanto, há que se considerar também que se, por um lado, a oralidade no processo é um reclame fundamentado, por outro, há que se oportunizar às partes uma efetiva produção probatória, que muitas vezes perpassa pela necessidade de elaboração de peças escritas e fundamentadas, tendo em vista principalmente o fato de que as alegações finais ou debates orais a serem realizados no encerramento da instrução devem ser efetivos, com a análise completa do caso penal, para que haja uma efetiva ou ampla defesa, no seu verdadeiro aspecto substancial. Em síntese, a colheita da prova, principalmente a testemunhal, deve ser concentrada e produzida oralmente, mas a defesa técnica deve ser efetiva e, dependendo da complexidade do caso, escrita.

Há que se frisar ainda a necessidade de estipulação de regras de designação e substituição dos juizes. O modo de substituição do magistrado ante a superveniência de férias, promoções, afastamento, impedimento, suspeição e outros fatores deve ser previsto anteriormente, através de medida competente, a fim de evitar substituições

arbitrárias ou esvaziadas de qualquer critério anteriormente definido.

Por fim, destaque-se que o respeito ao princípio do juiz natural exige que haja um julgamento integral do caso e este somente será possível e razoável se houver a vinculação do mesmo julgador a todos os atos do processo, sempre que possível, pois, como esclarece BINDER, a justiça penal é um poder eminentemente personalizado, pensado para ser desenvolvido a partir de determinadas pessoas. As estruturas burocráticas não exercem o poder penal, mas este somente pode ser exercido por pessoas concretas. Portanto, de forma alguma é possível se sustentar um critério despersonalizado do juiz natural.³¹²

4.3.3.2. O princípio do promotor natural

O princípio em apreço tem sido objeto de discussão e de polêmica entre os doutrinadores, sendo questionada a própria possibilidade de sua vigência e existência no ordenamento jurídico pátrio.

Inicialmente, cabe contextualizar, de forma sintética, a função que o Ministério Público exerce no processo penal, para, então, verificar a possibilidade de incidência do

³¹² BINDER, *Introducción...*, obra citada, p. 147. Destaque-se, por fim, a posição de MARQUES DA SILVA: "A obediência aos princípios do juiz natural, ampla defesa, contraditório e devido processo legal nos leva à conclusão de que a Constituição Federal promulgada no dia 5 de outubro de 1988, numa análise global e sistemática tornou imperiosa a vinculação do juiz no processo penal, devendo o magistrado que presidir a instrução julgar o feito." (MARQUES DA SILVA, M. A. *A Vinculação do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 60).

princípio em estudo sobre a organização do *parquet*.

O Ministério Público é órgão do Estado, sendo, de acordo, com a Constituição Federal de 1988, uma instituição essencial para o exercício, por parte do Estado, da função jurisdicional. Ao Ministério Público são garantidos, de acordo com a Lei Maior, os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional³¹³, sendo que desse último decorreria o princípio do promotor natural³¹⁴.

Anteriormente, a Constituição de 1967 foi omissa em relação ao princípio, não se referindo sequer ao princípio da independência funcional do Ministério Público, deixando a cargo da Lei Complementar o estabelecimento das normas gerais a serem respeitadas pela instituição³¹⁵. Independente dessa situação, a doutrina sempre acolheu o princípio da independência da instituição, por ser efetivamente dela indissolúvel, não sendo possível a sua concepção sem a independência funcional necessária para a sua atuação.

³¹³ Artigo 127, *caput*: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." Esses mesmos princípios estão também previstos no artigo 1.º, § único, da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público): "são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional."

³¹⁴ Artigo 127, parágrafo primeiro: "São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional." A expressão promotor natural deve ser entendida em sentido amplo, designando o órgão do Ministério Público investido na qualidade para atuar no processo.

³¹⁵ Apesar de não nominar o princípio, a Constituição de 1967 prescrevia no artigo 95 que o ingresso na carreira se daria através de concurso de provas e títulos, enquanto o artigo 96 determinava que, por lei, os Ministérios Públicos dos Estados seriam organizados em carreira, estabelecendo ainda a proibição de remoção de membro do Ministério Público, a não ser mediante representação fundamentada do Procurador Geral. Isso mostra a presença do princípio na citada Carta, mesmo que não expressamente.

Além do mais, pelo exame do princípio constitucional da isonomia – previsto no artigo 153, § 1.º da Constituição de 1967 –, verificava-se a exigência da existência do equilíbrio e da igualdade processual entre as partes, mormente no âmbito penal, o que levava à conclusão da necessidade de atuação do promotor que fosse natural, legal ou normal. Além disso, a proibição constitucional de tribunais de exceção estendia-se ao promotor de exceção, pois os órgãos públicos que intervêm no processo devem ser naturais, a fim de efetivar e fazer valer em sua plenitude o princípio constitucional em estudo³¹⁶.

Tida como o princípio maior da instituição, a independência funcional significa a possibilidade de o promotor ou procurador ter o direito de officiar livre e fundamentadamente de acordo com a sua consciência e a lei, não estando subordinado ou restrito a obedecer orientações de quem quer que seja³¹⁷.

O princípio da independência funcional é garantia constitucional que incide não somente sobre os membros da instituição em questão, como também e principalmente sobre toda a sociedade, pois garante e assegura a todos que nenhum promotor poderá ser nomeado, indicado ou escolhido arbitrariamente, por qualquer poder ou autoridade que seja, para atuar em determinada causa, mas deverá ter suas atribuições definidas

³¹⁶ Esta é a análise de CARNEIRO, P. C. P. **O Ministério Público no Processo Civil e Penal**. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro : Forense, 2001, p. 49-51. Cabe destacar a seguinte passagem: "O devido 'processo legal' exige que as diversas funções cometidas a órgãos do Estado que dele participam se façam necessariamente através das autoridades que tenham atribuição e competência para este fim. Assim, a acusação deve ser feita pela autoridade com atribuição legal para aquele processo específico, enquanto o julgamento exige juiz com competência predeterminada em lei." (Ibid., p. 50-51).

³¹⁷ Ibid., p. 43.

anteriormente ao caso³¹⁸, evitando nomeações *ad-hoc* ou *post facto*.

O cumprimento da árdua tarefa imposta pela Constituição de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e indisponíveis somente será possível se cada órgão da instituição tiver suas atribuições fixadas anteriormente em lei e cada agente ministerial ocupar legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, oficiando nos processos que lhe são atribuídos³¹⁹. As exceções deverão estar expressas anteriormente em lei, sendo vedado também o exercício das funções por pessoas estranhas ao quadro funcional da instituição³²⁰.

É certo que nem a Constituição Federal e nem o Código de Processo Penal³²¹ dispensaram tratamento rígido ao disciplinar a atuação do órgão ministerial, principalmente nos casos criminais. Entretanto, essa ausência de disciplina não pode

³¹⁸ Hugo Nigro Mazzilli, referindo-se aos princípios da unidade e indivisibilidade, existentes no Ministério Público, ensina que o primeiro significa que a instituição é um único órgão com uma só chefia exercendo uma mesma função, enquanto que o segundo quer significar "que os membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, mas na forma prevista na lei." (O Ministério Público no Processo Penal. **Revista Justitia**. v. 95. Ano 38. 4.º trimestre de 1976, p. 175-179).

³¹⁹ Neste sentido, destaque-se a correta lição de MAZZILLI ao afirmar que "há relevante razão de moralidade administrativa, interesse de ordem pública, em garantir ao promotor o exercício de suas funções." (Id).

³²⁰ A referência a pessoas estranhas à instituição quer significar a impossibilidade de nomeação de pessoas estranhas para a função de promotor *ad-hoc*, pois o princípio em estudo fundamenta-se inicialmente na necessidade da prévia investidura do agente no cargo, na forma prevista pela Constituição Federal, estando revogado o artigo 448 do Código de Processo Penal na parte que diz respeito ao promotor *ad-hoc*, pois a este faltaria não atribuição mas qualidade para estar em juízo.

³²¹ A Constituição Federal de 1988 disciplina sobre o Ministério Público nos artigos 127 a 130. Já o Código de Processo Penal trata do órgão somente em dois artigos (257 e 258) e ainda apenas para prescrever que a ele compete a promoção e fiscalização da execução da lei e também para regular a suspeição e impedimentos de seus membros.

levar a crer que o princípio do promotor natural não tenha incidência no sistema brasileiro. Neste aspecto é pertinente a crítica trazida por HAMILTON ao afirmar que “a ausência de uma disciplina legal rígida faz com que muitos autores não meditem, sequer, no assunto, com isso fazendo crer que a intervenção do Ministério Público nos feitos criminais possa efetivar-se de forma indiscriminada e sem qualquer disciplina jurídica.”³²²

Para cada caso penal há, sem dúvida, um promotor natural para atuar, devendo ser aquele que tenha *atribuição* para officiar no feito. Isto é, somente o órgão do Ministério Público com atribuição é que poderá exercer as funções ministeriais em determinado procedimento. A atribuição será sempre fixada pelo Procurador-Geral, nos limites da lei³²³.

Portanto, da mesma forma que ocorre com a competência no Poder Judiciário, também o Ministério Público deve ter critérios de atribuição estabelecidos antes do fato, a fim de evitar nomeações posteriores que possam parecer muito mais políticas do que jurídicas. NERY JÚNIOR esclarece, com acerto, que “estão vedadas as designações discricionárias de promotores *ad hoc* pelo procurador-geral de justiça, feitas a pretexto

³²² HAMILTON, S. D. Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal. **Revista Forense**. v. 269. Ano 76. Jan. Fev. Mar. 1980, p. 157-161.

³²³ Neste ponto, é preciosa a lição de Afrânio Silva Jardim: “...o ‘devido processo legal’.... não se compraz com o instituto da avocação das atribuições dos órgãos de execução do *Parquet* pelo Procurador-Geral. Primeiro, porque só pode avocar quem tiver atribuição para praticar o ato, sabendo-se que o Procurador-Geral não atua no primeiro grau de jurisdição. Em segundo lugar, porque o poder de avocar está restrito ao desempenho de funções meramente administrativas. Ora, a atuação dos membros do Ministério Público não se reveste desta qualidade, praticando eles atos processuais, seja como parte na relação processual, seja como sujeito interveniente no processo.” (**Direito...**, obra citada, p. 332).

da unidade e chefia da instituição.”³²⁴

SILVA JARDIM, em texto relativo ao devido processo legal, explica que este está diretamente vinculado à depuração do sistema acusatório, especialmente quando este tutela a autonomia e independência do Poder Judiciário e do Ministério Público, esclarecendo a necessidade da consagração do princípio do promotor natural, muito menos no interesse corporativo da instituição e mais no interesse da coletividade, pois

...todos devem ter o direito de não serem acusados por um ‘promotor encomendado’, por um ‘acusador de ocasião’. Quer dizer, o membro do Ministério Público deve atuar processualmente apenas quando lotado em órgão de execução, cuja atribuição esteja prevista na lei de forma genérica e isonômica. Assim, procura-se assegurar a independência do membro do Ministério Público que sabe, de antemão, que não pode ser afastado, direta ou indiretamente, de suas regulares atribuições.³²⁵

4.3.4. O tratamento paritário dos sujeitos processuais

Com relação ao tratamento paritário dos sujeitos processuais, cumpre destacar que citado princípio somente poderá ter efetividade a partir do momento em que os operadores do direito passarem a interpretar o Código de Processo Penal em consonância com a Constituição de 1988.

É de se destacar que, em se tratando de ação penal pública de caráter condenatório, sem dúvida alguma, é o Ministério Público parte processual, isto é, parte

³²⁴ NERY JÚNIOR, **Princípios...**, obra citada, p. 81.

³²⁵ SILVA JARDIM, **Direito...**, obra citada, p. 330-331.

em sentido processual. Desta forma, o tratamento a ser dispensado a este órgão deve ser rigorosamente o mesmo a ser dispensado à defesa, em respeito ao princípio em apreço, como também ao princípio da isonomia.

Neste sentido, é relevante a manifestação de MAZZILLI quando afirma, em relação ao tema em destaque e referindo-se ao Ministério Público, que

...quando inicia a ação, quando produz provas, recorre, etc., é evidentemente parte, no sentido técnico e processual. Sua imparcialidade somente poderia ser compreendida no sentido não técnico, no sentido moral (de objetividade, de serenidade, de fiscalização da lei). Mesmo quando pede a absolvição de um réu (para ser moralmente imparcial), continua sendo parte, no sentido técnico de Manzini (pois continua tendo ônus e faculdades processuais, podendo influir no curso do processo; outro órgão do Ministério Público, que não está vinculado ao pedido de absolvição do primeiro, pode até recorrer)³²⁶.

Há que se entender que a igualdade pretendida significa dar às partes as possibilidades que necessitam para poderem fazer valer os seus direitos, que necessariamente não são idênticos, pois a forma de se exercer a acusação e a defesa é diferente. O importante é que haja o equilíbrio de situações, que é preconizado abstratamente pelo legislador e deve corresponder à realidade processual³²⁷.

De acordo com o pensamento de BASTOS,

O conteúdo da defesa consiste em o réu ter iguais possibilidades às conferidas ao

³²⁶ MAZZILLI, O Ministério..., obra citada, p. 175-179.

³²⁷ Neste sentido v. GRINOVER, A. P. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 7 e LAURIA TUCCI, **Direitos e Garantias...**, obra citada, p. 164.

autor para repelir o que é contra ele associado. Essa igualdade não pode ser absoluta porque autor e réu são coisas diferentes. Uma mesma faculdade conferida a um e a outro poderia redundar em extrema injustiça. A própria posição específica de cada um já lhes confere vantagens e ônus processuais. O autor pode escolher o momento da propositura da ação. Cabe-lhe pois o privilégio da iniciativa, e é óbvio que esse privilégio não pode ser estendido ao réu, que há de acatá-lo e a ele submeter-se. Daí a necessidade de a defesa poder propiciar meios compensatórios da perda da iniciativa. A ampla defesa visa pois a restaurar um princípio de igualdade entre as partes que são essencialmente diferentes³²⁸.

Segundo FERNANDES, “o princípio da igualdade (...) coloca as duas partes em posição de similitude perante o Estado e, no processo, perante o juiz.”³²⁹ Assim, eventuais diferenças trazidas pelo próprio sistema devem ser entendidas não como tratamento desigual, mas sim como meios diferentes para que as partes envolvidas no processo atinjam seus objetivos, ou melhor, possam contribuir para que exista um processo justo.

A título de exemplos, observe-se que se, por um lado, ao indiciado é ofertado o exercício do contraditório apenas de forma diferida, situação que se agrava quando há prisão cautelar – o que demonstra que a desigualdade acaba não sendo evitada –, por outro lado, há que se frisar que ele tem a garantia de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma decisão condenatória; Destaque-se ainda que a revisão criminal é um direito exclusivo do condenado, não havendo revisão *pro*

³²⁸ BASTOS. C. R. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. Artigos 5.º a 17. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 267.

³²⁹ FERNANDES, A. S. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 58.

societate; alguns recursos são exclusivos da defesa e há ainda o instituto do *habeas corpus*. Esses exemplos demonstram a previsão legal de situações em que se privilegia a acusação e, por vezes, a defesa, comprovando que é impossível existir uma paridade de armas no processo penal. O que se busca, em verdade, é uma situação de equilíbrio entre as partes, sendo essencial, nesse aspecto, a figura imparcial do juiz, que tem o dever de zelar principalmente para que as partes possam exercer o contraditório, princípio que segundo MARTINS DA COSTA pode contribuir para a igualdade das partes:

Se por um lado o contraditório não precisa da igualdade entre as partes para existir, por outro ele restaura a igualdade entre os interesses conflitantes perante e para o juiz. O contraditório controla a inquisitividade do juiz e contribui para a imparcialidade. Nesse sentido, embora o contraditório possa acontecer independentemente da igualdade, seu exercício eficaz produz, de forma diversa da paridade de armas, o equilíbrio entre os sujeitos processuais parciais³³⁰.

Tem o julgador um papel relevante na preservação e efetividade da garantia em apreço, visto que “Cabe ao juiz, pois, não só o poder, mas o dever de resguardar o equilíbrio entre as partes, recorrendo, sempre que necessário, aos princípios constitucionais que vêm garantir um processo legal e ágil, em que não possam interferir

³³⁰ MARTINS DA COSTA, P. B. F. **Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 97.

as diferenças básicas entre as pessoas.”³³¹

Se a igualdade substancial é impossível de ser atingida, o que não pode ser admitido, entretanto, é um tratamento desigual aos sujeitos processuais no tocante à prática ou acompanhamento de determinados atos que devam ser cumpridos por ambas as partes. Não se admite haja privilégio para uma delas, em detrimento da outra, em situações análogas.

Uma rápida análise do Código de Processo Penal demonstra que inúmeros artigos trazem um tratamento desigual entre acusação e defesa, casos estes que devem ser analisados a partir dos preceitos constitucionais, com vistas a estabelecer a necessária igualdade de armas entre os sujeitos processuais, para que o processo possa se aproximar da decisão o mais justa possível.

A título exemplificativo, pode ser elencado o artigo 394 do Código de Processo Penal, que prevê, designado o interrogatório, deva ocorrer a notificação do Ministério Público (e, se for o caso, do querelante ou do assistente) para, querendo, comparecer ao ato processual. Ora, se o órgão acusador deve ter ciência do ato, também a defesa deve ser notificada para, querendo, comparecer.

Demonstrativo do inquisitorialismo medieval é também o artigo 501 do citado *Codex*. Segundo o preceituado neste enunciado, os prazos fixados nos dois artigos anteriores (499 e 500) correrão em cartório, independentemente de intimação das

³³¹ BONATO, G.; VASCONCELOS, R. de C. C. de. Aspectos Controvertidos do Contraditório nos Recursos Cíveis. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais**. v. 4., [coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior]. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 509.

partes, exceto em relação ao Ministério Público. Felizmente, muitas decisões têm sido proferidas indicando a necessidade de intimação também da defesa para a prática do ato, inclusive com carga dos autos. Entretanto, o artigo em evidência demonstra a clara desigualdade de tratamento dispensada às partes durante a instrução criminal.

As situações antes enumeradas, que são apenas exemplificativas, demonstram o quanto ainda o processo penal é inquisitório, sem contar as inúmeras situações previstas no Código que dão amplos poderes ao julgador para investigar e produzir provas. Tudo isto demonstra, de forma inequívoca, a necessidade de uma reinterpretação do sistema processual penal à luz dos princípios insculpidos na Constituição da República.

Outro aspecto que merece uma reflexão diz respeito à necessidade de que tanto o órgão acusador como a defesa tenham, por parte do magistrado, o mesmo tratamento. Isto significa que não pode ser concedido nenhum privilégio a qualquer das partes, devendo o julgador analisar com os mesmos critérios as manifestações e pedidos, sem a concessão de qualquer tipo de benefício a quem quer que seja. As regras constitucionais e infraconstitucionais que a essa se adequem devem ser a baliza do magistrado para a condução do processo.

É ilustrativa a lição de DAVID a esse respeito, quando expõe o sistema inglês:

Não há, na Inglaterra, Ministério Público. O processo penal se desenrola como um processo civil; é um processo entre particulares; não é uma luta desigual entre um acusador público, vestindo uma toga de magistrado, sentando-se no mesmo estrado do juiz, tendo relações de amizade com este, e um pobre coitado sobre o qual pesam, desde a origem do processo, as suspeitas. O processo inglês se desenrola entre dois

cidadãos, pouco importando que um deles, o que acusa, exerça a profissão e vista o uniforme de policial; aquele que acusa e aquele que se defende estão, abaixo de um juiz inglês que vai arbitrar suas pretensões adversas, num mesmo plano. A autoridade real, o poder público, não estão em pauta num processo penal³³².

Assim, desempenha o juiz papel relevante na condução do processo e como responsável pela igualdade de oportunidades às partes. Anote-se, nesse sentido, a lição de GOMES FILHO quando explicita que

...ligado à questão da efetividade da defesa, insere-se dentre as garantias essenciais a um processo 'justo' o direito à prova ou, como resumiu Vassalli, 'o direito de defender-se provando', sem o qual a tutela da inocência estaria comprometida; nesse ponto, vale ressaltar o papel ativo do juiz como moderador da enorme desigualdade existente entre o aparato estatal, que dispõe de todos os recursos para a colheita de provas, e o ofício da defesa, geralmente impedido de obter as mais elementares diligências probatórias³³³.

Há que se destacar ainda que o tratamento paritário a ser dado às partes depende umbelicalmente da independência do órgão julgador. Exige-se para o juiz a independência, que pode ser dividida em três dimensões: a) independência externa: o juiz não deve depender de nenhum outro poder do Estado; b) independência interna: o juiz não deve depender de nenhum organismo superior dentro do próprio Poder Judiciário; c) independência burocrática ou administrativa: o juiz deve ser independente em relação à organização administrativa que o cerca, não podendo delegar funções

³³² DAVID, **O Direito...**, obra citada, p. 50.

³³³ GOMES FILHO, **Presunção...**, obra citada, p. 48-49.

que deve exercer pessoalmente³³⁴.

Em verdade, a independência dos juizes não é uma prerrogativa profissional. Os cidadãos, sujeitos passivos da administração da justiça, devem ter a garantia de que a pessoa que vai administrar função de tão graves conseqüências, tal como o poder penal do Estado, vai atuar com total liberdade e não submetido a pressões. É uma garantia em favor dos cidadãos e não dos juizes. Em última análise, todos os mecanismos que existem para preservar a independência nada são frente à própria decisão do juiz. Esse, consciente de sua missão, deve ser o principal guarda e defensor de sua própria independência³³⁵.

4.3.5. A plenitude de defesa e o contraditório

Apesar de serem tratados muitas vezes como princípios ou garantias autônomas, contraditório e ampla defesa caminham juntos, não sendo razoável dissociá-los, pois entre ambos há uma complementariedade muito grande: é

³³⁴ Neste sentido v. BINDER, **Introducción...**, obra citada, p. 150 et seq. O mesmo autor afirma ainda que a justiça é, essencialmente, um poder personalizado, destacando que se deve evitar o risco de que o próprio poder judicial se torne internamente ditatorial. Assevera que “es muy común, inclusive, el ver que los jueces sienten un gran temor respecto de las decisiones de los tribunales de Segunda instancia o de la Corte Suprema. Paralelamente, se desarrolla una verdadera ‘cultura de subordinación’, que atenta contra el concepto mismo de independencia judicial.” (Ibid., p. 151). Consulte-se ainda, CARVALHO, A. B. de. O Juiz e a Jurisprudência – um desabafo crítico! **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. [org. Gilson Bonato]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, no prelo.

³³⁵ Ibid., p. 153.

efetivamente do contraditório que nasce o exercício da defesa e é essa que garante aquele³³⁶.

Neste sentido posiciona-se ALBERTON: "...está ínsita, na ampla defesa, a garantia do exercício do contraditório, visto que não há como conceber processo sem bilateralidade necessária à estrutura dialética do processo. Assim, o princípio da ampla defesa, colocado num plano constitucional, se apresenta como garantia da parte e do próprio exercício da jurisdição."³³⁷

CRETELLA JÚNIOR, nessa mesma linha, leciona que "a regra da 'ampla defesa' abrange a regra do 'contraditório', completando-se os princípios que as informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do estado."³³⁸

Por fim, cite-se BASTOS:

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor³³⁹.

³³⁶ Neste sentido v. GRINOVER A. P.; FERNANDES A. S.; GOMES FILHO A. M. **As Nulidades no Processo Penal**. 3. ed. rev. e aum. 2. tiragem. São Paulo : Malheiros, 1994, p. 68.

³³⁷ ALBERTON, G. da S. Prazo para Interrogatório Face à Ampla Defesa e ao Contraditório. **Estudos de Direito Processual Penal**, [org. Cláudio Paulo Tovo]. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995, p. 96.

³³⁸ CRETELLA JÚNIOR, J. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. V. I – artigo 1.º ao 5.º, I a LXVII. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 3. V., 1992, p. 534.

³³⁹ BASTOS, **Comentários...**, obra citada, p. 266.

No direito brasileiro, os princípios da ampla defesa e do contraditório estiveram presentes nas constituições de 1824,³⁴⁰ 1891³⁴¹, 1937³⁴², 1946³⁴³, 1967³⁴⁴, 1969³⁴⁵, além, é claro, de estarem previstos expressamente na Carta de 1988³⁴⁶, que os uniu em um único dispositivo, diferentemente do direito anterior, onde estavam separados em preceptivos diferentes.

O princípio da plenitude da defesa, também denominado de ampla defesa, ou ainda princípio da mais ampla defesa, tem esta denominação porque, segundo TOVO, o direito natural de defesa não pode sofrer qualquer restrição. Para o citado autor, o princípio é corolário direto do princípio de proteção dos inocentes³⁴⁷.

O direito de defesa cumpre, no processo penal, um papel particular, pois, de um lado, atua de forma conjunta com as demais garantias e, de outro, é a garantia que

³⁴⁰ Artigo 179, 11: "Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita." Artigo 179, 17: L "À exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou crimes."

³⁴¹ Artigo 72, § 16: "Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa."

³⁴² Artigo 122, parte final: "A instrução criminal será contraditória, asseguradas as necessárias garantias de defesa."

³⁴³ Artigo 141, § 25: "É assegurada aos acusados ampla defesa. A instrução penal será contraditória."

³⁴⁴ Artigo 150, § 15, EC n.º 1, de 1969, artigo 153, § 15: "A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes." Artigo 150, § 16: "A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior *quanto ao crime e à pena*, salvo quando agravar a situação do réu."

³⁴⁵ Artigo 153, § 16: "A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, *no relativo ao crime e à pena*, salvo quando agravar a situação do réu."

³⁴⁶ Artigo 5.º, LV: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

³⁴⁷ TOVO, P. C. Introdução à Principiologia do Processo Penal Brasileiro. **Estudos...**, obra citada, p. 14.

torna operativas todas as demais. Por essa razão, segundo BINDER, o direito de defesa não pode ser colocado no mesmo plano que as demais garantias processuais. A inviolabilidade do direito de defesa é a garantia fundamental com que conta o cidadão, porque é o único que permite que as demais garantias tenham uma vigência concreta dentro do processo penal³⁴⁸.

Sendo garantia direta do princípio do devido processo legal, a defesa deve ser a mais ampla possível, conforme bem frisou GRINOVER:

No *due process of law*, o elemento a que se subordina toda a legalidade do procedimento é a efetiva possibilidade da parte de defender-se, de sustentar suas próprias razões, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos. A preocupação principal do juiz americano é assegurar a todos um efetivo contraditório, e em cada espécie concreta à Corte cabe verificar que a oportunidade de defesa tenha sido realmente plena, não permitindo a supressão ou a limitação das provas³⁴⁹.

Cabe destacar que no processo penal a incidência do princípio é diversa dos outros ramos do direito, com diferentes consequências. Isto se dá em razão da maior importância política do processo penal, pela supremacia dos bens ou valores jurídicos que ele põe em jogo³⁵⁰.

A garantia da ampla defesa deve ser interpretada e vista como uma garantia frente ao poder do Estado, representando uma limitação a esse poder. Há que se levar em conta, ainda, que a posição do acusado se constrói a partir dos poderes que a lei

³⁴⁸ BINDER, *Introducción...*, obra citada, p. 155.

³⁴⁹ GRINOVER, *As Garantias Constitucionais...*, obra citada, p. 16-17.

³⁵⁰ Ver por todos: MAIER, *Derecho...*, obra citada, p. 305.

outorga ao órgão acusador – estatal que o é, por via de regra - para cumprir sua função de perseguir penalmente. A lei deve garantir ao acusado direitos suficientes para poder resistir a essa persecução, pois a defesa é inviolável.

O direito de defesa do acusado compreende, segundo MAIER, as seguintes prerrogativas: a) a faculdade de ser ouvido; b) a faculdade de controlar a carga de prova que poderá ser utilizada na sentença; c) a faculdade de provar os fatos que o próprio imputado invoca para excluir ou atenuar a reação penal; d) a faculdade de valorar a prova produzida e expor as razões, de fato e de direito, para obter uma sentença favorável segundo sua posição, que exclua ou atenua a aplicação do poder penal estatal³⁵¹.

Questão controversa diz respeito ao momento em que a ampla defesa deve ser exercida. Tradicionalmente, em razão do caráter inquisitivo da investigação preliminar existente no sistema brasileiro e ainda tendo em conta que dela não advém qualquer sanção – idéia essa que efetivamente não corresponde à realidade -, tem-se entendido que o princípio em estudo não possui aplicabilidade nessa fase³⁵².

Entretanto, considerando-se que os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana emanam diretamente da Constituição e toda restrição e eles importa em pesado ônus, muito mais quando não há ainda condenação definitiva, há que se esclarecer que ditas garantias devem ser exercidas desde o momento em que a pessoa passa a correr o risco em sua segurança individual em relação ao poder penal estatal.

³⁵¹ Ibid., p. 311. Neste mesmo sentido é a lição de MARICONDE, A. V. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Tomo II, Cap. V, 1, Buenos Aires : Editorial Lerner, 1969, p. 204-205.

³⁵² Ver, por todos: MARQUES, **Elementos...**, obra citada, p. 83 et seq.

Todas as faculdades tendentes a possibilitar a resistência a esse poder penal devem ser exercidas. O fato da investigação ter caráter inquisitivo não pode cercear o investigado de defender os seus direitos fundamentais, principalmente o de permanecer em liberdade³⁵³.

Mais. Tendo em vista que as possibilidades de afetação das garantias processuais se dão primordialmente na etapa investigatória, é exatamente nesse momento que a defesa deve ser intensamente exercida. Não obstante ser a etapa judicial o momento privilegiado para o exercício da defesa, não se pode descuidar do fato de que a prova realmente é produzida quando da investigação pré-processual. O argumento de que as provas que embasarão uma condenação poderão ser somente aquelas produzidas em juízo deve ser analisado com cautela, visto que inúmeras delas são apenas reproduzidas ou ratificadas em juízo. Por essa razão, a necessidade de se alargar o direito de defesa, estendendo-o à fase pré-processual. Além disso, não se deve olvidar que inúmeros processos sequer seriam instaurados se tivesse ocorrido uma defesa anterior, que demonstraria a inexistência de condições para o processamento do feito.

Frise-se ainda que, por evidente, o exercício da defesa não poderá interferir nas investigações necessárias ao esclarecimento do caso. É possível que investigação e exercício da defesa caminhem juntas, pois esta deverá ser utilizada para garantir os

³⁵³ BINDER esclarece que equivocadamente algumas legislações e doutrinas têm entendido que o direito de defesa se adquire somente quando a imputação ganha certo grau de verossimilhança. Entretanto, "el derecho de defensa está relacionado con la existencia de una imputación, y no con el grado de formalización de la imputación. Al contrario: cuanto menor es el grado de formalización de la imputación, mayor es la necesidad de defensa." (**Introducción...**, obra citada, p. 156).

direitos fundamentais do investigado, sem prejudicar a investigação legalmente produzida.

O fato é que, da forma como está estruturada, a investigação policial acaba influenciando, muitas vezes de forma decisiva, na sentença do processo judicial. Isso ocorre porque o sistema atual permite que as informações colhidas na fase inquisitória acabem sendo do conhecimento do juiz antes mesmo do oferecimento da denúncia ou queixa; ocorre também porque há a comunhão de autos, isto é, os autos de inquérito acabam sendo apensados ao processo, o que favorece a mera reprodução da prova colhida na fase inquisitorial; destaque-se, ainda, o fato de inexistir um juiz para as investigações, sendo essa função desempenhada pelo próprio magistrado que irá conhecer do processo; por último, a jurisdição penal acaba sendo, muitas vezes, um apêndice da investigação criminal, satisfazendo-se quase que exclusivamente com aquilo que foi produzido em sede investigativa³⁵⁴.

Há, ainda, que se fazer uma distinção importante: durante a fase investigatória, o investigado deve tomar conhecimento da imputação que lhe é atribuída; já na fase judicial, o conhecimento da imputação se transforma na exigência de uma acusação concreta e precisa, que fixe com clareza os fatos pelos quais o acusado vai ser submetido a juízo e o significado jurídico que esses fatos trazem. A importância reside

³⁵⁴ Esses fatores são apontados por CHOUKR, F. H. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 118-128.

também no fato de que é a acusação que fixará o objeto do juízo³⁵⁵.

Analisando a extensão do contraditório às medidas de cautela, CÂMARA conclui que é fundamental a sua implantação, de preferência antes da decretação da medida ou, ao menos, logo após a sua adoção, oferecendo-se ao indiciado a possibilidade imediata de buscar resguardar ou resgatar a sua liberdade. Mais que isso, a restrição da liberdade deve resultar de um procedimento onde as garantias mínimas sejam respeitadas, especialmente a imparcialidade do juiz, a publicidade, a igualdade processual, o contraditório e ainda o duplo grau de jurisdição³⁵⁶.

Merece ser destacado que a ampla defesa divide-se em autodefesa e defesa técnica. A primeira é exercida pelo próprio acusado, principalmente em seu interrogatório, e também quando auxilia o defensor, com informações necessárias, esclarecimento dos fatos, escolha das pessoas que poderão testemunhar e demais elementos indispensáveis para provar o que alegar em sua defesa ou para desconstituir

³⁵⁵ Neste sentido é a lição de BINDER, que esclarece ainda que o princípio da congruência entre acusação e sentença tem aplicação nesse caso, sendo ele uma manifestação muito rica do direito de defesa: "El principio de congruencia es uno de los principios estructurales que fundan un juicio republicano, y surge del principio de inviolabilidad de la defensa previsto en la Constitución... (...) El tribunal debe preocuparse porque no se sorprenda al imputado en ninguna de las fases o dimensiones del juicio porque, en ese caso, se estaría afectando su posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa." (**Introducción...**, obra citada, p. 162-163).

³⁵⁶ CÂMARA, **Prisão...**, obra citada, p. 52-59. LAURIA TUCCI afirma com precisão que "o respeito à liberdade, destarte, integra a própria essencialidade do *poder-dever de punir*, que se faz exclusivo do Estado justamente por dever ser ele o guardião-mor das garantias individuais." (LAURIA TUCCI, R. **Princípio e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 36.

os fatos narrados pela acusação³⁵⁷. Aliás, essa defesa se compõe de dois aspectos: o direito de audiência e o direito de presença. O primeiro consiste na possibilidade do acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório. Já o segundo se manifesta pela possibilidade daquele em tomar posição perante a prova produzida, pela imediação com o juiz, as razões e a prova³⁵⁸.

A presença do acusado em todos os atos processuais é um direito seu, não devendo ser encarada simplesmente como uma obrigação. Ele deve ter garantido o direito a participar de todos os atos processuais da instrução criminal, não se podendo retirar-lhe esse direito sem que com isso se esteja ferindo a ampla defesa e o contraditório.³⁵⁹

Já a defesa técnica deve sempre ser exercida privativamente por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Ela deve ser exercida em

³⁵⁷ Neste sentido: "...defesa não é somente aquela escrita e apresentada por defensor, sendo também tecnicamente considerado ato de defesa o interrogatório do acusado. Num processo existem duas modalidades de defesa: a técnica, apresentada por advogado, e a pessoal, que somente pode ser levada a efeito pelo acusado no interrogatório. Verifica-se assim, que o ato do interrogatório é a única oportunidade que o acusado pode pessoalmente exercer seu direito de defesa. Aglutinado este raciocínio, conclui-se que a defesa é ampla quando é oportunizado ao acusado apresentá-la pessoalmente, no seu interrogatório, juntamente com a técnica, realizada por defensor." (SILVA, J. V. **Tóxicos. Alterações da Lei 10.409/02 – Aspectos Penal e Processual Penal**. Curitiba : Juruá, 2002, p. 106).

³⁵⁸ Neste sentido v. GRINOVER, FERNANDES; GOMES FILHO, **As Nulidades...**, obra citada, p. 69.

³⁵⁹ A não participação do acusado nos atos processuais deve ser entendida como uma opção sua, devendo sempre ser-lhe oportunizada essa participação. Exceção a este argumento ocorre quando o acusado responde ao processo em liberdade por ter sido beneficiado pela concessão da liberdade provisória, fato que o obriga a comparecer a todos os atos processuais, desde que devidamente notificado para tanto, sob pena de ser-lhe revogado o benefício.

todos os atos processuais, desde a instauração do processo.

Atualmente, nos procedimentos prescritos no sistema brasileiro a questão formal que alcança maior indagação no tocante ao exercício da ampla defesa e do contraditório refere-se ao interrogatório judicial do acusado. Todos os ritos, com exceção do sumaríssimo, previsto pela Lei 9099/95, utilizado nos Juizados Especiais Criminais, prevêm o interrogatório como ato inicial da instrução, dispensando a presença de advogado, ou melhor, sendo o momento 'oportuno' para a constituição do patrono ou nomeação do defensor dativo.

Tanto a doutrina como a jurisprudência procuraram sempre justificar a desnecessidade de defensor, utilizando basicamente dois argumentos: a) o interrogatório é ato privativo do juiz; b) o interrogatório é ato personalíssimo, que se desenvolve entre o juiz e o acusado.

Entretanto, há urgente necessidade de revisão do posicionamento até hoje adotado. É indispensável a presença do defensor no ato. Tal idéia alcança fundamento no artigo 261 do Código de Processo Penal, que prevê que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". A relação processual, quando do interrogatório, já se encontra instaurada, razão pela qual "...a nomeação do defensor dativo deve anteceder o interrogatório."³⁶⁰ Indo além, ALBERTON proclama que "o prazo mínimo razoável entre a citação e o interrogatório é

³⁶⁰ BARROS, A. M. de. A Defesa do Acusado e sua Intervenção no Interrogatório Judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 4, n.º 14, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr/jun de 1996, p. 140.

indispensável ao efetivo exercício do contraditório e da defesa.”³⁶¹ Assim, todos os atos praticados deverão ser realizados com a presença do acusado e também do seu defensor, inclusive, é claro, o interrogatório.

Além do mais, não há como se admitir que seja produzida qualquer prova no processo sem a presença do defensor e do órgão da acusação. Neste sentido é precioso o questionamento de CARVALHO: “Se é meio de prova, só pode ser considerado como tal se coletada frente ao contraditório (...). Logo, ausente contraditório, sequer prova é! (...) Em sendo, por outra visão, meio de defesa, a presença de defensor representa ainda maior necessidade: como admitir – renovado absurdo – defesa em processo criminal sem atuação de técnico?”³⁶²

Aliás, além da necessidade de defensor, o ato de interrogatório deve, ao que parece, ter modificado o seu momento de realização. Como um dos atos iniciais da instrução, há sério prejuízo na sua realização, visto que ao acusado torna-se difícil defender-se de uma acusação sem que as provas tenham sido apuradas em juízo, perante o contraditório, e ao juiz muitas vezes faltam elementos para poder levar ao conhecimento do acusado e desse ouvir uma resposta. Dada a sua importância, deve, sem dúvida, ser realizado no final da instrução, quando o acusado poderá então rebater

³⁶¹ ALBERTON, Prazo para Interrogatório..., obra citada, p. 102.

³⁶² CARVALHO, A. B. de. Nós, Juizes, Inquisidores (ou da não-presença do advogado no interrogatório). **Direito Penal e Processual Penal – Uma Visão Garantista**, [org. Gilson Bonato]. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 8. Destaque-se ainda a posição de FERRAJOLI: “Por el contrario, en el modelo garantista del proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse.” (**Derecho...**, obra citada, p. 608).

todas as provas produzidas e demonstrar a sua versão do fato, baseado inclusive nos elementos de prova já colhidos anteriormente em juízo³⁶³.

Além da questão formal antes analisada, cabe destacar que a defesa técnica deve ser efetiva, não bastando cumprir os atos processuais apenas formalmente, mas deve ser ela substancial, por respeito ao devido processo³⁶⁴. Nesta direção é a posição de PORTANOVA:

Assim, o princípio da ampla defesa, para atender perfeitamente aos termos constitucionais, mais do que nunca, deve ser cuidadosamente informado pelo princípio da efetividade social do processo. Exige-se interpretação a mais abrangente possível. Não basta o só direito de defender-se; é indispensável, para que a defesa seja plena, que a parte tenha a liberdade de oferecer alegações e meios de uma defesa efetiva. Só assim ter-se-á certa paridade de partes no processo³⁶⁵.

Há que se destacar que a defesa ampla em juízo não se trata de um direito disponível do acusado. Mais do que isso, está em jogo a legitimidade do juízo e do

³⁶³ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da 5.^a Câmara Criminal, tem, de forma pioneira, anulado todos os processos, a partir do interrogatório inclusive, quando esse ato foi praticado sem a presença do defensor. Nesse sentido a decisão originária: "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.^o, LV, da Constituição Federal). Nulidade decretada a partir, inclusive, do interrogatório." Apelação Crime 70001997402 – Quinta Câmara Criminal. Unân. Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho. Julg. 14.02.2001.

³⁶⁴ Neste sentido, elucidam o pensamento acima as palavras de TOVO: "A defesa técnica, a seu turno, deverá ser afastada pelo guardião das liberdades, que é o juiz, no sistema vigente, quando ela se mostrar ausente, ineficaz ou deficiente. Em qualquer dessas hipóteses, em nosso modesto entender, não haverá a plenitude da defesa." (Introdução à Principiologia..., obra citada, p. 16).

³⁶⁵ PORTANOVA, **Princípios...**, obra citada, p. 127.

processo em geral, conforme exigido pelo Estado de Direito³⁶⁶. Assim, cabe ao juiz fiscalizar que o exercício da defesa seja efetivo e se realize materialmente, não podendo permitir que exista apenas uma aparência de defesa. Caso verifique e entenda que a defesa está sendo exercida de forma deficitária, tem o magistrado a obrigação de torná-la efetiva, substituindo inclusive o defensor, caso esse não pratique os atos necessários para a efetividade do princípio³⁶⁷.

A efetiva defesa deve ser garantida pelo magistrado a todos os processados, independentemente de sua condição, mormente a econômica. Nesse último aspecto, parece razoável uma atenção especial do magistrado para o acusado carente pois, conforme ensina CASTRO

Em que pese toda essa bem inspirada e necessária teorização das garantias constitucionais no processo penal, é fato inscondível que a discriminação econômica entre réus pobres (a imensa maioria) e aqueles poucos com fartas condições financeiras para custear exitosamente um processo judicial, sem falar dos possuidores de fortunas escusas e forjadas nos meandros da sofisticada criminalidade do 'colarinho branco', faz com que uns possam exercer mais do que outros as prerrogativas da

³⁶⁶ Referindo-se à defesa técnica, GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO lecionam que ela "...é sem dúvida indisponível, na medida em que, mais do que garantia do acusado, é condição da paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz." (**As nulidades...**, obra citada, p. 69).

³⁶⁷ BINDER destaca que "...el defensor es un asistente directo del imputado; en tal carácter, debe guiarse por los intereses y necesidades de la defensa de su cliente. No cumple una función pública, sino que asesora a una persona en particular. Su misión y su actuación, conforme a las reglas éticas, debe ceñirse a defender los intereses de ese imputado. En la medida en que lo haga, el defensor estará contribuyendo a que ese proceso responda a las exigencias del Estado de Derecho; y en esto último consiste su función 'pública' o 'social': su contribución, a través de la asistencia al imputado particular, a la legitimidad de los juicios en un Estado de Derecho." (**Introducción...**, obra citada, p. 159).

ampla defesa que a Constituição assegura a todos em regime de formal igualdade³⁶⁸.

Ao tratar do direito de ampla defesa e do contraditório, ROSAS afirma que “o direito assegura ao indivíduo um direito processual de defesa, e não um direito substantivo de resposta.”³⁶⁹ Há que se discordar, com o devido respeito, da posição do autor, tendo em vista que a ampla defesa se efetiva quando a resposta dada não é apenas formal, mas atinge o mérito da questão, contrapõe-se à acusação e possibilita ao julgador analisar dialeticamente o processo, tendo total manifestação das partes envolvidas.

É de ser lembrado também o princípio do contraditório, pois, conforme já frisado, intimamente ligado à ampla defesa, enquanto direito fundamental da pessoa humana. O princípio

em síntese significa que ninguém poderá ser julgado sem antes ser ouvido sobre as alegações e provas apresentadas pela parte contrária. Como garantia constitucional indica que devem ser utilizados todos os meios necessários para evitar que a disparidade de tratamento entre as partes, no que tange às posições no processo, possa interferir no seu resultado, comprometendo a prestação da tutela jurisdicional³⁷⁰.

Conforme esclarece MIRANDA COUTINHO, sendo o contraditório uma garantia constitucional, para que se tenha um processo democrático, não pode haver restrições

³⁶⁸ CASTRO, **O Devido Processo Legal...**, obra citada, 280. Com o devido respeito ao posicionamento do autor, há que se frisar que a Constituição, num enfoque garantista, busca garantir não apenas a formal igualdade, mas sim a substancial igualdade.

³⁶⁹ ROSAS, **Direito Processual...**, obra citada, p. 46.

³⁷⁰ BONATO; VASCONCELOS, **Aspectos Controvertidos...**, obra citada, p. 508-509.

àquele, "...salvo quando esbarrar em outro princípio também previsto na Constituição, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses em que são protegidos os direitos à intimidade e à privacidade."³⁷¹

O contraditório está calcado e se manifesta na idéia da bilateralidade da audiência ou contraditoriedade real e indisponível, isto é, todos os atos praticados o devem ser na presença das partes e essas devem poder se manifestar sobre eles, especialmente os praticados pela parte contrária. MENDES DE ALMEIDA assevera que a verdade buscada pela justiça

...não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisto está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade a seus fundamentos de fato (provas) e de direito³⁷².

Nesse enfoque de princípio ou direito de audiência, o contraditório bem é definido por FIGUEIREDO DIAS como sendo a "oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo." O mestre citado vai além, defendendo a necessidade de que o princípio seja

³⁷¹ MIRANDA COUTINHO, Introdução..., obra citada, p. 11.

³⁷² MENDES DE ALMEIDA, J. C. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 107-108.

respeitado durante todo o decurso do processo, impedindo que qualquer decisão que atinja o estatuto jurídico de uma pessoa seja tomada sem que lhe tenha sido oportunizada a possibilidade de se fazer previamente ouvir.³⁷³

Finalmente, há que se destacar a necessidade de se garantir o duplo grau de jurisdição, como decorrência do princípio do contraditório, para assegurar que todas as decisões proferidas possam ser efetivamente revistas e corrigidas, se necessário. Como assevera com razão CORDEIRO, “busca o duplo grau de jurisdição satisfazer o natural inconformismo do vencido, psicologicamente força o juiz a julgar melhor pela pendência do exame revisional, atende ao requisito político de controle dos atos estatais e à qualidade da prestação jurisdicional.”³⁷⁴

Diretamente relacionado ao devido processo legal, o duplo grau representa uma garantia do cidadão, especificamente no acesso derivado à jurisdição, garantindo decisões mais qualificadas e, conseqüentemente, maior segurança jurídica³⁷⁵.

4.3.6. A publicidade dos atos processuais

Um sistema realmente democrático tem em sua essência a publicidade do

³⁷³ FIGUEIREDO DIAS, **Direito...**, obra citada, p. 151.

³⁷⁴ CORDEIRO, N. A Recorribilidade das Interlocutórias no Processo Penal. **Direito Penal e Processual Penal – Uma visão Garantista**, obra citada, p. 185.

³⁷⁵ Ibid., p. 185-186.

processo³⁷⁶. Os atos, tanto do legislativo, como do executivo e também do judiciário devem ser acompanhados de sua devida publicidade, a fim de legitimar a atuação dos órgãos perante a sociedade.

COUTURE, referindo-se ao Poder Judiciário, afirmava que

a publicidade, com sua conseqüência natural da presença do público nas audiências judiciais, constitui o mais precioso instrumento de fiscalização popular sobre a obra de magistrados e advogados. No final, o povo é o juiz dos juizes. A responsabilidade das decisões judiciais se acrescenta em termos amplísimos se tais decisões devem ser proferidas logo em uma audiência pública das partes e na própria audiência, na presença do povo³⁷⁷.

No direito processual penal brasileiro existem basicamente duas regras constitucionais que incidem diretamente sobre a garantia em apreço, bem como uma regra processual, quais sejam: a Constituição Federal de 1988 – que primeiramente elevou à eminência constitucional essa garantia - prevê, por um lado, que os

³⁷⁶ Segundo GERALDO PRADO, “a publicidade também se insinua como característica do sistema acusatório, na medida em que o segredo... é compatível, como regra geral, exclusivamente com regimes autoritários e processos penais inquisitórios.” (PRADO, **Sistema...**, obra citada, p. 175).

³⁷⁷ “la publicidad, con su consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales, constituye el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores. En último término, el pueblo es el juez de los jueces. La responsabilidad de las decisiones judiciales se acrecienta en términos amplísimos si tales decisiones han de ser proferidas luego de una audiencia pública de las partes y en la propia audiencia, en presencia del pueblo.” (COUTURE, **Fundamentos...**, obra citada, p. 192-193). Ressalte-se a crítica de COUTURE com referência ao método escrito: “El método escrito que rige en la mayoría de los países hispanoamericanos, disminuye la efectividad del principio de publicidad. No puede decirse que nuestro proceso sea secreto; pero el método escrito hace virtualmente imposible la obra de fiscalización popular a que acabamos de aludir.” (Id.)

julgamentos serão públicos³⁷⁸ e, por outro, que poderá haver restrição à publicidade quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem³⁷⁹. Já o Código de Processo Penal traz também a regra da publicidade dos atos processuais³⁸⁰, restringindo-a em alguns casos³⁸¹.

Impera, pois, no ordenamento brasileiro a regra da publicidade ampla, passando a ser restrita nos casos excepcionados pela Constituição ou pela própria lei processual, desde que de acordo com a norma maior. É da essência do processo acusatório a publicidade processual, pois legitimadora das atividades confiadas ao órgão julgador³⁸².

FIGUEIREDO DIAS, com a peculiar clareza que lhe é própria, leciona que a garantia em questão deve ser interpretada em dois sentidos: por um lado, significa que qualquer cidadão tem o direito de assistir e ouvir o desenrolar dos atos processuais; por outro, são admissíveis os relatos públicos das audiências ou atos processuais. Salienta

³⁷⁸ Artigo 93, IX: "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos..."

³⁷⁹ Artigo 5.º, LX: "A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem."

³⁸⁰ Artigo 792: "As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados."

³⁸¹ Artigo 792, § 1.º: "Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes."

³⁸² LAURIA TUCCI nomina como "publicidade absoluta ou externa" aquela onde todos os atos do processo se realizam perante as partes e ainda são acessíveis ao público em geral, e "publicidade restrita ou interna" aquela onde alguns ou todos os atos se realizam perante as pessoas interessadas e seus procuradores ou somente perante estes. (**Direitos e Garantias...**, obra citada, p. 244).

o autor português que os dois sentidos podem sofrer limitações, destacando que no último caso – a admissibilidade do relato público do ato processual – não podem ser admitidas todas as formas de reportagem, mas somente aquelas “...que sejam compatíveis com as garantias do arguido, a dignidade da magistratura, a boa ordem dos trabalhos e as finalidades do processo penal.”³⁸³

A garantia da publicidade, que diz respeito diretamente à forma de desenvolvimento dos atos processuais, é uma ótima forma de dissipar as desconfianças que possam surgir sobre a imparcialidade e independência com que se exerce a justiça penal e são tomadas as decisões. Vale destacar que, tendo em vista que os ritos processuais adotados no sistema nacional são em sua maioria escritos, a publicidade diz respeito não só à participação e presença nos atos mas também o acesso às decisões escritas, pois, “o que importa é o que for escrito, o que for decidido”.³⁸⁴ Mais que isso: importa é a preservação da publicidade nos atos praticados oralmente, a fiel transcrição da prova ou da decisão produzida verbalmente e o acesso e divulgação de todos os atos praticados, orais ou escritos, para a sociedade, como forma de transparência da atuação do órgão judiciário.

É do interesse não só da comunidade, mas também do acusado, que se dê

³⁸³ FIGUEIREDO DIAS, **Direito...**, obra citada, p. 221-222. O autor em questão ensina ainda, analisando a questão da publicidade em relação aos meios de comunicação, que “o critério geral da sua solução estará em dar a maior latitude de actuação possível aos órgãos de informação, mas com um limite *inultrapassável*: o de que daí não venha sensível perigo para a consistência e eficácia do direito de defesa do arguido ou da pretensão punitiva do Estado, em suma (como se diz nos direitos inglês e americano), para um *fair trial*, para um julgamento justo.” (Ibid., p. 226).

³⁸⁴ VARGAS, **Processo Penal...**, obra citada, p. 223.

publicidade ao processo. Por essa razão é que se fazem necessárias, por vezes, limitações à garantia em questão, cabendo ao juiz, diante do caso concreto, ponderar os interesses ou valores em jogo para dar ou não publicidade ao ato. Isto é, quando os interesses que justificam a publicidade forem de menor valia que a intimidade do acusado ou o interesse social, nesses casos deverá o julgador declarar a audiência limitada à participação das partes interessadas.

Questão que merece uma breve análise diz respeito ao inquérito policial, ou, de uma forma geral, à investigação criminal preliminar. Tradicionalmente, tem-se o segredo ou o sigilo como regra, justificando-os para evitar que haja prejuízo nas investigações. Entretanto, o que ocorre muitas vezes, diga-se de passagem, é uma verdadeira hipocrisia, visto que, por um lado, os indiciados ou presos acabam sendo escrachados pela mídia, que detém as informações através das autoridades policiais, e por outro lado, se utiliza o sigilo para sonegar informações ao maior interessado, que é o próprio indiciado³⁸⁵.

A regra estampada no artigo 20 do Código de Processo Penal nasceu praticamente morta, segundo CHOUKR, que justifica a afirmação lecionando que a investigação criminal foi transformada "...em verdadeiro palco para o estrelato de agentes policiais e alimentando toda uma indústria jornalística que vive em torno do

³⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS, com precisão, critica o excesso de informações, nem sempre verdadeiras, ventilados pela imprensa: "É de resto um facto sociologicamente comprovado que os excessos na publicidade informativa do processo penal podem mesmo contribuir para a criação de um sistema informal de 'justiça penal sem julgamento', onde, é claro, sofrem irreparável dano a presunção de inocência do argüido e as suas garantias fundamentais." (**Direito...**, obra citada, p. 227).

tema.”³⁸⁶

O Código de Processo Penal prescreve que a autoridade encarregada deve manter o sigilo sempre que necessário para a investigação ou se o interesse social assim o exigir.³⁸⁷ Tal regra deve ser interpretada não isoladamente, mas em consonância com a Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Esse diploma legal estabelece que ao advogado é assegurado o exame de inquérito ou auto de prisão em flagrante, mesmo sem procuração, podendo ainda obter fotocópias ou fazer apontamentos³⁸⁸.

Ora, se a lei não estabelece qualquer restrição ou exceção, há que se concluir que ao advogado, em todos os casos, deve ser franqueada a consulta, apontamentos e obtenção de peças de qualquer inquérito policial, mesmo que esteja sendo processado em caráter sigiloso.

Assim, verifica-se que o princípio da publicidade deve incidir, ou melhor, deve ser a regra a nortear também o inquérito policial e as demais investigações preliminares criminais, devendo ter a sua incidência restrita ou não aplicável somente aos casos em que haja decretação do sigilo por parte da autoridade policial, decretação essa que deve ser fundamentada e justificada. Tal posicionamento se coaduna com o regramento constitucional, antes referido, que traz a publicidade como regra, restringindo-a

³⁸⁶ CHOUKR, **Garantias...**, obra citada, p. 92.

³⁸⁷ Artigo 20: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.”

³⁸⁸ Artigo 7.º: “São direitos do advogado: (...) XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.”

somente quando necessária ao interesse social ou para preservação da intimidade da parte³⁸⁹.

Em síntese, conforme assevera BASTOS, a publicidade dos atos processuais

...insere-se em um campo mais amplo da transparência da atuação dos poderes públicos em geral. É uma decorrência do princípio democrático. Esse não pode conviver com o sigilo, o segredo, o confinamento a quatro portas, a falta de divulgação, porque por este caminho, da sonegação de dados à coletividade, impede-se o exercício importante de um direito do cidadão em Estado governado pelo povo, qual seja: o de controle. Não há dúvida portanto de que a publicidade dos atos, e especificamente dos atos jurisdicionais, atende ao interesse das partes e ao interesse público. Protege o magistrado contra insinuações e maledicências; da mesma forma que protege as partes contra um possível arbítrio ou prepotência. E confere à coletividade, de um modo geral, a possibilidade de controle sobre atos que são praticados com a força própria do Estado³⁹⁰.

4.3.7. A motivação dos atos decisórios

O princípio da motivação dos atos decisórios, expresso na Constituição Federal em vigor³⁹¹, prescreve a necessidade de toda decisão judicial ser motivada. Com

³⁸⁹ CHOUKR afirma que “a norma do art. 5.º, LX, embora diga respeito aos processos, pode muito bem ser invocada, para colocar a publicidade como regra e o sigilo para situações excepcionais, dependentes de motivação adequada e sempre atendendo à guarida do também constitucional princípio da intimidade.” (**Garantias...**, obra citada, p. 92).

³⁹⁰ BASTOS, **Comentários...**, obra citada, p. 285.

³⁹¹ Artigo 93, IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...” Anote-se que anteriormente o ordenamento brasileiro previa a exigência de motivação apenas no âmbito da legislação ordinária.

acerto, afirma PORTANOVA que não somente as decisões judiciais, mas também as postulações da defesa e do Ministério Público ou da parte acusadora devem conter uma motivação³⁹².

A motivação das decisões é uma imposição do princípio do devido processo legal, onde se busca que o julgador exteriorize as razões de sua decisão, qual a interpretação que foi dada ao direito e aos fatos do caso em julgamento. Ainda com base em PORTANOVA, é interessante ressaltar que existem inúmeros fatores que influem no convencimento do julgador, muitos até inconscientes, pois “no julgamento há premissas ocultas imperceptíveis.”³⁹³

É certo que o uso da linguagem pode transformar verdades em mentiras e vice-versa, ou melhor, um juiz que tenha facilidade em escrever ou um poder mais agudo no uso da linguagem, poderá convencer mais facilmente, mesmo que isto não corresponda rigorosamente aos fatos apurados durante a instrução. Ainda mais: num sistema de

³⁹² PORTANOVA, **Princípios...**, obra citada, p. 547.

³⁹³ PORTANOVA, R. **Motivações Ideológicas da Sentença**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1992, p. 15. Assinale-se, neste sentido, a lição de GOMES FILHO: “Com efeito, na motivação devem estar explicitados todos os passos percorridos pelo magistrado para chegar à conclusão, representando, por isso, o ponto de referência obrigatório para a verificação da imparcialidade, do atendimento às prescrições legais e do efetivo exame das questões suscitadas no processo pelas partes.” (GOMES FILHO, A. M. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 164).

fundo inquisitório como o brasileiro³⁹⁴, pode muito bem o juiz pré-julgar e depois ir atrás da prova, para fundar o seu convencimento, coroando tudo com uma “boa” sentença³⁹⁵.

BARBOSA MOREIRA já advertia, através de uma autocrítica, que os juizes preferem muito mais analisar as questões de direito, com citações de doutrina – até em língua estrangeira –, e isto causa uma impressão extraordinária, do que efetivamente analisar as questões de fato, muito mais importantes para uma correta sentença³⁹⁶.

Portanto, a fundamentação dos atos decisórios, mesmo que decisão interlocutória, é exigência direta do princípio do devido processo. As motivações decisoriais revelam respeito para com a pessoa do acusado e sua dignidade, dando-lhe, inclusive, a oportunidade de poder exercer a ampla defesa em eventual recurso, caso a decisão motivada lhe tenha sido desfavorável.

³⁹⁴ Importante aqui a lição de MIRANDA COUTINHO: “Tratando-se o nosso sistema processual penal, como de fato se trata, de um sistema de cunho marcadamente inquisitório, onde a regência da prova encontra-se, com predominância, nas mãos do juiz e, mais, havendo, ainda que tão-só teoricamente, a prevalência da verdade material sobre a formal, tal situação é problemática, porque o eventual controle situa-se, sobremaneira, no *livre convencimento*, superável por uma fundamentação meramente retórica da sentença, embora capaz de impermeabilizá-la contra eventuais ataques, na via recursal.” (MIRANDA COUTINHO, J. N. Exílio Local: Subsídios para uma Análise Político-ideológica. **Revista de Direito Alternativo**, nº 03, São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 129).

³⁹⁵ Portanova adverte sobre a necessidade da sentença, e por extensão, das outras decisões serem claras e de fácil compreensão: “Ocorre que, não bastassem as dificuldades do linguajar jurídico, há juizes que elegem o ato sentencial palco para seus brilhares vernaculares. A sentença acaba sendo o local onde despejam suas palavras colecionadas, de pouco uso corrente e por isso pouco compreensíveis. Não se pode esquecer também que o Poder Judiciário emana do povo. Assim, a sentença é o momento em que o juiz mais responde ante o povo pelo uso que faz desse poder. Por isso, é imprescindível que a sentença seja clara e convincente para que o sentimento do juiz seja compreendido sem dificuldade.” (**Princípios...**, obra citada, p. 249).

³⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, J. C. O Juiz e a Prova. **Revista de Processo**. v. 35, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 183.

GOMES FILHO esclarece que

...a obrigatoriedade da motivação, princípio que informa a atividade judiciária em geral (CF, art. 93, IX), representa a garantia de que as razões dos interessados, produzidas em contraditório, serão efetivamente levadas em consideração no momento da decisão. No caso do processo penal, essa exigência, ressaltada especialmente pelos constituintes na disciplina das medidas de restrição ao direito de liberdade (art. 5.º, LXI) precisa refletir não somente aquela consideração, mas sobretudo o próprio estado de ânimo do julgador em face do acusado, de forma a tornar explícita a rejeição de qualquer avaliação apriorística sobre a culpabilidade³⁹⁷.

Partindo-se da premissa de que as decisões devem ser proferidas com base nos elementos colhidos nos autos – *quod non est in actis non est in mundo* –, a necessidade de fundamentação, onde o juiz explicita os motivos do seu convencimento, tem um fundamento ético, além do legal. É na fundamentação que o juiz expressa a sua cultura jurídica e, mais que isso, demonstra que julgou com imparcialidade e de acordo com os ditames de sua consciência, justificando a sua atividade perante a sociedade³⁹⁸.

Ao decidir de acordo com a prova dos autos, o juiz deve analisar todos os argumentos despendidos pelas partes, em cumprimento ao preceito constitucional. O duplo grau de jurisdição, ao garantir o reexame da causa, exige que essa tenha sido

³⁹⁷ GOMES FILHO, **Presunção...**, obra citada, p. 49.

³⁹⁸ Destaque-se a lição de WARLOMONT: “On a dit que la motivation ne doit pas être, uniquement, considéré comme une marque de méfiance, imposée au magistrat par le législateur, mais comme un privilège, accordé au premier, de justifier sa sentence devant les justiciables.” (Citado por GUIMARÃES, M. **O Juiz e a Função Jurisdicional**, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 166).

integralmente examinada na instância anterior. A decisão não pode ser silente em relação a qualquer dos pontos levantados pelas partes. Nesse sentido é necessário se destacar que “...se por princípio processual a parte é obrigada, não poucas vezes, a deduzir a tempo e hora todas as questões que deseja sejam apreciadas, pena de preclusão, insta que, paralelamente, se exija do julgador que esclareça os fundamentos pelos quais esta ou aquela questão não mereça a acolhida que a parte esperava.”³⁹⁹

Demonstrando a necessidade de que a decisão seja um ato de vontade mas não autoritário, COUTURE, com sua peculiar sabedoria, há muito já advertia que “a motivação do julgamento constitui um dever administrativo do magistrado. A lei o impõe como uma maneira de fiscalizar sua atitude intelectual diante do caso, para os efeitos de se poder comprovar que sua decisão é um ato reflexivo, emanado de um estudo das circunstâncias particulares, e não um ato discricionário de sua vontade autoritária.”⁴⁰⁰

No âmbito do processo penal, a necessidade de motivação merece uma especial atenção no tocante à decisão que impõe as medidas restritivas da liberdade, mormente quando realizadas ainda na fase investigatória⁴⁰¹. Tal decisão deve ser

³⁹⁹ SUANNES, **Os Fundamentos Éticos...**, obra citada, p. 205.

⁴⁰⁰ “la motivación del fallo constituye un deber administrativo del magistrado. La ley se lo impone como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria.” (COUTURE, **Fundamentos...**, p. 189).

⁴⁰¹ SUANNES leciona que “a necessidade de motivação das decisões que impliquem no cerceamento da liberdade humana, seja de forma provisória, seja definitivamente, decorre, pois, da chamada humanização do processo, que longe de implicar em exagerado endeusamento do réu, é apenas e tão somente o reconhecimento de que os valores humanos fundamentais devem ser preservados, independentemente da gravidade do fato que se imputa a alguém.” (**Os Fundamentos Éticos...**, obra citada, p. 220).

fundamentada de forma efetiva e convincente, não se podendo apenas repetir chavões ou cláusulas de estilo, pois essa atitude não constitui fundamentação⁴⁰².

Ao decidir sobre a restrição da liberdade, segundo CÂMARA,

o juiz obriga-se a explicitar as circunstâncias concretas a partir das quais deduz que a liberdade do acusado constitui um perigo para o desenvolvimento dos atos instrutórios (cautela instrumental) ou para a efetiva aplicação da pena (cautela final) ou ainda, quando não tendo a medida restritiva um fim processual explícito, é decretada para evitar a recidiva (pelo autorizativo, segundo nossa lei, da garantia da ordem pública), ou quando se manifesta como medida processual de prevenção especial (quando decretada em relação a alguns crimes considerados graves – aos quais, por consequência, se impõem altas penas -) oportunidade em que, então, constituiria medida de retribuição antecipada, fundada na gravidade do fato delituoso⁴⁰³.

Em se tratando de medida cautelar, o juiz possui uma atuação – diga-se, discricionariedade – bastante limitada, pois se sujeita às condições previamente estabelecidas pela lei, não tendo um total poder discricionário para decidir. No dizer de CÂMARA, essa discricionariedade é vinculada, pois o juiz deve analisar a situação fática e verificar a sua adequação à tipificação legal para poder aplicar ou não a

⁴⁰² Neste sentido é esclarecedora a seguinte ementa: “Habeas Corpus. Determinar a prisão de alguém é ato da maior responsabilidade social a exigir séria fundamentação, com o apontamento de dados objetivos justificadores, pena de totalitarismo judicante. Ordem concedida.” (Habeas Corpus 699126983 – 5ª Câmara Criminal – TJRS – Rel. Amilton Bueno de Carvalho. Julg. 07/04/99).

⁴⁰³ CÂMARA, **Prisão e Liberdade...**, obra citada, p. 59-60. Tratando do mesmo tema, LAURIA TUCCI posiciona-se no mesmo sentido: “Tanto quanto as sentença terminativas, não podem elas deixar de ser motivadas, ainda que concisamente, isto é, devem conter fundamentação suficiente à evidenciação, tanto fática como jurídica, do teor da resolução do órgão jurisdicional pronunciante.” (**Direitos e Garantias...**, obra citada, p. 281-282).

cautela, não existindo no processo penal o poder geral de cautela, próprio do processo civil. É o legislador que deve indicar os pressupostos que legitimam a possibilidade de aplicação da medida cautelar. Ao juiz cabe apenas verificar a incidência ou não das hipóteses no caso concreto⁴⁰⁴.

LOPES JÚNIOR, nessa mesma linha e baseado em FERRAJOLI, visualiza também a necessidade de minimização da discricionariedade: “Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder.”⁴⁰⁵

Outro ponto que merece destaque diz respeito à necessidade de motivação da decisão que recebe a denúncia ou queixa, instaurando a relação processual. Sem dúvida, tal decisão merece fundamentação, não podendo ser considerada simples despacho. A análise deve ser firme e aprofundada, devendo o processo ser instaurado somente quando convencido o juiz de que as condições da ação foram devidamente preenchidas. Neste sentido, a posição atual de CÂMARA, quando, referindo-se à nova postura do Estado em face da Constituição atual, assevera que

...a Constituição em vigência obriga os magistrados a motivar seus decisórios. Em conseqüência, não nos parece haver dúvida que, entre os atos judiciais a serem motivados, encontra-se o recebimento da denúncia ou da queixa, pela grandiosidade

⁴⁰⁴ CÂMARA, **Prisão e Liberdade...**, obra citada, p. 80 et seq. Referido autor complementa a idéia afirmando que “o exercício feito pelo magistrado é discricionário porque foge a qualquer espécie de presunção legal absoluta ou relativa que imponha a cautela, operando em limites estreitos, mas não deixando de ter operatividade.” (id.).

⁴⁰⁵ LOPES JÚNIOR, **Sistemas...**, obra citada, p. 06.

dos efeitos que de tal ato promanam, pois não há como negar que ato de recebimento da inicial acusatória marca-se por singular complexidade, impondo elevado ônus ao acusado, dotado o núcleo de dito ato decisório de importância ímpar, somente equiparável, dentro do processo penal, a outros atos decisórios de suma importância, como por exemplo, a decretação da custódia preventiva, a decisão de pronúncia, a prolação da sentença, etc., os quais ninguém nega devem ser fundamentados. Parece pois, inegável, deva o juiz, quando do recebimento da denúncia, proferir uma espécie de juízo de admissibilidade da acusação, fundamentando dito exercício nas provas produzidas na instrução preliminar inquisitória, apta a auxiliar na conclusão de existir ou não justa causa à ação penal⁴⁰⁶.

Portanto, derivada diretamente do devido processo legal, a garantia da motivação dos atos decisórios deve abranger todas as decisões tomadas no âmbito do processo ou ainda da fase pré-processual, pois garantia inarredável do cidadão e demonstrativa do estágio democrático do sistema.

4.3.8. O prazo de duração do processo

Toda a atividade humana está limitada pelo tempo e a este vinculada. Aliás, o próprio homem também a ele está necessariamente vinculado. Assim, “o processo, obra ou instituição humana, pensada e realizada e atuada logo por homens, não pode

⁴⁰⁶ CÂMARA, L. A. **Editorial da Revista Jurisprudência Brasileira Criminal**. n.º 32 (Habeas corpus). Curitiba : Juruá, 1993, p. 15.

escapar à lei de temporalidade própria de todo o humano.”⁴⁰⁷

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 determinada ocasião para o serem, não se perfazem de modo instantâneo, desenvolvendo-se em várias etapas⁴⁰⁸.

O princípio da fixação de prazo razoável de duração do processo, decorrente da necessidade de um devido processo sem dilações exageradas⁴⁰⁹, diz respeito diretamente ao cumprimento dos prazos fixados para que o Estado dê a resposta jurisdicional ao caso penal em julgamento.

Na atual estruturação do sistema brasileiro, como já frisado, infelizmente a maior pena imposta ao acusado é a morosidade na tramitação do processo, pois causa-

⁴⁰⁷ “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 : Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 101).

⁴⁰⁸ 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.” (Ibid., p. 102). Grifos no original.

⁴⁰⁹ Segundo José Antonio Tomé GARCÍA, as dilações indevidas 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.” (GARCÍA, J. A. T. **Protección Procesal de los Derechos Humanos Ante los Tribunales Ordinarios**, Madri : Montecorvo, 1987, p. 119, citado por TUCCI e TUCCI, **Devido processo...**, obra citada, p. 104).

lhe um desgaste não só econômico, mas também 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 esse raciocínio pode ser aplicado a muitos ramos do direito, não o pode ser em relação ao processo penal, dada a exclusiva possibilidade de processar e punir do Estado. Assim, nesse 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 processuais, conquista universal, não podem ser desprezados em razão de uma celeridade, que muitas vezes 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 nesse 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 juiz⁴¹⁰. No dizer de TUCCI e TUCCI, "...o processo judiciário reclama, em homenagem a um elementar postulado de segurança jurídica, o respeito a

⁴¹⁰ "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, *El Tiempo...*, obra citada, p. 110).

uma série de garantias das partes (*due process of law*), cuja observância se faz incompatível com a precipitação.”⁴¹¹

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 e promotores de justiça, impedindo o cumprimento dos prazos fixados. Não há que se falar nesse 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 acaba assinando os atos praticados posteriormente. Infelizmente, somente do advogado é que se exige o fiel cumprimento dos prazos⁴¹².

Questão que também exige uma análise diz respeito à eventual oposição existente entre os postulados da segurança jurídica e o da efetividade do processo. O primeiro justifica-se pela necessidade de um tempo razoável para a tramitação do feito, 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 uma decisão judicial rápida, sem procrastinações e demoras injustificadas, evitando constrangimentos desnecessários.

Entretanto, a oposição eventualmente existente trata-se de um falso dilema.

⁴¹¹ TUCCI e TUCCI, **Devido Processo...**, obra citada, p. 100.

⁴¹² 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 esse 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 da prestação da jurisdição perante a sociedade.

Falso porque não há oposição entre as duas garantias, visto que é possível um processo célere e que traga segurança jurídica⁴¹³. O processo será célere quando os prazos estabelecidos forem efetivamente respeitados. Da mesma forma, há plena possibilidade de se assegurar a efetividade das garantias constitucionais-processuais respeitando-se os prazos legais. Com o respeito às garantias e aos prazos estabelecidos haverá segurança jurídica, pois as decisões serão sempre calcadas em elementos e provas devidamente produzidos⁴¹⁴.

Entretanto, o legislador brasileiro, 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 acusado⁴¹⁵.

A Corte Européia dos Direitos do Homem, consoante sua orientação

⁴¹³ 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 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.

⁴¹⁴ 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, J. de. **Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 46.

⁴¹⁵ 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, C. A. A. de. *Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual*. **Ajuris**, 33/81, Porto Alegre: Ajuris, 1985). Grifos no original.

jurisprudencial, estabeleceu três critérios a serem utilizados na análise de cada caso concreto para que se possa aferir se houve ou não o seu desenvolvimento dentro de um tempo razoável: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes; c) a atuação do órgão jurisdicional. Assim, dentro de um critério de razoabilidade, há como se verificar o respeito ou não ao tempo necessário para a resposta jurisdicional.

No sistema brasileiro, a Constituição atual nada menciona a respeito da necessidade de que a prestação jurisdicional se dê dentro de um prazo razoável. Entretanto, há ao menos três razões que a justificam: a) A Constituição brasileira assegura expressamente o devido processo legal e dele decorre efetivamente a necessidade de uma resposta jurisdicional num prazo razoável; b) O artigo 5.º, § 2.º, da Constituição Federal prescreve que não há exclusão dos direitos e garantias nela não expressos, desde que decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Assim, sendo o Brasil signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, há que respeitar o artigo 8.º, 1, dessa Convenção: “Toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável...”; c) Os ritos processuais trazem os prazos a serem respeitados, o que significa que a soma desses deve ser o marco para a conclusão do processo; caso existam omissões em determinados prazos, através de um critério de

razoabilidade, há como se aferir a duração que deverão ter, evitando, assim, dilação indevida⁴¹⁶.

Assim, há que se buscar, dentro da atual conjuntura, um 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, para 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 ele cumpra, de forma efetiva e tempestiva, os seus compromissos institucionais”⁴¹⁷, ou ainda, como lembrava COUTURE, “no processo, o tempo é algo mais do que ouro: é justiça.”⁴¹⁸

4.4. POR UM PROCESSO PENAL JUSTO

A atual estruturação do sistema processual penal brasileiro tem demonstrado desrespeito ao princípio do devido processo legal, mostrando-se muitas vezes um

⁴¹⁶ A referência da necessidade de realização dos atos processuais em tempo razoável deve ser estendida a todos os procedimentos, especialmente os pré-processuais. No direito processual penal isso implica afirmar a necessidade de uma investigação célere e ainda a impossibilidade de se estender a prisão cautelar por tempo indeterminado.

⁴¹⁷ CRUZ E TUCCI, J. R. **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.

⁴¹⁸ “En el proceso el tiempo es algo más que oro: es justicia.” (COUTURE, E. **Proyecto de Código de Procedimiento Civil**. Montevideo : s/ed. 1945, p.37).

sistema desigual, com tratamento desigual aos sujeitos processuais, não assegurando os direitos e garantias previstos na Constituição.

Inicialmente, há que se destacar a necessidade de respeito aos direitos humanos do acusado. Como bem observou BACILA, "...nenhuma prática criminosa pode justificar a violação dos direitos humanos do sujeito ativo do delito, pois a lei já estabelece a sanção que a sociedade (por intermédio do legislador) entendeu justa."⁴¹⁹

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, de estruturação acusatória. 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 no pensamento dos operadores do direito, para que possa ser criada e implementada 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. Há que se resgatar a idéia de processo como

⁴¹⁹ BACILA, C. R. **Polícia x Direitos Humanos**. Diligências Policiais de Urgência e Direitos Humanos: O Paradigma da Legalidade. Curitiba : J M Editora, 2002, p. 30. Ressalte-se ainda a lúcida posição de SILVA JARDIM: "O que não se pode admitir é que, em nome da ineficácia relativa do sistema processual penal, que decorre de circunstâncias estruturais alheias ao direito, se procure transformar o processo penal em instrumento de combate aos altos índices de criminalidade, mascarando a verdadeira realidade dos fatos, postergando valores éticos e humanitários que já se encontram incorporados, de forma indelével, à nossa cultura, à nossa civilização." (SILVA JARDIM, **Direito...**, obra citada, p. 336).

sendo o espaço privilegiado do debate, do diálogo, da fala e da escuta⁴²⁰, do respeito aos princípios constitucionais, já que se busca e se luta por um processo realmente justo.

A promulgação quase diária de novas leis em nada adiantará e nada mudará se os operadores do direito não mudarem a sua forma de pensar e aplicar o direito⁴²¹. 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 existir apenas uma caricatura de processo⁴²².

Não é mais admissível que o processo continue sendo o espaço do conflito, sendo necessária uma urgente revisão do mesmo, onde haja um efetivo respeito pelo

⁴²⁰ 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.” (CARVALHO, A. B. de. **Direito Alternativo em Movimento**. 2. ed. Rio de Janeiro : Luam, 1997, p. 104).

⁴²¹ Importante, neste aspecto, a observação de NASSIF: “Mais do estudar pessoas e sua circunavegação social, ao operador do direito incumbe aprender com as pessoas.” (NASSIF, A. *Cultura: Teoria do Direito e Teoria do Direito Alternativo*. **Revista de Estudos Criminais ITEC**, nº 03, Sapucaia do Sul: Editora Notadez, 2001, p. 58).

⁴²² Neste sentido é a lição de 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 à consciência do emprego do processo como instrumento que faça justiça às partes e que seja aberto ao maior número possível de pessoas.” (**A Instrumentalidade...**, obra citada, p. 306).

princípio do devido processo legal e a busca pela reconstrução do fato não seja apenas formal ou aparente, mas o Estado realmente seja presença e não apenas uma sombra de Justiça.

Atenção especial deve ser dada pelos juizes, promotores e advogados, nesse contexto, segundo CASTRO, aos 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 freqüenta 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 civil⁴²³.

O processo, como o próprio termo expressa, é um caminho a ser trilhado na busca de novos espaços, marcado por vitórias e derrotas, marcado pela utopia. A luta por um processo justo é tarefa de todos. É, nesse aspecto, por demais oportuna a reflexão de GOMEZ:

...não existe ponto de chegada. Que o sentido e alcance das lutas democráticas se redefinirá na medida em que essas próprias lutas revelem novas opressões e novas

⁴²³ CASTRO, **O Devido Processo Legal...**, obra citada, p. 280.

exclusões. Que nome daremos a essa utopia? Pouco importa... para além do nome, o que hoje está fora de discussão é que a transformação emancipatória... não tem garantias. Que não existe um sujeito iluminado pela história. Que nada será possível se a nova cidadania não se constituir, tanto na obrigação política vertical entre cidadãos e Estados, como na obrigação política horizontal entre os próprios cidadãos. Só desde uma nova cultura que revalorize a comunidade, a igualdade e a diversidade, a autonomia e a solidariedade será possível trilhar o caminho da democracia sem fim⁴²⁴.

BINDER, referindo-se ao desrespeito aos princípios e garantias fundamentais, alerta que não se pode ter uma visão superficial e pensar que são vícios intrínsecos do sistema, mas, ao contrário, "...o correto é considerar que as garantias constitucionais são espaços de luta, onde existem avanços e retrocessos, e que a justiça penal é, por sua vez, um grande espaço de luta, onde se joga a dignidade da pessoa. O importante é saber que parte do jogo cada um quer jogar."⁴²⁵

⁴²⁴ GOMEZ, **Entre a Lei...**, obra citada, p. 108-109.

⁴²⁵ "...lo correcto es considerar que las garantías constitucionales son espacios de lucha, en los que existen avances y retrocesos, y que la justicia penal es, a su vez, un grand espacio de lucha en el que se juega la dignidad de la persona. Lo importante es saber qué parte del juego quiere jugar cada uno." (BINDER, **Introducción...**, obra citada, p. 130).

5. CONCLUSÕES

1. 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.

2. A origem do princípio 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.

3. No Brasil, o princípio do devido processo legal veio garantido expressamente somente na Constituição Federal de 1988. Entretanto, já estava implícito nas Constituições anteriores.

4. O conceito do princípio do devido processo legal é um conceito 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.

5. 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 preceitos constitucionais.

6. 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.

7. No direito comparado, constata-se que o princípio do devido processo legal

foi amplamente acolhido pelas principais nações, bem como pelos tratados e convenções internacionais.

8. Historicamente, constata-se a existência de três grandes sistemas processuais penais: inquisitório, acusatório e misto, também conhecido por napoleônico ou reformado.

9. A Constituição Federal de 1988 fez opção por um sistema acusatório, devendo o direito processual penal ser analisado e interpretado a partir desse novo paradigma acusatório.

10. Um processo penal realmente democrático e de estrutura acusatória deve necessariamente ser um instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

11. 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.

12. O acesso à justiça, no âmbito processual penal, significa precipuamente dar ao acusado todas as condições necessárias para ingressar no processo e efetivar a sua defesa.

13. A presunção de inocência visa garantir ao acusado criminalmente o mesmo status e situação jurídica do inocente, impedindo o reconhecimento antecipado de culpa e garantindo, em regra, a sua liberdade em confronto com o interesse coletivo à repressão penal.

14. A garantia do juiz natural proíbe a existência de juízo ou tribunal de exceção, garante que o acusado só será processado e julgado pela autoridade judiciária competente e exclui a possibilidade de nomeação de juizes *ex post facto*.

15. O tratamento paritário dos sujeitos processuais significa dar às partes as possibilidades necessárias para que possam valer seus direitos, garantindo o julgador que haja o equilíbrio de situações.

16. A plenitude de defesa assegura ao imputado todos os meios necessários para poder resistir de todas as formas à persecução estatal, enquanto que o contraditório deve possibilitar a manifestação da parte sobre todas as provas colhidas.

17. A publicidade dos atos processuais objetiva dar transparência e legitimar todas as decisões confiadas ao julgador, dissipando qualquer desconfiança que possa surgir sobre a imparcialidade e independência com que é exercida a justiça.

18. A motivação dos atos decisórios garante a exteriorização das razões da decisão, justificando a atividade do julgador perante a sociedade e garantindo o reexame da causa, se necessário.

19. O processo penal deve se desenvolver dentro de um prazo razoável, sem dilações exageradas. Por um lado, os princípios processuais devem ser respeitados e, por outro, a prestação jurisdicional deve ser prestada de acordo com os prazos estipulados anteriormente.

20. 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.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Edson V. As lacunas na Lei e o Desejo do Inconsciente. **Direito Penal e Processual Penal. Uma visão garantista.** [org. Gilson Bonato]. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.

ABRAHAM, Henri J. e PERRY, Barbara A. **Freedom and The Court**, London : Oxford University Press, 1994.

ALBERTON, Genacéia da S. Prazo para Interrogatório face à Ampla Defesa e ao Contraditório. **Estudos de Direito Processual Penal** [org. Cláudio Paulo C. Tovo]. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de Derecho Procesal Penal.** 3. ed. Madri : s/ ed, 1981.

ARMENTA DEU, Teresa. **Principio Acusatorio e Derecho Penal.** Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995.

BACILA, Carlos R. **Polícia x Direitos Humanos.** Diligências Policiais de Urgência e Direitos Humanos: O Paradigma da Legalidade. Curitiba : J M Editora, 2002.

BARREIROS, José A. **Processo Penal – 1.** Coimbra : Almedina, 1981.

BARBOSA MOREIRA, José C. O juiz e a prova. **Revista de Processo.** v. 35. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1984.

BARROS, Antônio M. de. A Defesa do Acusado e sua Intervenção no Interrogatório Judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 4, n.º 14, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr/jun de 1996.

BARROSO, Luis R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo : Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso R. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. Artigos 5.º a 17. São Paulo : Saraiva, 1988.

BIANCHINI, Alice **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BIDART, Adolfo G. El Tiempo y el Proceso. **Revista de Processo**, v. 23. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1983.

BINDER, Alberto M. **Introducción ao Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1999.

BITAR, Orlando. **Obras Completas de Orlando Bitar**: Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho. v. 2, Rio de Janeiro : Renovar, 1996.

BONATO, Gilson; VASCONCELOS, Rita de Cássia C. de. Aspectos Controvertidos do Contraditório nos Recursos Cíveis. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais**. v. 4. [Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior]. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed . rev. atual. e aum. São Paulo : Malheiros, 2001.

BURGOA, Ignacio. **Las Garantías Individuales**, 12. ed., Mexico : Editorial Porrúa, 1979.

CÂMARA, Luiz A. **Prisão e Liberdade Provisória**. Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar. Curitiba : Juruá, 1997.

_____. **Editorial Revista de Jurisprudência Brasileira Criminal**. nº 32 (habeas corpus). Curitiba : Juruá, 1993.

CARNEIRO, Paulo César P. **O Ministério Público no Processo Civil e Penal**. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

CARVALHO, Amilton B. de. **Magistratura e Direito Alternativo**. 3. ed. Rio de Janeiro : Luam, 1996.

_____. **Direito Alternativo em Movimento**. 2. ed. Rio de Janeiro : Luam, 1997.

_____. Nós, Juizes, Inquisidores (ou da não-presença do advogado no interrogatório). **Direito Penal e Processual Penal – Uma Visão Garantista**, [coord. Gilson Bonato]. 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.

CARVALHO, Amilton B. de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed. amp. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2001.

_____. **O Juiz e a Jurisprudência – um desabafo crítico! Garantias Constitucionais e Processo Penal.** [org. Gilson Bonato]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, no prelo.

CASTRO, Carlos Roberto de S. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1989.

CHOUKR, Fauzi H., **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CORDEIRO, Nefi. A Recorribilidade das Interlocutórias no Processo Penal. **Direito Penal e Processual Penal – Uma Visão Garantista,** [coord. Gilson Bonato], Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.

CORREIA, Plínio de O. **Liberdade Individual nos Países do Mercosul.** 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 1998.

COUTURE, Eduardo J. **Proyecto de Código de Procedimiento Civil.** Montevideo : s/ed. 1945.

_____. **Introdução ao Estudo do Processo Civil.** Rio de Janeiro : José Konfino Editor, 1951.

_____. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** 3. ed. (póstuma). Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1978.

_____. **Estudios de Derecho Procesal.** v. I. Buenos Aires : Depalma, 1979.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988.** v. I – art. 1.º ao 5.º, I a LXVII. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 3. v., 1992.

CUESTA, J. M. L. **La Presunción de Inocencia ante la Casación**. Madrid: Editorial Colex, 1991.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1997.

DINAMARCO, Cândido R. **A Instrumentalidade do Processo**. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Revisto e Ampliado por Francisco de La Peña. Brasília : Rosa dos Tempos, 1993.

FERNANDES, Antonio S. **Princípios e Garantias Processuais Penais em 10 anos de Constituição Federal**. Os 10 anos da Constituição Federal, [coord. Alexandre de Moraes], São Paulo : Atlas, 1999.

_____. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal**. 2. ed. Madri : Trotta, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo : Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. v. 1, Coimbra : Coimbra Editora, 1981.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)**. Mexico : Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1985.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**. v. 3, Rio de Janeiro : Forense, 1940.

GOMES, Luiz. F. Constitucionalidade dos Poderes Inquisitivos do Juiz. STF Abre Caminho para o Juiz 'Político'. **Os 10 anos da Constituição Federal**. [coord. Alexandre de Moraes]. São Paulo : Atlas, 1999.

_____. As Garantias Mínimas do Devido Processo Criminal nos Sistemas Jurídicos Brasileiro e Interamericano: Estudo Introdutório. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. [Coord. Luiz Flávio Gomes; Flávia Piovesan]. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES FILHO, Antonio. M. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo : Saraiva, 1991.

_____. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMEZ, Diego J. D. **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.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo : Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada P. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro : Forense, 1990.

_____. O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia. **Revista de Processo**, v. 29, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1983.

GRINOVER, Ada P.; FERNANDES, Antonio S; GOMES FILHO, Antonio. M. **As Nulidades no Processo Penal**. 3. ed. rev. aum. 2. tiragem. São Paulo : Malheiros, 1994.

GUIMARÃES, Mário. **O Juiz e a Função Jurisdicional**, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HAMILTON, Sérgio D. Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal. **Revista Forense**. v. 269. Ano 76. Jan. Fev. Mar. 1980.

HOYOS, Arturo. La Garantía Constitucional del Debido Proceso Legal. **Revista de Processo**. v. 47. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1987.

JARDIM, Afrânio S. **Direito Processual Penal**. 6. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro : Forense, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.

MACIEL, Adhemar F. O Devido Processo Legal e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Processo**, v. 85. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Tomo I, v. b. Buenos Aires : Editorial Hammurabi, 1989.

MARICONDE, Alfredo. V. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Tomo II, Cap. V, 1, Buenos Aires : Editorial Lerner, 1969.

MARQUES, José F. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. V. 1, Rio de Janeiro : Forense, 1965.

MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. **A Vinculação do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MARTINS DA COSTA, Paula B. F. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MAZZILLI, Hugo N. O Ministério Público no Processo penal. **Revista Justitia**. v. 95, ano 38, 4.º trimestre de 1976.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim C. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1973.

MIRABETE, Júlio F. **Código de Processo Penal Interpretado**. 4. ed. São Paulo : Atlas, 1996.

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.

_____. Exílio Local: Subsídios para uma Análise Político-ideológica. **Revista de Direito Alternativo**, nº 03, São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

_____. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Separata Revista !TEC**, ano 1, nº 04, Sapucaia do Sul: Editora Notadez, jan/fev/mar de 2000, p. 02.

_____. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Separata ITEC**. Ano 1. N.º 4, jan/março 2000.

NASSIF, Aramis. Cultura: Teoria do Direito e Teoria do Direito Alternativo. **Revista de Estudos Criminais !TEC**, nº 03, Sapucaia do Sul: Editora Notadez, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996.

NICZ, Alvacir A. **Estudos de Direito Administrativo**. Curitiba : J M Editora, 1995.

NORONHA, Edgard M. **Curso de Direito Processual Penal**, 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1971.

OLIVEIRA, Carlos Alberto A. de. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. **Ajuris**, 33/81, Porto Alegre: Ajuris, 1985.

OLIVEIRA VARGAS, Jorge de. **Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Juruá Editora, 1989.

OLMEDO, J. A. C. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires : Editorial Ediar, t. I, 1960.

PIMENTA, José da C. **Introdução ao Processo Penal**. Coimbra : Livraria Almedina, 1989.

PIMENTA BUENO, José. A. **Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro**. Ed. Anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1959.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1992.

_____. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 55.

_____. Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal Brasileiro: Visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em Homenagem às idéias de Julio B. J. Maier. **Direito penal e processual penal – uma visão garantista**, [coord. Gilson Bonato], Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.

RAMOS, João Gualberto G. **Audiência Processual Penal**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

RANGEL, Paulo. O garantismo Penal e o Aditamento à Denúncia. **Revista de Estudos Criminais ITEC**, nº 04, Sapucaia do Sul: Editora Notadez, 2001.

RIOS, Rodrigo S. **Tutela Penal da Seguridade Social**. São Paulo : Dialética, 2001.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**. Princípios Constitucionais do Processo civil. 3. ed. rev., atual. e aum., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.

SCHWARTZ, Bernard. **Os Grandes Direitos da Humanidade: 'The bill of rights'**. Tradução de: A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro : Forense, 1977.

SILVA, Germano M. da. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. rev. e atual. Lisboa : Editorial Verbo, 1996.

SILVA, Jorge V. **Tóxicos. Alterações da Lei 10.409/02 – Aspectos penal e processual penal**. Curitiba : Juruá, 2002.

SILVEIRA, Paulo F. **Devido Processo Legal: due process of law**. 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**. Aspectos Fundamentais. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Forense, 1993.

STRECK, Lênio L. **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 : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Execução da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal**. Rio de Janeiro : Aide Editora, 1987.

TOVO, Paulo C. Introdução à Principiologia do Processo Penal Brasileiro. **Estudos de Direito Processual Penal**. [org. Paulo Cláudio Tovo]. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.

TUCCI, José Rogério C. 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 L. **Princípio e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1993.

TUCCI, Rogério L.; TUCCI, José Rogério C. e. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993.

VARGAS, José C. de. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte : Del Rey, 1992.

VASCONCELOS, Rita de Cássia C. de. Breves Anotações sobre o Princípio do Juiz Natural. **Revista Verba Iuris**, ano III, n.º 1, Curitiba : Editora Champagnat / PUCPR, 2000.

VIGORITI, Vitorio. **Garanzie Costituzionali del Processo Civile**. Milão : Giuffrè, 1973.

WAMBIER, Luiz R. Anotações sobre o Princípio do Devido Processo Legal. **Revista de Processo**, v. 63. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991.