

UFC
EMP

Direito Constitucional Processual

(Princípios Tutelares do Processo Penal)

Jarlan Barroso Botelho

Fortaleza/CE.
2003.

À DEUS, por sua infinita misericórdia.

Aos meus pais, Jarbas e Solange, pela formação ética e moral.

À minha amada esposa Márcia, mulher virtuosa tal qual prevista em Provérbios 31:10-31.

Aos meus amados filhos, Renan e Amanda, razão e incentivo para minha luta, e alegria para os meus dias.

Folha de aprovação

iv

Orientadora: Maria Magnólia Barbosa da Silva (Mestre)

Banca Examinadora: = | *Magnólia B. da S.* (MS)

Nota 10,0 (DEZ) 

Em. 18/07/03

RESUMO

v

Procuramos com este trabalho, tecer rápidas considerações acerca da fundamental importância dos parâmetros constitucionais sobre o processo, em especial, sobre o processo penal, procurando demonstrar que nenhuma regra processual, por mais inovadora e democrática que se apresente, poderá contrariar as regras constitucionais vigentes, posto que, caso assim o faça, padecerá de vício insanável que a transformará em uma norma natimorta. Para alcançar esse objetivo, buscamos apresentar algumas previsões constitucionais que apresentam-se relevantes como instrumentos condutores das regras processuais, embora, devido ao tempo, essa análise, que se mostra superficial, não tenha exaurido o tema.

Sumário

Resumo.....	v
Introdução.....	1
Capítulo I – Noções Introdutórias.....	3
Capítulo II – Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional ?.....	4
Capítulo III – Direito constitucional processual.....	10
3.1. Antecedentes históricos e Abordagem Constitucional do Processo.....	12
Capítulo IV – Garantias processuais na Convenção Americana.....	14
Capítulo V – A constituição como fonte do processo.....	18
Capítulo VI – Os Princípios Constitucionais.....	23
6.1. Princípio da Isonomia (Art. 5º, “caput”)	25
6.2. Livre acesso à justiça (Art.5º, XXXV).....	27
6.3. Funcionamento do Tribunal do Júri (XXXVIII).....	28
6.4. Princípio da legalidade (XXXIX).....	37
6.5. Princípio da irretroatividade da Lei Penal (XL).....	40
6.6. Regras dos Crimes Hediondos (XLIII).....	43
6.7. Princípio do Juiz Natural (LIII).....	45
6.8. Princípio do devido processo legal (LIV).....	46
6.9. Princípio da ampla defesa (LV)	49
6.10. Princípio da vedação da prova ilícita (LVI).....	51
6.11. Princípio da presunção de inocência (LVII).....	53
6.12. Regra da restrição da identificação criminal (LVIII).....	58
6.13. Previsão da queixa subsidiária (LIX).....	59
6.14. Princípio da publicidade(LX, LXII a LXIV).....	61
6.15. Regra da limitação da prisão (LXI).....	64
6.16. Regra da vedação de prisão ilegal (LXV).....	65
6.17. Regra da liberdade provisória (LXVI).....	66
6.18. Princípio da fundamentação das decisões (art.93, IX).....	67
6.19. Princípio da privatividade da ação penal (art.129,I).....	69
Capítulo VII – Conclusão.....	71
Bibliografia.....	73

Introdução

O presente trabalho, embora aborde um tema de larga abrangência e de incontestável proficuidade, não tem a pretensão de esgotar o assunto, nem tampouco de ser inovador em suas idéias ou polêmico em suas posições, mas cuida-se apenas do resultado de uma nova reflexão sobre os princípios tutelares do processo penal, na visão de um aplicador do direito – Promotor de Justiça – cuja intenção é de ver o processo como instrumento de realização de anseios sociais, como instrumento de concretização da Justiça.

A exiguidade do tempo, a labuta diuturna incessante e desgastante, nos impediram de aprofundarmo-nos no assunto, que por certo, é de extrema atualidade e inegável importância. É terreno fecundo, berço de calorosas discussões doutrinárias, e origem de inúmeras teorias, em especial no presente momento em que se discute no congresso nacional a alteração dos códigos processual penal e processual civil.

As reformas dos dois diplomas, de certo, não podem ignorar as regras traçadas pelo direito constitucional processual – ou como preferem alguns, direito processual constitucional – sob pena de fazer trabalho inócuo, incompatível com a atual realidade que a constituição impõe, seja no campo das garantias como a amplitude de defesa e contraditório, seja pelo novo parâmetro introduzido pela previsão dos Juizados especial com novos princípios processuais, como a oralidade, a simplicidade, a informalidade, etc., traçando com isso novas regras a serem adotadas por toda a legislação processual que se pretenda moderna.

A visão do processo como instrumento da garantia da justiça, não pode desprezar a máxima de que a justiça tardia é injustiça flagrante. Essa visão faz com que a simplificação dos atos processuais tornem-se uma necessidade do dia-á-dia, e levou o legislador constituinte

a inserisse no texto constitucional a previsão dos juizados especiais com rito processual que adota novos paradigmas, tudo em busca desta Justiça célere.

Ao passo disso, não podemos deixar de acolher a regra da AMPLA defesa, a qual, no entanto, não pode ser instrumento de procrastinação do andamento do processo, ou meio hábil para garantir a impunidade por meio da prescrição, em especial no que tange ao Processo Penal.

A Constituição Federal é a nascente de todas as regras processuais, e desta minam as regras sem as quais o processo torna-se instrumento sem eficácia, insípido e inócuo.

No presente trabalho, busca-se mostrar que toda e qualquer interpretação de regras processuais devem ser guiadas pelo prisma oriundo de sua origem constitucional, sob pena de incidir em equivocada e distorcida interpretação, levando a irreparáveis prejuízos para as partes e para a Justiça como um todo.

Como visto, as regras constitucionais são uma fundamental fonte de inspiração para que sejam traçadas normas processuais que consigam concretizar uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz, e por se não dizer, JUSTA, que é afinal, a busca de todos.

Devemos, no entanto, não esquecer-mos que nossa Constituição, embora tenha realçado as garantias individuais, possui uma visão global do social, sendo construção legislativa de cunho eminentemente coletiva, visando a proteção do coletivo sob o individual, consciente que o Estado não é o individual, mas sim o coletivo, devendo suas regras serem sempre interpretadas em favor da maioria, conscientes que o direito do indivíduo só tem valor quando respeita os de seu próximo.

Capítulo I

Noções Introdutórias

O direito constitucional processual, longe de ser uma disciplina autônoma, é uma metodologia adotada pelos doutrinadores a fim de possibilitar o estudo do processo por meio da análise das regras traçadas pelas constituições.

O estudo do direito constitucional processual iniciou-se por meio de mestres como Calamandrei, Liebman, Couture e Goldschmit, os quais foram acompanhados pelos profícuos estudos dos mestres Cappelletti, Denti, Vigoriti, Augusto Mário Morelo, Buzaid, José Frederico Marques e o nosso insuperável José Albuquerque Rocha, sendo estes dois últimos, os valores nacionais que melhor desenvolveram os estudos a cerca de tão palpitante tema.

Os primeiros autores, assim como o fizeram os professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra, preferem denominar esse ramo do direito como Direito processual constitucional, denominação esta que não é acompanhada pelo culto professor José de Albuquerque Rocha, o qual prefere denominar a matéria como Direito Constitucional Processual.

Não estamos aqui diante de um caso em que a ordem dos fatores não altera o produto. A alteração na ordem da denominação possui significativa diferença, que tornam-nas matérias distintas e de conteúdo diversos, conforme demonstrar-se-á adiante.

Embora os desatentos, a primeira vista, encarem as duas disciplinas como algo único, a verdade indica que cuidam-se de matérias distintas, com objetos de estudo próprios e metodologia diversa.

Vejam os quais seriam essas distinções, para que assim se possa desenvolver com melhor fluidez o trabalho que ora se inicia, posto que a discussão introdutória é a pedra angular do estudo sobre a influência da constituição no processo.

Capítulo II

Direito Constitucional Processual Ou Direito Processual Constitucional?

Há na doutrina processual uma enorme divergência no tocante a denominação do método científico de que ora se cuida, sendo que alguns autores adotam a denominação Direito processual constitucional e outros a denominação de direito constitucional processual, sendo que essa utilização, por vezes, é adotada sem critério, ou sem que se perceba a distinção das duas denominações, o que, *data venia*, é um erro que se deve evitar.

Os que adotam a denominação de direito constitucional processual, o fazem sob o pálio de que o direito constitucional processual é a disciplina constituída de normas constitucionais que consagram princípios processuais. O direito constitucional processual seria assim, um conjunto de normas constitucionais consagradoras de princípios sobre o processo.¹

Ao seu passo, os que defendem a Segunda denominação, o fazem por entenderem ser o mesmo constituído de normas processuais embutidas na Constituição. O “direito processual constitucional” é assim composto substancialmente de normas de natureza processual, embora formalmente inseridas na Lei Fundamental.²

Se a primeira vista a discussão pode apresentar-se desnecessária, essa impressão deve de logo ser apagada, posto que a denominação do tema coloca-os em pólos diversos, em razão do estudo de seus conteúdos. Não trata-se, portanto, de divergência nominal, mas de conteúdo a ser estudado por cada um dos temas.

Quando falamos em direito processual constitucional, enfatizamos o caráter processual das normas, colocando em segundo plano o seu caráter constitucional, induzindo, desta forma,

¹ ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo, pág. 57, 5ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2001.

o jurista a interpretar as normas constitucionais pelo lado processual, colocando com isso as regras processuais acima das normas constitucionais. O resultado disso, segundo José de Albuquerque Rocha, é o jurista subverter o princípio da hierarquia (colocando a norma processual cima da norma constitucional), perpetuando velhas concepções sobre o processo, o que redundaria em restrição às forças inovadoras inerentes dos princípios constitucionais.

Essa interpretação colocaria os princípios tradicionais do processo em um nível constitucional, fazendo com que os princípios originariamente previstos nos códigos de processo, fossem elevados a normas constitucionais. Comprovada, pois, a inversão da hierarquia dos princípios, posto que, os princípios constitucionais são quem devem reger as regras processuais e não as regras processuais que regem os princípios constitucionais.

Exemplo do perigo que representa essa inversão consiste na questão da legitimação de agir das associações ou entes coletivos em geral, amplamente recepcionado pela nossa atual constituição, mas, não reconhecida pela doutrina e jurisprudência ainda dominante, a qual, sob os resquícios das regras processuais civis, restringe a legitimação de agir dos entes coletivos. Esse é um caso onde as regras processuais tradicionais, previstas nos códigos de processo, parecem possuir força impositiva maior do que àquelas previstas na Constituição. É a prevalência do entendimento do direito processual constitucional.

Por seu turno, a expressão “direito constitucional processual”, vem enfatizar o caráter constitucional da norma, e leva o jurista a fazer um caminho inverso daquele ocorrido com a primeira expressão. Passa-se a interpretar as normas processuais infra-constitucionais do ponto de vista dos valores e princípios emanados da fonte constitucional, adaptando as primeiras às inovações dos segundos, ou eliminando as normas subconstitucionais incompatíveis com os novos valores e princípios traçados pela Constituição.

Com isso, colocamos ordem à hierarquia das normas, vez que diante dessa segunda denominação os princípios constitucionais é que regerão os princípios processuais, adaptando

² Idem, *ibidem*.

estes às inovações introduzidas pela nova ordem constitucional, mais ampla e liberal, sem as amarras que tolhiam as inovações democráticas no campo processual.

Diante de tudo o que foi exposto, fica a lição do insuperável e inigualável mestre José de Albuquerque Rocha, o qual, discorrendo com extrema propriedade, assim se manifestou, *in literis*:

“Diante disso, optamos pela expressão “direito constitucional processual” por entendermos:

a) não ser a Constituição simples receptáculo do existente, mas consagradora de valores e princípios criadores de novas práxis jurídicas e sociais que servem de fundamento de validade e guia hermenêutico de todo o direito.

d) ser a denominação “direito constitucional processual” fundada na hierarquia das normas constitucionais, que é o critério mais correto do ponto de vista lógico e jurídico para classificar, objetivamente, todas as normas do ordenamento, já que as separa em classes qualitativamente inconfundíveis, o que não acontece com a outra denominação, cujo critério de classificação é arbitrário, por ser fundado na pretensa natureza da matéria, questão de difícil solução, já que, decidir se uma matéria em si mesma é processual ou constitucional, depende sempre de opiniões e não de um dado objetivo como é a hierarquia entre normas constitucionais e infraconstitucionais.”³

Mesmo discordando da utilização da expressão “direito processual constitucional” como a de melhor técnica para indicar a utilização dos princípios constitucionais como fonte orientadora dos princípios processuais, admitimos sua utilização como denominação das normas que regulam o chamado **processo constitucional**, corporificados nas ações de inconstitucionalidade de leis, ou ainda, de certos institutos de Direito Constitucional, como o mandado de injunção, o mandado de segurança e as demais ações constitucionais.

A esse respeito, e com esta mesma linha de raciocínio, apresenta-se o artigo intitulado “Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional - Limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade”, de MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA⁴, citado por IVO DANTAS, onde assenta que:

“O Direito Constitucional Processual seria formado a partir dos princípios basilares do ‘devido processo’ do ‘acesso à justiça’, e se desenvolveria através dos princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao Ministério Público, enfim, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural, etc...”

Já o Direito Processual Constitucional seria formado a partir de normas processuais de organização da Justiça Constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à ‘Garantia da Constituição’ e a ‘Garantia dos direitos fundamentais’, controle de constitucionalidade, soluções de conflitos entre órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, ‘Habeas Corpus’, ‘Amparo’, ‘Mandado de Segurança’, ‘Habeas Data’, etc....”

Por seu turno, o professor Doutor IVO DANTAS, em memorável artigo publicado na revista “Fórum Administrativo – Direito Público”, caminha no mesmo sentido, e pontifica, com todo sua cátedra, o seguinte, *in literes*:

³ ROCHA, José de Albuquerque, *opus citatum*, pág.58/59.

⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, In “JP – Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD – UFMG”, Belo Horizonte, junho de 2000, ano 2, nº 13, p.6.

“Ao nosso ver, e sem maiores discussões doutrinárias, poderíamos afirmar que o Direito Processual Constitucional é o conjunto de normas referentes aos requisitos, conteúdos e efeitos do processo constitucional, isto é, aquele dirigido à solução das controvérsias decorrentes da aplicação da Lei Maior, tendo como grande tema de análises, a Jurisdição Constitucional, ao lado da qual se colocam as ações referentes à Jurisdição constitucional das liberdades.

O Direito Constitucional Processual, por seu turno, abrangeria o conjunto de normas processuais existentes na Constituição, tais como, a Teoria da Jurisdição, o Direito de Ação e as Garantias Constitucionais referentes ao Processo e ao Procedimento.”⁵

E continua o eminente autor:

“O Direito Constitucional Processual, por seu turno, preocupa-se com a própria existência das garantias referentes ao processo e ao procedimento, entendendo-se como tal, a fixação de um Poder Judiciário e sua estrutura, garantias da Magistratura, estrutura e garantias do Ministério Público, sistema recursal, garantias do devido processo legal (due process of law) e seus desdobramentos.

Esquemáticamente, temos o seguinte quadro:”⁶

Direito Processual Constitucional:

Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade.

Jurisdição constitucional das liberdades: Remédios constitucionais.

Direito Constitucional Processual:

Garantias referentes ao processo e ao procedimento: due process of law.

⁵ DANTAS, Ivo. In Constituição e Processo: O Direito Processual Constitucional. Revista Fórum Administrativo – Direito Público, pág. 881, Ano I, n.º 7 – Setembro de 2001.

⁶ Dantas. Ivo, *opus citatum*.

Temos com isso um entendimento consentâneo de que o Direito Constitucional Processual e o Direito Processual Constitucional tratam-se de matérias distintas, sendo inadmissível o uso indiscriminado dessas duas terminologias para cuidar do mesmo tema.

Nossa posição é a mesma do professor José de Albuquerque Rocha e Ivo Dantas, sendo certo que o Direito Constitucional Processual cuida, em sua essência, dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo e procedimento, conforme se verá adiante.

Capítulo III

Direito Constitucional Processual

Como visto, o direito constitucional processual é disciplina que estuda os princípios constitucionais que tutelam o processo, e cujo o conteúdo pode ser colhido nos seguintes trechos da constituição:

- a) o inteiro capítulo III, título IV, que trata do Poder Judiciário;
- b) o inteiro capítulo IV, título IV, sobre o Ministério Público, Advocacia-Geral da União e Defensoria Pública;
- c) princípios e normas sobre a participação popular na função jurisdicional (art.5º, XXXVIII, e art.98);
- d) o princípio do acesso ao Judiciário (art.5º, XXXV)
- e) princípios e normas que tratam dos poderes-deveres dos juízes e direito fundamentais das partes no processo (art.5º, XXXVI a LXVII, entre outros);

Assim, temos o direito constitucional processual, na definição do mestre José de Albuquerque Rocha como: *“o conjunto de normas constitucionais que traçam o perfil constitucional da jurisdição.”*⁷

Por seu turno, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, o definem como : *“A condensação metodológica e sistemática dos princípio constitucionais do processo toma o nome de ‘direito processual constitucional’”*.⁸

⁷ Autor cit. *In* Teoria Geral do Processo, pág.60.

⁸ Autores citados *in* Teoria Geral do Processo, pág.79.

Assim, o direito constitucional processual abrangem, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional, na definição de José de Albuquerque Rocha.

Por seu turno, Ada, Dinamarco e Cintra, afirmam que a tutela constitucional do processo, é manifestado em duas premissas básicas a saber: a) direito de acesso à justiça (ou direito de ação e de defesa); b) direito ao processo (ou garantias do devido processo legal), conforme já visto nos capítulos acima.

Discorrendo sobre o tema, o emérito professor JOSÉ FREDERICO MARQUES informou, *in verbis*:

“pode-se falar, também em Direito Processual Constitucional como o conjunto de preceitos destinados a regular o exercício da jurisdição constitucional, ou seja, a aplicação jurisdicional das normas da Constituição. Ele não se confunde com o Direito Constitucional Processual que trata das normas do processo contidas na Constituição.”⁹

⁹ MARQUES, José Frederico, in Manual de Direito Processual Civil, Bookseller Editora, 1997, 1ª Ed. Atualizada, vol. I, p. 30/31.

3.1 Antecedentes históricos e Abordagem atual da tutela constitucional do processo.

O antecedente histórico das garantias constitucionais da ação e do processo é o art.39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem Terra a seus barões:

“Art.39. Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade , de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país”.¹⁰

Cláusula semelhante, já empregando a expressão *due process of law*, foi jurada por Eduardo III; do direito inglês passou para o norte americano, chegando à Constituição como a V emenda.

Conforme já abordado no capítulo III, a nossa constituição foi pródiga em inserir dispositivos que indicam a tutela constitucional da ação e do processo, e adiantou-se em caracterizar o direito processual não como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, concedendo-lhe (ou reforçando) a devida autonomia científica como instrumento público da realização da justiça.

Outra preocupação do legislador constituinte foi o de conceder à União a competência para legislar sobre direito processual, unitariamente conceituado (art.22, inc. I), e, no tocante a “procedimentos em matéria processual”, dá competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art.24, XI).

¹⁰ Constituição de 1215, imposta ao Rei João Sem Terra (Inglaterra)

Outro ponto a caracterizar o direito de ação, como espelho do acesso à justiça, é a previsão constitucional dos juizados especiais civis e penais, cujos princípios informativos pautam-se pela oralidade e concentração dos atos (art.98, I).

Caracteriza-se ainda como facilitação ao acesso à justiça, a legitimação dada pela Constituição ao Ministério Público para interposição de ações, bem como às entidades representativas de classes e associações. Destaca-se ainda a ampliação da legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

Capítulo IV

Garantias processuais na Convenção Americana (Pacto de São José da Costa Rica)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual foi devidamente ratificada pelo Brasil, passou a integrar nosso ordenamento jurídico por conduo do Decreto n.º 678, de 6 de Novembro de 1992. A partir daí, e nos exatos termos do art.5º, §2º da Constituição Federal, os direitos e garantias processuais nela contidos, passaram a fazer parte integrante de nossas garantias constitucionais processuais, complementando a Lei Maior e especificando ainda mais as regras do devido processo legal.

Vejamos, pois, o teor do artigo 8º da Convenção, *in verbis*:

“Art. 8º. Garantias judiciais.

1. 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 ele, ou para que se determinem seu direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

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

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou do tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

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

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

Muitas das garantias constantes da declaração transcrita, já encontram-se incorporadas ao bojo de nossa Carta Constitucional, sendo que em alguns casos nossa Constituição é mais garantidora que a própria Convenção (como no caso em que afirma que a defesa técnica é indisponível em caso de processo penal).

Noutras, como no caso da garantia do processo em prazo razoável, só vem surgir no texto da convenção, no entanto, em razão do dispositivo inserto no art. 5º, §2º da Constituição, passam a ser parte integrante das garantias processuais constitucionais, assim como ocorre com o princípio do duplo grau de jurisdição.

Em relação a este, temos a fazer algumas observações. Alguns doutrinadores, como sói o exemplo de Alexandre de Moraes¹¹, afirmam que o duplo grau de jurisdição não é uma regra constitucional, a despeito do contido no art. 5º, §2º da Constituição, por entender que os tratados são recepcionados pela Constituição, não como regra constitucional, pois tais regras somente ao legislador constituinte competiria criar em nome da soberania do Estado, e sim como norma infraconstitucional, que precisa ser aprovado por um decreto legislativo do Congresso Nacional, e posterior a promulgação pelo Presidente da República.

A recepção dos tratados internacionais, na conformidade com o amplo entendimento do Supremo Tribunal Federal, nunca poderiam contrapor-se as regras traçadas na constituição, colocando-os na mesma hierarquia das normas infraconstitucionais, podendo este ser expurgado quando suas regras contrariassem o ordenamento constitucional vigente.

Sobre esse entendimento, Francisco Rezek é taxativo ao afirmar que “*no estágio presente das relações internacionais, é inconcebível que uma norma jurídica se imponha ao Estado soberano à sua revelia*”¹².

Alexandre de Moraes, a esse respeito, afirma o seguinte:

“As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovados pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, de mesma hierarquia às leis ordinárias (RTJ

¹¹ Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional, pág. 569/570 -- 11ª Ed. -- São Paulo : Atlas, 2002.

¹² REZEK, Francisco. Direito Internacional Público, 6ª edição, São Paulo : Saraiva, 1996. Pág. 83.

83/809; STF – Adin. n.º 1.480-3 – medida liminar – rel. Min. Celso de Melo), subordinando-se, pois, integralmente, às normas constitucionais.”¹³

Por seu turno, o emérito professor de direito constitucional Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tem o seguinte entendimento, *in literes*:

“é pacífico no direito brasileiro que as normas internacionais convencionais – cumprindo o processo de integração à nossa ordem jurídica – têm força e hierarquia de lei ordinária. Em consequência, se o Brasil incorporar tratado que institua direitos fundamentais, estes não terão senão força de lei ordinária. Ora, os direitos fundamentais outros têm a posição de normas constitucionais. Ou seja, haveria direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional, outro meramente legal”¹⁴

Com isso, temos que o direito ao duplo grau de jurisdição, embora previsto como um dos direitos fundamentais do homem pelo Pacto de São José da Costa Rica, não vem a constituir-se, em nosso ordenamento, como um direito de ordem constitucional, vez que não previsto originariamente em nosso texto constitucional, mas, em razão da recepção do sobredito tratado, vem a ingressar em nosso ordenamento como norma infraconstitucional.

¹³ MORAIS, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais, 3ª edição, São Paulo : Atlas, 2000. Pág. 304.

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo : Saraiva, 1995, pág.99

Capítulo V

A Constituição como fonte do processo

A constituição, enquanto lei maior de um país, é fonte primacial de todos os ramos do direito, posto que em seu texto, traça normas reguladoras de caráter geral para os diversos setores da ordem jurídica, como lembrado pelo grande JOSÉ FREDERICO MARQUES¹⁵.

Tem-se, portanto, a constituição como fonte formal do direito processual penal, já que no texto da Lei Maior, estão contidas as regras de cunho geral que irão guiar a ação do legislador ordinário na normatização do processo.

Inquestionável a conclusão de que as regras processuais possuem um paralelo inafastável com as normas constitucionais, sendo certo que as primeiras não podem chocar-se com estas últimas, sob pena de torna-las ineficazes, inócuas, espúrias e atentatórias aos direitos e garantias do cidadão.

A Constituição, como retrato das modificações políticas, econômicas e sociais de um povo, é fonte primacial das regras processuais, devendo servir de espinha dorsal não só para a criação de princípios do processo, mas também como fonte de interpretação desses princípios.

No escólio de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, a ligação entre Constituição e processo vem aflorando mais pujante a cada dia. Vejamos esse entendimento, *in literis*:

“Hoje acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o

¹⁵ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, pág. 78, Vol. I, Ed. Bookseller, Campinas, 1997.

caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.”¹⁶

Importa ressaltar que o direito processual, como todo o ramo do direito público, tem suas linhas principais traçadas pelo direito constitucional, o qual é o responsável pela fixação de sua estrutura no tocante aos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo.

Lapidar a lição do sempre lembrado JOSÉ FREDERICO MARQUES, nosso primeiro autor a dar destaque e analisar cientificamente a atuação da constituição sobre as normas processuais. Vejamos o escólio do mestre, *in verbis*:

“Da definição de escopos contida no preâmbulo, das regras programáticas que se inserem em várias passagens de suas seções e capítulos, e das próprias normas que se destinam a fixar particularmente regras e imperativos jurídicos individualizados, emerge o pensamento diretor da Constituição e brotam os postulados políticos que a inspiram.

*A hegemonia sem contrastes que é dada à Constituição Federal, no conjunto das fontes formais que revelam os cânones da ordem jurídica, não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de toda, ou imperativo jurídico.”*¹⁷

Assim, as regras e princípios previstos na constituição funcionam como guia para o legislador e como garantia ao cidadão, que tem nas regras constitucionais uma segurança de que as “regras do jogo” não mudarão no meio da partida com a mesma facilidade com que se alteram as leis ordinárias.

¹⁶ Autores citados *in* Teoria Geral do processo, 17ª edição, São Paulo : Malheiros Editores, 2001, pág. 78.

¹⁷ MARQUES, José Frederico. Ob. Cit., pág. 79.

A rigidez da constituição, que só poderá ser alterada por procedimentos legislativos próprios, contribuem para essa segurança, assim como colaboram sobremaneira as cláusulas pétreas inseridas no texto constitucional.

A propósito, na observação de ROGÉRIO LAURIA TUCCI¹⁸, reportando-se ao assunto, lembra que, conforme anotado por Mauro Cappeletti e Vigoritti, a introdução de prerrogativas judiciais no texto da lei maior, ao lado de seu evidente valor político e ideológico, também ostenta um significado estritamente legal, qual seja o da possibilidade de serem modificadas apenas mediante especial e complexo procedimento legislativo¹⁹.

No caso específico de nossa Constituição, essas garantias são asseguradas pela rigidez da qual se reveste, impossibilitando sua reforma sem que sejam adotadas medidas que venham a assegurar a manutenção de seus princípios básicos.

Além dessa necessária segurança, nossa constituição nos brindou com uma série de inovações que vieram ampliar as garantias processuais e as garantias individuais do cidadão, como por exemplo, o acesso ao judiciário, o conceito de devido processo legal, etc.

A esse respeito, o escólio de JOSÉ AFONSO DA SILVA aponta as inovações que a Constituição trouxe e que modificam os paradigmas processuais. Vejamos o ensinamento, *in literes*:

“O art.5º, XXXV, declara: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Acrescenta-se agora ameaça de direito, o que não é sem consequência, pois possibilita o ingresso em juiz para assegurar direitos simplesmente ameaçados. Isso já se admitia nas leis processuais, em alguns casos. A

¹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. Constituição de 1988 e Processo, pág.2; Editora Saraiva, São Paulo, 1989.

¹⁹ Fundamental Guarantees of the Litigants in Civil Proceedings: Italy, in Fundamental Guarantees os the Parties in Civil Litigation, Milano-New York, Giuffre-Oceana, 1973, p. 516.

Constituição amplia o direito de acesso ao judiciário, antes da concretização da lesão.

A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A Segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também.”²⁰

O mestre constitucionalista nos indica as modificações ocorridas, com o advento da nova Constituição, da questão do acesso ao Judiciário e do monopólio da jurisdição, esclarecendo inclusive a impossibilidade de coexistência do contencioso administrativo em razão da concessão constitucional do monopólio da jurisdição ao Poder Judiciário.

Continuou o festejado mestre afirmando que além desse inciso, a Carta Constitucional consagrou o princípio do devido processo legal e o contraditório e ampla defesa, os quais, somados ao do acesso à justiça fechavam o ciclo das garantias processuais.²¹

Embora vejamos outros princípios constitucionais que conduzam ao surgimento de novos princípios processuais, a lição de José Afonso é indicativa da pertinência do método traduzido no Direito Constitucional Processual, em que conduz a análise das regras constitucionais como regras a serem obedecidas pelos princípios processuais.

²⁰ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo : Editora RT, 1990, pág.372.

²¹ Curso de Direito Constitucional..., pág.372/373.

Não podemos descurar, no entanto, e olhar a constituição com mero repositório de garantas individuais, olvidando que esta é, eminentemente, uma lei de amplo cunho social, uma garantia coletiva, a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito, e como tal, uma regra que restringe o direito individual em detrimento do direito coletivo.

Essa preocupação com o coletivo é sentida em nossa constituição em diversas passagens, a inicial com seu art. 1º, onde adota como fundamentos da república a cidadania, a dignidade da pessoa humana, dentre outros. No art. 3º, o inciso IV é sintomático, ressaltando a busca da promoção do BEM DE TODOS, sem qualquer discriminação.

O “caput” do art. 5º, mostra essa mesma preocupação com o bem estar coletivo ao assegurar como direito de todos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Buscou ainda a Constituição ampliar a legitimação ativa no tocante a interposição de ações tendentes a assegurarem a concretização de direitos de uma classe, representada por meio de associações ou sindicatos (art. 8º, III), assim como o fez em relação a possibilidade de interposição de Mandado de Segurança coletivo (Art. 5º, LXX, “b”), patenteando com isso o caráter eminentemente coletivo da carta política.

Infelizmente, esse “espírito de coletividade” instituído na Constituição de 88, mesmo já passado quinze(15) anos de sua promulgação, ainda não foi devidamente incorporado por nossos juizes e nossos tribunais, os quais ainda possuem uma visão restritiva da legitimação ativa por parte de associações e sindicatos.

As regras processuais encontradas no texto constitucional são inúmeras, podendo, dentre outras, citar-mos as contidas no Art. 5º. Nos incisos XXXV; XXXVII; XXXVIII; LIII; LIV; LV; LVI; LVII; LIX; LX; LXI, etc.

Capítulo VI

Os princípios Constitucionais

(Aplicados ao processo penal)

Já vimos que a Constituição, como norma soberana do ordenamento jurídico pátrio deve ser interpretada de modo amplo, acentuando seu caráter social, utilizando-a como instrumento de realização do bem comum.

Nesse tocante, surge a idéia do “garantismo”, doutrina originária da Itália e que vem tomando corpo e ganhando fôlego em toda a Europa, e que hoje já ensaia seus passos nas Américas.

Segundo o professor italiano LUIGI FERRAJOLI, um dos expoentes da nova doutrina:

“Grantismo é antes de tudo um modelo de Direito. Neste sentido, significa submissão à lei constitucional, à qual todos deverão ser sujeitados, sendo incorrento vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes institucionalizados, pois esta noção de soberania foi dissolvida pelo constitucionalismo. como decorrência, todos os poderes estão submetidos à vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direitos constitucional interno.”²²

Vislumbramos na lição que o garantismo visa antes de mais nada fazer prevalecer os direitos individuais como forma de limite ao poder soberano estatal, e que para tanto a obediência aos ditames da constituição – que devem resguardar esses direitos fundamentais – deve impor-se sobre as demais leis e os demais poderes constituídos.

²² FERRAJOLI, Luigi. A Teoria do Garantismo e seus Reflexos no Direito e no Processo Penal. Boletim IBCrim, n°77, Abril de 1999.

Nossa Constituição, conforme verificar-se-á, caminha no sentido do garantismo constitucional, buscando assim fazer com que os direitos individuais sirvam de base para se assegurar os direitos coletivos e o bem estar social.

Veremos agora os principais princípios insertos em nossa Constituição que regem nosso Processo penal, e a forma como estes princípios influenciam o rumo da processualística penal.

Além desses, não poderíamos deixar de fora as **REGRAS** processuais traçadas pela Constituição, as quais, embora não possam ser enquadradas como “princípios”, constituem-se em regras gerais de orientação processual, as quais, por sua origem constitucional, merecem igual realce.

DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS

6.1. Princípio da Isonomia (art. 5º, “caput”)

Nossa Constituição buscou colocar a todos em um pé de igualdade, não importando sua origem ou natureza, mostrando com isso que a igualdade entre as partes deve ser buscada a todo custo como forma de assegurar a concretização da justiça não pela predominância da força, mas pela prevalência do direito.

Nada mais justo e democrático do que a isonomia nesses casos, pois é certo de que todos devem lutar com as mesmas armas, em busca da “verdade real” que é o ponto focal do processo penal.

O insuperável mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA, discorrendo sobre o assunto em baila, nos traz o brilhante entendimento que ora se transcreve, *in literes*:

“O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilou aquela. É que a igualdade constitui signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.”²³

No campo do processo penal, esse princípio não pode ser deixada de lado, sob pena de assim o fazendo, vir a tornar apenas um dos lados da corrente forte, em detrimento dos interesses do outro.

²³ Autor cit. *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, pág. 188, 6ª Edição, 2ª Tiragem, ed., RT.

É certo, no entanto, que essa igualdade, para que venha a existir e ser exercitada, faz-se necessário criar mecanismos tendentes a proporcionar efetivamente essa almejada isonomia entre partes díspares, de classe social e econômica incompatíveis, ou entre o cidadão e o Estado acusador.

Para tanto, criam-se “garantias”, que não se confundem com privilégios, para que essa igualdade venha realmente a existir.

É por esse motivo que o acusado no processo penal possui tantos meios e recursos que possibilitam-lhe contrapor-se a acusação estatal.

Apenas como lembrança, anota-se aqui que os acusados, e somente estes, possuem recurso exclusivos que o Estado acusador não possui, tais como o protesto por novo júri, o *habeas corpus* e a revisão criminal.

Ocorre que esse princípio constitucional (isonomia) anda sendo espezinhado, menosprezado e esquecido, ao ponto dos advogados e até mesmo os próprios juizes, ampliando em muito o rol das possibilidades de defesa dos acusados, admitindo expedientes não previstos em lei em nome do “princípio da ampla defesa” (vide comentário adiante), quebrando com isso a necessária igualdade entre a acusação e a defesa.

Seria insensato acreditar que, em sede de processo crime, a defesa sairia em situação de igualdade com a acusação. Não podemos olvidar o fato de que incumbe à acusação provar o que alega, nos exatos termos do art. 156 do CPP, decorrendo daí a constatação de que em favor do acusado existe a garantia de que ele é inocente, ... até que se prove o contrário.

Ocorre que o mesmo artigo citado dá ensejo que a defesa PROVE o que alega, no caso, as situações em que o acusado tenha agido com algumas excludente de antijuridicidade ou eximente de culpa. Tal obrigação decorre do mencionado e pouco prestigiado princípio da isonomia.

6.2. Princípio do Livre acesso à justiça (Art.5º, XXXV)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Perguntar-se-ia, a soslaiio, o motivo da inclusão de tal princípio em um trabalho que se pretende dirigida eminentemente ao processo penal, posto que, tal princípio, *prima facie*, tem como escopo primordial a garantia de acesso a todos ao Poder Judiciário em busca de garantir um direito, sendo assim regra de direito material e não processual.

A resposta é óbvia. O livre acesso à justiça assegura não só ao cidadão recorrer ao Judiciário para interpor ações tendentes a assegurar direitos, mas também, deve assegurar ao cidadão o direito de por abaixo qualquer barreira que venha a restringir o seu exercício de ampla defesa, e isso se amplia diante do exercício de defesa no processo penal.

O Professor Celso Ribeiro Bastos, discorrendo sobre o assunto em baila, assim se reportou, *in litteris*:

*“Isto significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação.”*²⁴

Interpretar-se-ia esse princípio, de igual forma, como a previsão que afasta a possibilidade da lei vir a restringir ao cidadão, ou ao acusado em geral, o direito amplo e irrestrito, de levar o caso à apreciação do Poder Judiciário, a quem competirá dar a decisão final.

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro, *in* Curso de Direito Constitucional, pág. 198, Saraiva, 13ª Edição, São Paulo, 1990.

Decorre igualmente a ilação de que com isso assegura-se ao cidadão em geral a ser assistido por um defensor público de carreira que lhe possibilite o exercício de outro princípio constitucional, o da ampla defesa. Pergunta-se, no entanto: Onde estão os defensores públicos que nossa Constituição assegura (art. 134) como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”?

A constatação da enorme deficiência nos quadros da honrada e valorosa Defensoria Pública, tornando o exercício da ampla defesa um direito sem efetividade, nos alerta sobre a necessidade de lutarmos pelo fortalecimento da Defensoria Pública como forma de assegurarmos o efetivo exercício da cidadania, além é claro do exercício amplo da isonomia processual.

6.3. Funcionamento do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII) (Regra e princípios)

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Podemos dizer que as linhas atuais do Tribunal do Júri surgiram em 1763, das idéias iniciais lançadas pelo mestre italiano CESARE BECCARIA, em sua clássica obra “Dos Delitos e das Penas”. Na oportunidade o festejado autor lançava as seguintes idéias, *in literes*:

“Lei sábia e de efeitos sempre felizes é aquela que prescreve que cada qual seja julgado por seus iguais; pois, em se tratando da fortuna e da liberdade de um cidadão, todos os sentimentos que a desigualdade inspira devem silenciar. (...)

Quando culpado e ofendido estão em condições desiguais, devem-se escolher os juízes, parte entre os iguais do acusado e parte entre os

do ofendido, a fim a de contrapesar desse modo os interesses pessoais, que mudam, mau grado nosso, as aparências das coisas, e para deixar que falem apenas a verdade e as leis.

É igualmente justo que o culpado possa recusar um certo número de juízes que lhe parecerem suspeitos e, caso o acusado goze constantemente desse direito, deve exercê-lo com reserva; pois, de outro modo, pareceria condenar-se a si mesmo.

*Os julgamentos devem ser públicos; também devem-no ser as provas do crime; e a opinião, que é talvez o único liame das sociedades, porá freio à violência e às paixões. (...)*²⁵

O Júri Popular foi adotado em todo o mundo civilizado, iniciando-se pela Europa, com maior destaque na França e Inglaterra, donde difundiu-se pelos demais países europeus e pelas Américas.

O Brasil é hoje, na América do Sul, o único país a manter o Tribunal Popular do Júri na sua forma clássica, posto que este foi extirpado do solo Argentino, Uruguaio, Chileno, bem como do México, na América Central.

Nossa Constituição, repetindo a regra traçada pelas Constituições de 46 e de 67, com as modificações introduzidas pela emenda 1/69 (que alguns consideram não uma emenda, mas sim outra constituição), reiterou a instituição do Tribunal do Júri, atribuindo-lhe competência para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Conforme anotado pelo insuperável mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁶, o Brasil é um dos poucos países em que a instituição do júri ainda se mantém relativamente fiel às linhas clássicas desse tribunal popular.

²⁵ Cesare Beccaria. Dos Delitos e das Penas; pág. 29 – tradução Torrieri Guimarães. Martins Claret. São Paulo – 2002.

²⁶ Estudos de Direito Processual Penal, pág. 237, 2ª Ed. – Campinas: Millennium, 2001.

Aos que criticam essa instituição – que cresce o coro em progressão geométrica, e a cada dia torna-se mais robusto e audível – a instituição do júri está fadada a extinção. E os argumentos surgem aos borbotões.

Inicia-se o rol com a argumentação de que os julgamentos levados a cabo pelos juízes laicos são regidos pela força política ou conduzidas pela imprensa, lembrando os críticos que nas cidades pequenas do interior, as pressões políticas ou a relação com alguma das partes retira a necessária isenção dos veredictos.

Dentre os discursos mais inflamados, destaca-se o do mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES, o qual, revelando total antipatia para com a instituição do júri, assim se manifestou, *in verbis*:

*“O júri é uma instituição em pleno ocaso. O Brasil é um dos poucos países fora do mundo anglo-saxônico que ainda mantém, em suas linhas clássicas, esse decrépito tribunal de origem normanda. Não é de admirar, por isso, que, entre nós, ainda tenha o seu prestígio o perempto e mitológico princípio do **de jure judices, e facto juratore**, princípio de há muito banido da ciência jurídica mesmo pelos poucos entusiastas que o júri consegue manter.”²⁷*

Ocorre que nossa Constituição manteve inalterada a questão da soberania dos veredictos, impossibilitando com isso a reforma, pelos Tribunais, das decisões nem sempre lúcidas e coerentes do tribunal do júri.

É de se anotar que o júri é uma instituição que, embora aparente um caráter democrático, já que possibilita as pessoas do povo julgarem seus semelhantes, possui falhas e deficiências que reclamam sua total reestruturação.

²⁷ MARQUES – José Frederico. Estudos de Direito Processual Penal, pág. 235, 2ª Ed. – Campinas: Millennium, 2001.

A própria *Lex Fundamentalis* fornece a ferramenta de reengenharia do júri ao fazer constar em seu texto a previsão de que: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:” (grifo nosso).

Extraí-se dessa sentença a possibilidade de modificar por completo a estrutura do júri, por força de Lei(ordinária), sem que, no entanto, afrontem-se as extensas garantias conferidas pelo texto constitucional, em especial a mais questionável destas, que é a da soberania de seus veredictos.

Não se pode olvidar as inúmeras falhas estruturais da atual concepção do júri traçadas por nossa legislação processual penal, que só fazem acentuar as imensuráveis deficiências do Tribunal Popular. Pode-se apontar o primeiro erro na bipartição do processo, com realce na formação da prova nessas duas fases. Na primeira fase, os juízes (jurados) não participam de sua formação, e na segunda, quando é produzida alguma prova, esta é limitada a tomada de poucos depoimentos, para em seguida os jurados “ouvirem” a leitura dos demais depoimentos colhidos na primeira fase do processo.

Como poderíamos entender como lógico, coerente e justo, um julgamento onde a formação da prova demorou um ano para ser realizada, e o juiz tem apenas cinco (05) horas – em tese – para conhecer, analisar e decidir sobre toda essa prova, da qual ele não participou da colheita?

E o que se dirá então do risco de entregar-se nas mãos de sete leigos a decisão sobre intrincadas teses jurídicas levantadas pelas partes, representadas por dois profissionais de extenso currículo acadêmico?

Afinal, os juízes leigos decidem sim matéria de direito. Engana-se quem ainda acredita que o tribunal do júri decide apenas matéria de fato, pois desconhece que, ao decidir sobre se o acusado agiu em exercício regular de direito e não em estrito cumprimento do dever legal, por exemplo, os juízes do povo decidem matéria eminentemente de direito.

Conforme anotado por José Frederico Marques, citando CARRARA,

*“Já ensinava Carrara que não existe julgamento pelo tribunal do júri em que os jurados não sejam chamados a emitir pronunciamentos jurídicos. E dizia ainda o mestre da Escola Clássica: “acabemos de uma vez por todas com essa hipocrisia de que os jurados são exclusivamente juízes do fato, hipocrisia que provoca riso”. No entanto, apesar de risível e grotesca a afirmativa, vemo-la, ainda hoje, repetida e reiterada em acórdãos, sentenças, pareceres e ensinamentos doutrinários.”*²⁸

Iniciariamos, portanto, com a necessidade de preparar-mos os juízes do povo para poderem compreender o parlatório do Promotor de Justiça e do advogado de defesa, com linguagem nem sempre inteligível para um leigo. Outra saída igualmente plausível e recomendável seria transformar os tribunais do júri em tribunais mistos, compostos por pessoas leigas e por assessores, que na França e nos Países Baixos corresponde a figura do escabino.

A produção da prova perante os juízes constitucionais é medida igualmente recomendável, assim como o é, que estes tenha conhecimento prévio de todo o fato, a começar pelo inquérito policial, por meio de fornecimento de cópia dos autos fornecidas com antecedência de, pelo menos, uma semana.

Em todas essas mudanças, mister se faz a observação e manutenção das garantias constitucionais contidas no art. 5º, XXXVIII, com especial destaque àqueles previstos no texto constitucional, quais sejam:

²⁸ Estudos de Direito Processual Penal, pág. 233, 2ª Ed. – Campinas: Millennium, 2001.

a) a plenitude da defesa: A plenitude de defesa, no caso em tablado, nada mais é do que a repetição do princípio contido no art. 5º, LV, numa redundância da importância da ampla defesa em sede de julgamento perante o júri popular.

O que buscou o texto constitucional foi assegurar aos acusados levados à júri, a garantia de uma defesa técnica de nível, afastando-se as defesas pusilânimes e teatrais que ainda permeiam o Cenáculo Popular.

Frisa-se, no entanto, que a garantia de ampla defesa perante o Tribunal do Júri não importará em quebra de outros princípios constitucionais – como a isonomia das partes – ou regras processuais, como a necessidade de arrolar testemunhas para serem ouvidas em plenário no momento oportuno.

A esse respeito, acrescenta-se que o repisado princípio da ampla defesa vem sendo utilizado abusivamente como arma para se quebrar a isonomia entre as partes perante o tribunal do júri, bem como perante o juízo singular.

O exercício de defesa não deve ser confundido com abuso e excesso. Até mesmo a amplitude de defesa previsto em nossa constituição possui limites que devem ser respeitados pelas partes, atendendo-se com isso os demais princípios traçados pela constituição e pela lei processual. Cabe, portanto, ao juiz presidente, fundamentando sua decisão (em atendimento ao art.93, IX da CF/88), podar os abusos pretendidos pelas partes, e com isso manter a igualdade entre estas.

b) o sigilo das votações: assegura-se com isso que os jurados, que não possuem as garantias dos juízes togados, não sofram coações ou pressões quando de suas decisões. Buscou-se com isso assegurar não só a isenção, mas também proteger a integridade física e psicológica dos jurados, evitando-se assim, teoricamente, a manipulação dos veredictos.

Conforme anotado por Francisco Gerson Marques de Lima²⁹ “são garantias da imparcialidade do jurado, à formação de sua livre convicção, e visam à própria segurança do corpo de jurados, considerando que seus membros não possuem as mesmas garantias dos juízes togados”.

Embora alguns doutrinadores defendam a possibilidade dos jurados trocarem idéias e discutirem acerca do processo, assim como é feito nos júris anglo-saxões, essa medida não afigura-se como adequada à nossa realidade social e cultural, detentora de tantos abismos entre pessoas de uma mesma classe social.

Os Tribunais pátrios tem entendido que a violação desse princípio acarreta nulidade absoluta do julgamento. Senão vejamos:

Júri – Sigilo das votações – Providência mantida após o advento da CF/88, que não aboliu a denominada “sala secreta” – Votação do Conselho de Sentença em plenário que importa nulidade absoluta do julgamento – inteligência e aplicação do art. 5º, XXXVIII, b, da CF e 476, 480 e 481 do CPP. “A CF de 1988 não aboliu a denominada ‘sala secreta’, havendo mantido a votação no referido recinto, consoante o disposto no art. 5º, XXXVIII. A violação desse preceito constitucional importa nulidade absoluta, devendo, pois, ser anulado o julgamento para que o réu seja submetido a novo júri, obedecidos os preceitos dos arts. 476, 480 e 481, todos do CPP. Preliminar do Ministério Público acolhida.” (TJRJ – AP – Rel. Américo Canabarro – RT 658/321)

²⁹ Fundamentos Constitucionais do Processo, pág.185, Malheiros Editores, São Paulo, 2002.

c) a soberania dos veredictos: reside aqui o ponto que gera as discussões mais acaloradas e as teses mais facciosas sobre o Tribunal do Júri.

A soberania dos veredictos assegura que a decisão tomada pelo conselho de sentença não poderá ser modificada em seu mérito pelos Tribunais de apelação. Estes, quando muito, podem anular a decisão por ocorrência de nulidade na quesitação, contradição nas respostas aos quesitos, nulidade ocorrida durante os debates, ou ainda, anular a decisão por conta de julgamento “manifestamente contrário a prova dos autos”.

Nesse último ponto, acusam alguns que a anulação do julgamento por ter sido este manifestamente contra a prova dos autos é uma modificação do mérito, posto que, ao apontar que o julgamento contrariou a prova, estaria o Tribunal analisando o mérito e corrigindo a decisão dos juízes constitucionais.

Alexandre de Moraes, discorrendo sobre o assunto afirma que:

“A possibilidade de recurso de apelação, previsto no Código de Processo Penal, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos não afeta a soberania dos veredictos, uma vez que a nova decisão também será dada pelo Tribunal do Júri.”³⁰

Esse é também o entendimento do STF, o qual já manifestou-se sobre a não ofensa ao princípio da soberania dos veredictos nas decisões que anulam o julgamento por ter sido este contrário da prova dos autos, manifestando esse entendimento por meio dos acórdão proferidos no HC 71.617-2 2ª T., Rel. Min. Francisco Rezek, DJU, Seção 1, 19 de Maio de 1995, p. 13.995; STF, RE 176.726-0, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, Seção 1, 26 de Maio de 1995, p. 15.165.

Os demais Tribunais pátrios também tem decidido nesse sentido. Vejamos, *verbis*:

³⁰ Autor citado, in *Direito Constitucional*, pág.110, 11ª Edição, Editora Atlas, São Paulo – 2002.

“Decisão manifestamente contrária à prova dos autos à aquela que não tem apoio em prova alguma, é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos” (TJSP – 3ª C. – AP 221.439/3 – Rel. Gonçalves Nogueira – j. 22.04.97 – JTJ-LEX 193/307)

“Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é a que se afasta completamente dos subsídios enfeixados no processado, traduzindo verdadeira criação mental dos jurados” (TJRS – AP – Rel. Ladislau Fernando Röhnelt – RT 557/371)

Os acórdão acima servem aos argumentos daqueles que se opõe ao funcionamento do Tribunal do Júri, pois demonstram que este, não raras vezes, julga distanciando-se por total da prova colhida no decorrer da instrução criminal.

d) competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida: Aqui aponta-se a competência única do Tribunal do Júri. Embora defendam alguns sobre a possibilidade de ampliação dessa competência, defendemos a tese de que, caso o legislador constituinte desejasse ampliar essa esfera de competência, teria feito a referência, “...e outras atribuídas por lei”, demonstrando assim a possibilidade de ampliação do rol de competência.

Entrementes, essa competência de julgar os crimes dolosos contra a vida não é exclusiva. Embora nossa Constituição, em seu art. 5º, XXXVIII, tenha assegurado essa competência – que no nosso modesto entendimento seria de ordem exclusiva – a mesma carta, em seu art.102, I, “b” e “c” começa a arrolar as exceções a essa regra, decorrentes de prerrogativas de funções.

Assim, conforme observado por Alexandre de Morais³¹, as autoridades que possuem foro privilegiado em decorrência de prerrogativa de função, manterão essa prerrogativa nos

³¹ Opus citatum, pág.110/111.

crimes dolosos contra a vida, tendo em vista que no conflito aparente de normas de mesma hierarquia, prevalecerão as de natureza especial sobre a de caráter geral.

e) Demais considerações

Aplica-se igualmente ao júri a proibição do uso de provas ilícitas, o princípio da isonomia, o princípio da presunção de inocência e o do duplo grau de jurisdição, dentre outros.

No que concerne ao princípio da isonomia no júri, anota-se que a aplicação desse princípio impede, por exemplo, que a defesa levante nova tese quando de sua tréplica, posto que com isso estaria colocando a acusação em desvantagem, quebrando igualmente o contraditório, outra garantia constitucional.

Concordando ou discordando com o modelo do júri, o que se nota é que a instituição ainda tem um longo caminho a trilhar em nosso país, devendo, pois, ser lapidado, aperfeiçoado e retificado em suas falhas, com o fim de assegurar a realização daquilo que mais próximo se convencionou a chamar de justiça.

6.4. Princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Nossa constituição, em seu art.5º, XXXIX, inseriu a previsão de que “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”, consagrando com isso o princípio da legalidade, já consagrado no art.1º do Código Penal, também conhecido como princípio da reserva legal.

Pela dicção lógica do dispositivo, extrai-se que vigora em nosso ordenamento jurídico o império da exigência de lei prévia para que determinada conduta seja enquadrada como fato típico. Assim, condutas anti-sociais não previstas como crime ou contravenção penal não podem ser objetos de punições legais. São condutas atípicas.

Alexandre de Moraes adverte que o princípio da legalidade é mais amplo do que o princípio da reserva legal, afirmando ainda que por vezes tais princípios são confundidos como sendo um único. Vejamos o seu magistério, *in verbis*:

“O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforma as regras do processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão-somente sobre os campos materiais especificados pela constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo.”³²

Por seu turno, o laureado mestre constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA, no auto de sua cátedra, discorrendo sobre o assunto “princípio da legalidade”, nos brinda com inestimáveis lições nesse tocante, *in literes*:

“O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática.”³³

³² Alexandre de Moraes. Direito Constitucional, pág. 69/70 – 11ª edição – São Paulo: Atlas, 2002.

³³ Curso de Direito Constitucional Positivo, pág. 362 – 6ª Ed. – rev. e ampli. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2ª tiragem, 1990.

A questão da distinção entre princípio da legalidade e o da reserva legal foi dissecado com maior proficiência pelo professor José Afonso, o qual faz esclarecedoras distinções entre um e outro. Presenteando-nos com ensinamentos referentes a distinção entre o princípio da legalidade e o da reserva legal, continua o brilhante constitucionalista seu magistério,

“A doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o princípio da legalidade e o da reserva de lei. O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Embora às vezes se diga que o princípio da legalidade se revela como um caso de reserva relativa, ainda assim é de reconhecer-se diferença entre ambos, pois que o legislador, no caso de reserva de lei, deve ditar uma disciplina mais específica do que é necessário para satisfazer o princípio da legalidade.”³⁴

De modo mais detido, José Afonso trata da legalidade penal, prevista constitucionalmente, mostrando a especificidade do comentado dispositivo constitucional e sua repercussão a nível de normatização de condutas, *verbis*:

*“Trata-se também de garantia individual previsto no art. 5º., XXXIX, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, em que se consubstancia o princípio **nullum crimen nulla poena sine lege**. O dispositivo contem uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer penas. Demais, a definição legal do crime e a previsão da*

³⁴ Autor e *opus citatum*, pág. 363/64.

pena hão que preceder o fato tido como delituoso. Sem lei que o tenha feito, não há crime nem pena.”³⁵

O princípio da legalidade, pois, configura uma garantia contra o excesso ou o arbítrio das autoridades, criando assim um escudo de segurança legislativa que vem se somar a outro princípio constitucional, no caso, o da irretroatividade da lei penal, assegurando dessa forma que a lei, que deve preceder o crime, nunca poderá retroagir para prejudicar o acusado, mas poderá o fazer, caso venha a beneficiá-lo.

É salutar e absolutamente imprescindível a inclusão do princípio da legalidade como garantia constitucional, inserta no rol das “cláusulas pétreas”, até mesmo porque, como anotado acima, tal princípio é corolário do Estado Democrático de Direito, e um não pode existir sem o outro.

6.5. Princípio da irretroatividade da Lei Penal (XL)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

A irretroatividade da lei penal, conforme já abordado em linhas acima, soma-se a outro princípio constitucional, no caso o da legalidade. Os dois juntos formam a base do direito penal e processual penal, posto que o primeiro assegura que nenhum crime irá existir sem uma lei anterior que o defina, e o último assegura que nenhuma lei pode voltar no tempo para prejudicar, mas tão somente para favorecer, criando com isso uma importante garantia processual penal.

Afigura-se neste princípio uma importante garantia aos acusados em geral, posto que lhes assegura que serão julgados na conformidade da lei que vigorava à época do cometimento do delito. Como sói a se dizer mais coloquialmente, não se muda a regra do jogo no meio da partida.

³⁵ Autor e *opus citatum*, pág. 370.

Ocorre que tal regra, de inafastável aplicação no âmbito do direito penal, é apenas relativa no campo das regras processuais penais, as quais, por igual decorrência lógica, modificam o procedimento a partir do instante de sua vigência.

Nesse aspecto, o art. 2º do CPP afirma que: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Com isso, determina a aplicação da lei nova imediatamente, mesmo nos processos em curso, no entanto, assegura a manutenção dos atos já realizados, ratificando-os.

Essa disposição não afronta a comentada regra constitucional, posto que a lei, neste caso, não retroage para prejudicar o réu.

A esse respeito, traz-se a colação a lição de JÚLIO FABBRINI MIRABETE, o qual, comentando o art.2º do CPP, assim se manifestou, *in literes*:

“A lei processual penal não é retroativa pois não está regulando o fato criminoso anterior a ela, regido pelos princípios de aplicação da lei penal, mas os atos processuais a partir do momento em que ela passa a vigor. Poderia retroagir, anulando atos processuais anteriores se expressamente a lei formulasse a exceção e desde que não atingisse direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada.”³⁶

Mais professoral e enfático em suas profícuas lições, o insuperável mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES nos brinda com preciosas lições acerca da natureza da norma processual penal no tempo, e a razão desta não retroagir. Vejamos suas lições, *in literes*:

“A norma processual não tem efeito retroativo. A sua aplicação imediata decorre do princípio, válido para toda lei, de que, na ausência

³⁶ Mirabete, Júlio Fabbrini, Código de Processo Penal Interpretado, pág.31, Editora Atlas – São Paulo, 1994..

de disposições em contrário, não se aplica a norma jurídica a fatos passados, quer para anular os efeitos que já produziram, quer para tirar, total ou parcialmente, a eficácia de efeitos ulteriores derivados desses fatos pretéritos. Logo, os atos processuais, realizados sob a lei revogada, salvo se expressamente disposto o contrário, ‘mantém plena eficácia debaixo da lei nova’, embora esta dite normas jurídicas de conteúdo diferente.”³⁷

E continua o clássico mas atualíssimo autor, discorrendo acerca da compatibilidade entre a norma processual e as regras constitucionais, dizendo, *in verbis*:

“Não briga com esses princípios, ao contrário do que pensam alguns, o que dispõe o artigo 141, parágrafo 27, da Constituição Federal, que diz não poder pessoa alguma ser processada nem sentenciada senão ‘na forma de lei anterior’. * A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LIII, repete o disposto no artigo 141, parágrafo 27, excluído o final ‘e na forma de lei anterior’. * A confusão, em que certos intérpretes incidem, provem de identificarem *forma* com *modus procedendi*, o que é errôneo. O emprego da palavra *forma* concerne aos elementos que dão contextura à lei a ser aplicada: é a forma que dá visibilidade ao preceito (forma dat esse rei) e existência à norma jurídica. ‘Na forma de lei anterior’ significa, portanto, de acordo com o que dispõe a lei anteriormente feita para casos idênticos ao do julgamento.”³⁸

Conforme observado, este princípio traz consigo uma dicotomia de aplicabilidade, com resultados distintos entre sua aplicação à norma material e a norma processual. Vislumbra-se ainda uma exceção a outra regra constitucional, no caso o da garantia de inviolabilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Com isso, entendeu o legislador

³⁷ In Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, pág. 54 – Campinas: Bookseller, 1997.

³⁸ Autor e obra citada, pág. 55.

constituente que, não obstante ter-se como valiosa a coisa julgada, esta não prevalece diante do surgimento de nova ordem jurídica que venha a considerar como lícita a conduta anteriormente reprovável.

A lógica é insofismável, já que seria um despautério manter uma condenação quando a lei nova considera a conduta como penalmente irrelevante.

6.6. Regras dos Crimes Hediondos (XLIII)

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Embora não esteja inserto dentro do conceito de “princípio”, as regras traçadas pela Constituição para o tratamento do crime hediondo possui uma inquestionável importância de cunho de direito penal material, bem como de direito processual.

Demonstrando a preocupação nacional com o aumento e sofisticação da criminalidade, fatos que geram enorme traumas sociais, o legislador constituinte achou por bem fazer constar um rol exemplificativo dos delitos considerados hediondos – na acepção restrita do termo – e fez ainda constar que tais delitos não estariam sujeitos a fiança, anistia e graça, e ainda que responderiam os seus executores, os mandantes e aqueles que, podendo evitá-los, se omitem.

Denota-se na sentença que o legislador constituinte, implicitamente, fez constar a figura da autoridade policial (aqueles que podendo evitar...), e mostrou a imperiosa necessidade de puni-la com rigor em caso de prática de tais delitos.

Impende salientar que o legislador constituinte, ao fazer previsão expressa no texto constitucional de que os crimes hediondos tem tratamento diferenciado na conformidade da Lei (a lei considerará crimes inafiançáveis...), autorizou ao legislador ordinário traçar normas

regulamentadoras dos crimes hediondos, permitindo com isso a adição de novas regras que não previstas anteriormente no texto constitucional.

Por tal motivo, a combatida lei dos crimes hediondos (Lei n.º 8.072/90) foi recepcionada como constitucional pelo STF, o qual, de forma reiterada, lavrou inúmeros acórdãos manifestando-se pela constitucionalidade desta lei.

Assim, a impossibilidade de concessão de liberdade provisória a que alude a Lei n.º 8.072/90, contrario senso, não afronta os dispositivos constitucionais como o “princípio da presunção de inocência”, conforme será mais detidamente analisado quando tratado desse princípio.

O que observa-se a princípio, e o que impõe-se como norte a ser seguido, é que o legislador constituinte desejou imprimir maior rigor no tratamento aos autores dos delitos hediondos, entendendo-se estes como aqueles “horrendos, medonhos, pavorosos, depravados, sórdidos...”, como anotado pelo léxico de Aurélio Buarque de Holanda.

O professor Alberto Silva Franco, comentando o dispositivo constitucional em enfoque, afirmou que o surgimento desse dispositivo decorre do atual movimento de “Lei e Ordem”, o qual vem buscar soluções contra a criminalidade crescente por meio da imposição de penas mais rígidas e aplicação mais inflexível da lei.

Nas palavras do respeitado penalista este afirma, *in verbis*:

“Na linha desse entendimento, o legislador constituinte, sob o impacto dos meios de comunicação de massa, dramatizou a realidade, esquecido de que a violência é cíclica e de que, enquanto o mundo for mundo, sempre haverá, a sacudi-lo, ondas maiores ou menores, de violência. Assim, em nome do movimento da “Lei e da Ordem”, além de criar uma categoria nova de delitos (os crimes hediondos), equiparou-a a outras espécies criminosas (tortura, tráfico ilícito de

entorpecentes e drogas afins e terrorismo), eliminou garantia processual de alta valia (fiança), vedou causas extintivas de punibilidade expressivas (anistia e graça) e, afinal, atribuiu ao legislador ordinário a incumbência de formular tipos e cominar penas, numa luta contra o crime, sem descaso, mas fadada ao insucesso, por ter irracionalismo, passionalidade e unilateralidade.”³⁹

Não obstante o posicionamento do insigne penalista, a inclusão do dispositivo como previsão constitucional foi bem vinda. Não procede, no entanto, a crítica pelo fato do texto constitucional não ter fornecido a definição do que vem a ser crime hediondo.

É de sabença comezinha que um texto constitucional não deve se ater a definições e minúcias, devendo ser o mais simples e abrangente possível (se é que estes dois conceitos podem coexistir num mesmo corpo legislativo que advenha da pena de nossos legisladores). Caberá ao legislador ordinário definir, conceituar o que vem a ser um crime hediondo, e traçar regras processuais para o seu tratamento.

6.7. Princípio do Juiz Natural (XXXVII e LIII)

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Decorrem tais princípios da necessidade do legislador assegurar ao cidadão que ninguém poderia ser julgado ou ter sua causa julgada por juiz “ad hoc”, em substituição ao juiz natural, evitando-se assim ingerência de terceiros sobre a causa. Veda-se ainda a constituição de tribunais ocasionais, de conveniência política, assegurando igualmente a exclusividade da jurisdição ao Poder Judiciário, cujos membros deverão ingressar na carreira mediante concurso público de provas e títulos e obedecer todas as exigências contidas nos arts.93 e segs. da CF/88.

³⁹ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos, pág.27 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

São dois dos princípios que criam a chamada “segurança jurídica”, do qual integram ainda a previsão da vedação do Juízo ou Tribunal de Exceção (art.5º, XXXVII) e completa-se por meio da impossibilidade de modificação da “coisa julgada” (XXXVI).

Cria-se o chamado “monopólio da jurisdição pelo Judiciário”, monopólio este que, longe de ser danoso, constitui uma das garantias da chamada segurança jurídica que todo Estado de Direito deve possuir.

Juiz Natural, nas palavras de Francisco Gerson de Lima, “é aquele dotado de jurisdição constitucional, com competência conferida pela Constituição ou por leis anteriormente ao fato.”⁴⁰

6.8. Princípio do devido processo legal (LIV)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

O insigne Cesare Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das Penas”, cuidando do assunto “processo”, nos brinda com a seguinte visão, *in literes*:

*“Quando o delito é constatado e as provas são certas, é justo que se conceda ao acusado o tempo e os meios para se justificar, se isso lhe for possível; é necessário, contudo, que tal tempo seja bem curto para não atrasar muito o castigo que deve acompanhar de perto o delito, se se quer que o mesmo seja um útil freio contra os criminosos”*⁴¹

O devido processo legal, mandamento constitucional de inquestionável abrangência social, veio solidificar em nosso ordenamento jurídico a consciência da necessidade de se garantir que todo e qualquer cidadão viesse a ter o direito de que seus bens ou sua liberdade

⁴⁰ De LIMA, Francisco Gerson Marques. Fundamentos Constitucionais do Processo. Pág. 182. São Paulo: Malheiros. 2002.

⁴¹ Autor e ob. Cit., pág. 43.

só poderiam ser questionados ou retirados após o necessário processo judicial ou administrativo.

Essa prática, aparentemente banal, era ignorada por parcela considerável dos órgãos públicos civis e militares de todos os rincões de nosso País. E essa omissão era mais sentida no âmbito das corporações castrenses, onde não raro, os oficiais, a pretexto de implementarem “punições disciplinares”, realizavam a “exclusão ex officio a bem da disciplina”, sem permitir que os praças tivesse direito a qualquer processo administrativo visando conceder-lhe ampla defesa e o contraditório.

No âmbito do direito penal, onde encontra-se em jogo a liberdade do indivíduo, além de outros consectários decorrentes de uma condenação penal (perda da primariedade, necessidade de indenizar a vítima, etc.), o devido processo legal é ainda mais fundamental. Em sede de processo penal, há de se atender a dois pontos diametralmente opostos. Um consiste em assegurar a mais ampla defesa, com a dilação que essa exigência acarreta. No ponto oposto encontra-se a imperiosa necessidade de se garantir celeridade processual, posto que a sociedade, destinatária final do resultado dos julgamentos criminais, exigem punição rígida, e que sejam aplicadas em curto espaço de tempo.

Acerca do devido processo legal, o professor **Celso Ribeiro Bastos**, lembrando Couture, afirmou, *in literes*:

“O grande processualista Couture fala mesmo em uma tutela constitucional do processo e que tem o seguinte conteúdo: a existência de um processo contemplado na própria Constituição. Em seguida, a lei deve instituir este processo, ficando-lhe vedada qualquer forma que torne ilusória a garantia materializada na Constituição.”⁴²

⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. Pág.208. São Paulo: Saraiva, 1990.

Assenta-se a idéia de que o devido processo penal constitui, antes de mais nada, um direito fundamental do homem, posto que originário da necessidade de assegurar-se a dignidade da pessoa humana.⁴³

Nada adiantaria, pois, a colocação de direitos fundamentais do homem em nossa Constituição, se não se pudesse garantir a aplicação de tais direitos, o que faz com que alguns doutrinadores façam a diferenciação entre DIREITOS fundamentais e GARANTIAS fundamentais.

A esse respeito, o festejado José Afonso da Silva, citando Hauriou, escreveu:

“A afirmação dos direitos fundamentais do homem no Direito Constitucional positivo reveste-se de transcendental importância, mas, como notara Maurice Hauriou, não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado.”⁴⁴

Por seu turno, o insuperável mestre dos mestres Ruy Barbosa afirmava:

“Uma coisa são os direitos, outra as garantias, pois devemos separar, “no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma

⁴³ Confira “Dignidade da Pessoa Humana e Devido Processo Penal”, de Adauto Suannes, *in* Boletim IBCRim, n.º 70, Setembro de 1998

⁴⁴ Autor cit. *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, pág. 165.

*disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, coma declaração do direito.*⁴⁵

Com isso, assenta-se a idéia de que o devido processo legal (e por conseqüência o processo penal), tem sua gênese na necessidade de assegurar ao homem os instrumentos aptos e eficazes para fazer valer todos os direitos fundamentais que lhe são assegurados na Constituição.

Saliente-se, no entanto, que como anotado por Beccaria, o processo deve ser um instrumento que assegure celeridade, como meio de garantir a eficácia da aplicação da Lei e a concretização da justiça.

Um processo lento, burocrático, intrincado, longe de assegurar direitos, os fere e por vezes os destrói, fazendo com que o jurisdicionado e/ou a sociedade, sofra as conseqüências nefastas que a ineficiência da Justiça causa.

6.9. Princípio da ampla defesa (LV)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

A ampla defesa é uma garantia posta ao cidadão que seja submetido a processo judicial ou administrativo, tendente a assegurar-lhe a utilização de todos os meios (legais) e recursos, para contrapor-se a pretensão do Estado acusador (ou da administração e/ou de terceira pessoa em se tratando de processo civil).

⁴⁵ BARBOSA, Ruy, *in* República: teoria e prática (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Seleção e coordenação de Hilton Rocha), Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978, págs. 121 e 124.

Conforme tratado no tópico acima (6.8), nossa Constituição buscou por a disposição do cidadão instrumento apto a fazer valer os direitos fundamentais que ela assegurou. Para tanto, colocou como instrumento o devido processo legal. Nesse diapasão, pôs ainda a disposição do cidadão a garantia a ampla defesa e ao contraditório, com o fito de fazer com que o instrumento (processo) fosse dotado de funções (ampla defesa e contraditório) tendentes a assegurar a eficiência do instrumento como meio de garantia de direitos.

Diante dessa constatação, tem-se a certeza de que a ampla defesa e o contraditório são mecanismos que visam dar eficácia ao processo, e não mecanismos criados com o fim de embaraçar ou emperrar a marcha processual.

Nesse aspecto, imperioso se faz observar que aludido princípio vem sendo utilizado de forma abusiva por parte de defensores, que, lançando mão do “absoluto princípio da ampla defesa”, passam por cima de regras processuais e atrapalham a marcha processual, comprometendo com isso a própria imagem do Judiciário, já que cria-se a noção de que a “justiça é lenta e só pune pobre”.

É imperativo observar-se, como já feito, que não existe direito absoluto em nosso ordenamento jurídico. Não se pode, pois, sob o pálio de um direito, ferir-se regras processuais, exigir-se coisas absurdas e até mesmo contrapor-se a lei, sob o princípio da “ampla defesa”, como se tal princípio fosse autorização para que se pratique toda sorte de absurdos jurídicos.

Faz-se necessário, portanto, em limitar o exercício da ampla defesa, nos exatos termos em que a constituição limita, ou seja, os meios e recursos a ela inerentes, entendendo-se o termo “inerentes” na acepção mais pura da palavra, qual seja: “que está por natureza inseparavelmente ligado a coisa”. A ampla defesa limita-se aos termos estabelecidos em lei.

6.10. Princípio da vedação da prova ilícita (LVI)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Nossa Constituição Federal, oriunda de um período em que findava um traumático regime de exceção, buscou sempre privilegiar os direitos e garantias individuais, como forma de assegurar igualmente direitos coletivos.

Com esse desiderato, o legislador constituinte fez constar em seu art. 5º, LVI, a regra de que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, impondo assim que ninguém pode ser condenado (processo penal), ou privado de seus bens e direitos (processo civil), mediante a utilização de provas obtidas mediante meio ilícitos.

Mister, portanto, seria definir-se o que configurariam provas ilícitas, as quais, na interpretação literal, seriam todas aquelas obtidas mediante ações criminosas ou obtidas mediante uso de meio ilícito, entendendo estes últimos como aqueles que violem dispositivos legais protetores de direitos, ou nas palavras de Alexandre de Moraes, seriam “aquelas colhidas em infringência às normas de direito material”⁴⁶.

Diante desse dispositivo, temos que a Constituição buscou proibir, afastar, abolir, vedar, as provas tidas como ilícitas, não as aceitando, em hipótese alguma, como prova válida para compor no processo.

Conclui-se, *prima facie*, que a prova ilícita não serve sequer como indicio de prova. Seria essa afirmação de caráter absoluto. A resposta é negativa.

Essa é a visão do combativo Promotor de Justiça brasiliense Renato Barão Varalda, o qual, em artigo intitulado “Visão Ampliativa do Sistema de Admissibilidade de Provas”, defende a possibilidade de utilização de provas obtidas por meios ilícitos quando estas forem necessárias para garantir a condenação de culpados. Discorre o insigne Promotor, *in literes*:

“Tal visão ampliativa de admissão de provas (sistema judicial baseado na ordem objetiva dos valores), como meio de resguardar interesses maiores, em detrimento da privacidade e intimidade, será aplicado no processo penal e civil (indiferentemente), posto que o valor meta (Justiça, art. 3º, I, CF) não faz distinção. A busca da verdade material (real) é o fim ideal a ser realizado pelo Estado-Juiz, por meio da prestação jurisdicional.”⁴⁷

Conforme observado por Alexandre de Moraes, a atual doutrina constitucional passou a prover uma atenuação à vedação da prova ilícita, com o fito de corrigir possíveis distorções, e até mesmo abusos, que a rigidez da exclusão poderia causar em casos de excepcional gravidade. Afirmou o constitucionalista que:

“Essa atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses de admissibilidade de provas ilícitas, que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.”⁴⁸

Não se pode olvidar que a Constituição Federal é antes de mais nada um instrumento de garantias coletivas, e que por sua essência, embora enfatize os direitos e garantias individuais, busca com isso sempre favorecer os interesses coletivos, os quais devem sempre prevalecer sobre o individual. Assim, o direito à segurança (coletivo) deve prevalecer sobre o interesse individual do sigilo telefônico, por exemplo.

⁴⁶ Moraes, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*, pág.259, 3ª Ed. – São Paulo : Atlas, 2000.

⁴⁷ Varalda, Renato Barão. *Visão Ampliativa do Sistema de Admissibilidade de Provas*, Boletim IBCrim, n.º 66, Maio de 1998.

⁴⁸ Moraes, Alexandre de. *Direitos Humanos...*, pág.261.

Essa, no entanto, não é a visão do eminente doutor Fábio Konder Comparato, o qual entende que a prevalência do coletivo, ou da supremacia ética da sociedade sobre o indivíduo leva ao totalitarismo. Vejamos, *in literes*:

“O pensamento moderno rejeita, porém, essa concepção mecanicista do homem, como parte do todo social, pois ela conduz, necessariamente, à conclusão da supremacia ética da sociedade em relação ao indivíduo, razão justificativa dos mais bestiais totalitarismo.”⁴⁹

6.11. Princípio da presunção de inocência (LVII)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A presunção de inocência é princípio de histórica origem, sendo que sua primeira aparição deu-se na obra do mestre Italiano Beccaria, o qual pontificou: “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz.”⁵⁰

Nossa Constituição repetiu essa afirmação com nova construção que lhe robusteceu a garantia, ao incluir o termo “trânsito em julgado”, assegurando ao acusado que, enquanto penderem recursos, poderá considerar-se, ainda, inocente.

Grande tem sido a discussão em torno da prisão cautelar, ou prisão provisória como preferem alguns, e sua suposta ofensa ao princípio da presunção de inocência. Segundo os críticos de tal medida, esta torna-se odiosa porque a prisão, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, anteciparia uma condenação que não se sabe se virá.

⁴⁹ Comparato, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. Revista Consulex, ano IV, Vol. I, n.º48, 31/12/2000, pág. 59.

⁵⁰ Dos Delitos..., pág.37

Os mais afoitos chegam a afirmar que a prisão preventiva é “inconstitucional”, talvez porque não se deram ao trabalho de abrir a *Lex Fundamentalis* antes de dispararem tal aleivosia.

A prisão preventiva, assim como a presunção de inocência, são garantias asseguradas pela nossa Constituição, e encontram-se no mesmo patamar, sendo ambas previstas no art. 5º da Carta Política.

Pelas normas constitucionais insculpidas no art. 5º da *Lex Mater*, as quais ditam os direitos e garantias individuais e coletivos, o direito a liberdade vem no mesmo patamar do direito à segurança, só que esta segurança encontra-se corporificada em seu sentido mais lato, sendo a segurança que compreende a jurídica, a social, a tranquilidade e a paz do corpo social.

A diferença é que a segurança é um direito coletivo amplo e irrestrito, e a liberdade, um direito individual que possui limites, já que esta liberdade pode ser tolhida pelo Estado em caso de prática de crime a que a lei culmine pena de reclusão.

Nossa Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição Cidadã pelo saudoso Ulisses Guimarães, introduziu em seu art.5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência, pelo qual “Ninguém será considerado culpado até o transito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tal princípio vem tendo uma interpretação distorcida, equivocada por se não dizer, diversa daquela prevista pelo legislador constituinte, e isso vem causando tumulto e decisões incoerentes. Tudo por conta de uma interpretação pontual, e não de uma interpretação uniforme do texto constitucional.

De início, o princípio da presunção de inocência veio impedir que os acusados pronunciados tivessem seus nomes inscritos no livro de “ROL DOS CULPADOS”, fato esse que atropelava a marcha natural do processo, pois inscrevia o acusado como culpado antes deste ser submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri. Nesse aspecto, a proibição da

inscrição do nome do acusado veio de bom tom, assegurando com isso que o acusado não fosse considerado culpado de um crime que ainda não havia sido julgado.

Outra decorrência lógica que a previsão veio impedir foi a obrigação do réu em indenizar a vítima ou seus familiares por conta de uma condenação em primeiro grau, quando a questão ainda não havia sido decidida pelo Tribunal de Apelação.

Por fim, buscou-se evitar as prisões absurdas, onde acusados de crimes cuja pena não excediam dois anos, passavam por vezes três ou mais anos encarcerados aguardando julgamento.

Mas ao passo dessa previsão, que visa imprimir maior reflexão ao juiz quando da decisão que determina a prisão de alguém, nossa constituição veio reforçar a possibilidade e necessidade das prisões cautelares.

Para a prisão cautelar, hodiernamente, deve prevalecer ainda o princípio da razoabilidade, entendendo-se este como o que aponta a necessidade da prisão na proporção da lesividade do delito. Assim, não é razoável decretar a prisão por crimes de menor potencial ofensivo, como o caso de lesão culposa ou de um furto simples.

A vista do mesmo artigo 5º da *Lex Fundamentalis*, mais adiante, em seu inciso LXVI, nos deparamos com a seguinte regra: “ninguém será levado a prisão ou nela mantido, **quando a lei admitir a liberdade provisória**, com ou sem fiança”(destaque nosso).

Percebe-se, sem esforço, que a Constituição Federal admitiu a prisão preventiva, e ainda a possibilidade de não se conceder liberdade provisória, quando a lei assim determinar.

Nota-se que o legislador constitucional conferiu ao legislador ordinário a atribuição de indicar em quais situações não seriam admissíveis a concessão de liberdade provisória, ficando estes últimos incumbidos de apontar quais os delitos que reclamavam a ação mais enérgica do legislador. Isso tem razão de ser em decorrência do fato de que o legislador

constituinte não deve se ater a questões detalhadas, competindo-lhe apenas traçar as linhas gerais a serem seguidas pelo ordenamento jurídico nacional.

Ao legislador ordinário cabe o detalhamento da questão, até mesmo em razão de suas maior liberdade de criação e sua maior proximidade com os problemas. Por tal motivo, não se discute mais aqui a constitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, a qual veda a concessão de liberdade provisória aos autores dos delitos ali previstos.

A Constituição, portanto, assegurou a possibilidade do juiz em decretar a prisão cautelar, sem que isso afronte a presunção de inocência.

Essa interpretação é reforçada pelo disposto no inciso LXI, o qual afirma:

“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

Verifica-se que a prisão cautelar deve obedecer alguns requisitos, quais seja, ser emanada de autoridade judiciária competente, atendendo o princípio do Juiz natural (art. 5º, LIII), e que esta seja devidamente fundamentada, atendendo o princípio da fundamentação das decisões judiciais (art.93, IX).

Anota-se ainda que a prisão vem sendo recepcionada por todos os tribunais pátrios e pelo próprio STJ, como medida pertinente, constitucional e necessária, quando o caso assim reclame. Vejamos a esse respeito alguns entendimentos jurisprudenciais, *in verbis*:

STF: “Prisão preventiva. Despacho que a fundamenta na conveniência da ordem pública. Periculosidade revelada pelo acusado, portador de

maus antecedentes. Indícios suficientes da autoria. Materialidade comprovada. Constrangimento ilegal inexistente”⁵¹

STJ: “A periculosidade do réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, basta, por si só, para embasar a custódia cautelar, no resguardo da ordem pública e mesmo por conveniência da instrução criminal”⁵²

STJ: “A prisão preventiva, segundo se depreende do art.311 do CPP, poderá ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, inclusive mediante representação da própria autoridade policial”⁵³

STJ: “A presunção de inocência (CF, art.5º, LVII) é relativa ao Direito Penal, ou seja, a respectiva sanção somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não alcança os institutos de Direito Processual, como a prisão preventiva. Esta é explicitamente autorizada pela Constituição da República (Art.5º, LXI)”⁵⁴

Patente, portanto, a constitucionalidade das prisões cautelares, e a não concessão de liberdade provisória nos casos que a lei assim determinar.

Diante de todo o exposto, conclui-se que todo o ataque ao instituto da prisão preventiva deve-se apenas a visão tosca e unilateral de poucos causídicos, com pensamentos excessivamente liberais, e que tem como único compromisso a liberdade de um indivíduo autor de um delito.

⁵¹ RT 590/451

⁵² JSTJ 8/154

⁵³ RT 619/386-7

A prisão provisória determina o encarceramento de um, para garantir a liberdade da sociedade, a qual torna-se mais segura e livre toda vez que vê longe das ruas pessoas que espalham o medo e a insegurança, tornando-os assim prisioneiros inocentes, de um crime sem castigo.

6.12. Regra da restrição da identificação criminal (LVIII)

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

Cuida-se, na espécie, de norma constitucional de eficácia contida, posto que necessita de norma regulamentadora expressamente prevista no texto constitucional, conforme observado por Alexandre de Moraes⁵⁵.

Entendeu o legislador constituinte que configuraria afronta a dignidade da pessoa humana submeter o civilmente identificado à identificação criminal, em caso do cometimento de algum delito.

Ressalvou, no entanto, a possibilidade de que esta identificação criminal ocorresse, nas hipóteses previstas em lei.

Com isso, criou-se a possibilidade de que uma pessoa, mesmo sendo civilmente identificada, viesse a sofrer a identificação criminal em caso deste ser autor de crime de homicídio, crimes contra o patrimônio praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa, crimes sexuais e de falsificação de documentos, e ainda crime de receptação qualificada. Previu ainda a possibilidade de identificação criminal quando houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração da identidade.

⁵⁴ RT 686/388

⁵⁵ MORAIS, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada, pág.389. Ed. Atlas – São Paulo – 2002.

As previsões de possibilidade de identificação criminal, foram normatizadas por meio da Lei n.º 10.054, de 07.12.2000, a qual elenca ainda outras possibilidades desta vir a ocorrer. Anota-se, por oportuno, que esta identificação dar-se-á por meio de processo de identificação datiloscópico e fotográfico.

Busca-se com isso evitar abusos por parte das autoridades policiais e até mesmo o sensacionalismo midiático que uma identificação criminal pode acarretar em se tratando o autor do delito uma pessoa conhecida. Resguarda-se assim, de uma só vez, a dignidade da pessoa humana e o direito de imagem.

Observa-se ainda que essa nova regra constitucional revogou, por ser com esta incompatível, a súmula 568 do STF, a qual dispunha que: “A identificação criminal do indiciado pelo processo datiloscópico não constitui constrangimento ilegal, ainda que já identificado civilmente.”

6.13. Previsão da queixa subsidiária (LIX)

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

Nesse inciso, o legislador lançou mão do sistema de freios e contrapesos que caracteriza nossa constituição. Isso é dito porque, se por um lado ele atribui a competência privativa ao Ministério Público para interpor a ação penal pública, abolindo com isso a nefasta figura do “promotor ad hoc”, por outro ele abre uma exceção a essa regra, possibilitando a parte ofendida, ou seus familiares, a interposição de ação penal em caso de inércia do agente acusador estatal.

O dispositivo, a primeira vista, conflita-se com a previsão contida no art. 129, I, da CF. É que aquele atribui privatividade da interposição da ação penal pública ao Ministério Público, entendendo-se por privatividade o sentido de exclusividade.

Ocorre que, não obstante essa exclusividade, o que o legislador constituinte buscou foi encontrar mecanismos de preservação do interesse público, sendo a previsão de interposição de ação privada em crimes de ação pública um desses mecanismos de preservação de interesses gerais. É que os crimes de ação penal pública, dizem respeito a interesses sociais, gerais, não limitando-se a esfera de direitos da vítima ou de seus familiares, posto que esses delitos afrontam a própria paz e ordem social.

Nesse sentido, buscou preservar esses interesses gerais por meio da possibilidade de interposição de ação privada em crimes de ação penal pública, quando a inércia injustificada do agente do *Parquet* implique em grave afronta a esses interesses maiores.

Assim, caso o MP não ofereça denúncia após o recebimento das peças informativas (inquérito policial ou representação devidamente instruída com documentos) no prazo estabelecido no **art.46 do CPP**, **poderá a vítima ou seus familiares o fazer**. Havendo a inércia do *dominus litis*, poderá a parte ofendida, invocando o mandamento constitucional insculpido no art. 5º, LIX, bem como o art.100, §3º, do CP, interpor a ação privada.

Em tais casos, a ação é iniciada pelo ofendido ou seu representante legal, mas, tão logo iniciada, passará a ser acompanhada pelo MP, o qual exercerá todas as funções a ele inerentes, tais como requisitar documentos, inquirir testemunhas, e ainda RETOMAR a ação penal em caso de desídia do ofendido.

Impende ressaltar ainda que, não caberá queixa-crime subsidiária quando a ação não se inicia por conta de pedido de arquivamento do inquérito pelo MP, quando este verifica inexistir crime, ou ainda quando a denúncia não é oferecida por conta de pedido de diligências.

Impende ressaltar que essa inércia só se configurará em ausência de pedido de diligências ou de qualquer outra providência pelo agente Ministerial. Não caberá ainda a interposição de ação penal privada em caso de pedido de arquivamento fundamentado por parte do Ministério Público.

6.14. Princípio da publicidade (LX, LXII e LXIV)

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

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;

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;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

A publicidade dos atos pré-processuais (inquéritos e procedimentos administrativos) e processuais, configuram uma garantia aos acusados e uma segurança à sociedade.

Nossa Constituição só limitou a publicidade em dois casos, quais sejam, a defesa da intimidade pessoal e o interesse da sociedade. Pergunta-se aqui quais dois interesses deverá prevalecer em caso de conflitos. Limitar-se-á a publicidade por interesse do acusado, sob o pálio de proteger sua intimidade, mesmo quando essa limitação contrariar os interesses da sociedade, que por conta da natureza do processo ou em razão da qualidade da vítima, desperta grande interesse social?

Entendemos que existem casos em que a sociedade deve ser informada, com o fim de demonstrar lisura nos atos processuais e condução retilínea do processo. Noutros, a intimidade pessoal deve ser preservada, em especial quando tratar-se de casos de direito de família, cujo interesse só restringe-se as pessoas envolvidas.

Assim, contraria o interesse social e a própria constituição a restrição da publicidade em caso de processos criminais, tendo em vista que estes despertam interesse em toda a sociedade, e não somente na pessoa da vítima ou de seus familiares, em especial quando tratarem-se de crimes iniciados mediante Ação Penal Pública Incondicionada.

Se em caso de crimes comuns não se pode limitar essa publicidade, não se deve fazê-lo igualmente em casos que tratem de atos de improbidade administrativa e de crimes de responsabilidade dos agente políticos e funcionários públicos.

O Estado é uma construção do homem que resolveu conviver com seus pares, e para tanto se organizou com o fim de possibilitar essa convivência harmônica. Com esse desiderato, criaram-se as instituições e os governos, como entidades destinadas a representarem o povo e promoverem seu bem estar.

Nesse sentido, o povo, o mesmo que criou o Estado e legitimou a ação dos governantes, dos deputados e senadores, precisa ser informado, por meio de ações públicas, dos atos de seus representantes. É por tal motivo que as seções das assembleias, das câmaras e do senado são públicas.

No que concerne ao Judiciário, essa eleição democrática, onde o povo eleja seus juizes, é fato inexistente em nosso ordenamento. Diferente dessa realidade, foi o ideário posta por **Montesquieu**, o qual previa essa possibilidade de eleição dos magistrados.

Montesquieu, em sua clássica obra “Do espírito das Lei” nos brindou com os ideais da representação popular. Vejamo-la, *in literes*:

“O povo, quando tem o poder soberano, deve fazer por si mesmo tudo aquilo que possa fazer corretamente; e tudo que não pude fazer corretamente, cumpre que o faça por intermédio de seus ministros. Esses ministros somente lhe pertencerão se ele os nomear; assim, é uma máxima fundamental desse governo que o povo nomeie seus ministros, isto é, seus magistrados.”⁵⁶

⁵⁶ Montesquieu. Do Espírito das Leis. Texto integral. Pág. 24. Tradução de Jean Melville. Ed. Martin Claret. São Paulo – 2002.

Mas o que tudo isso tem a ver com o princípio da publicidade?, perguntariam alguns. Tudo.

O Judiciário é, dentre todos os poderes, o que apresenta-se mais fechado, mais inacessível à população em geral. Essa verdade é tão latente que nossa Constituição fez constar a necessidade de “livre acesso ao Judiciário”, como uma das garantias do homem. Há a necessidade não só de garantir o acesso, mas também, e principalmente, a necessidade de que o povo tenha amplo conhecimento de suas ações, de seus julgamentos, de seus posicionamentos frente as questões de maior interesse social.

Essa necessidade imposta pela constituição começa a se refletir através dos seminários abordando a questão do acesso ao Judiciário, e ainda por meio de iniciativa inédita e alvissareira da criação da TV Justiça.⁵⁷

A publicidade do processo, de seu andamento, é antes de mais nada uma forma de democratização da Justiça. Toda e qualquer ação ou medida que tenha por fim restringir informações, deve ser encarada como ato de arbítrios e contrário aos interesses legítimos da população.

Assim, é ilegítima e antidemocrática a chamada “Lei da Mordaza”, que impede a delegados, Promotores de Justiça e magistrados, e a imprensa em geral, de comentarem na imprensa questões referentes a processos que estejam em seu poder.

Os incisos LXII, LXIII e LXIV, por sua vez, são normas auto aplicáveis, não necessitando de lei ordinária que os regulamente, posto que a clareza de suas redações indica essa natureza.

⁵⁷ A revista jurídica Consulex, em sua edição n.º 130, de 15 de junho de 2002, em suas págs.40/44, trás ampla matéria sobre a iniciativa de transmitir por meio de canal de TV os julgamentos dos Tribunais, e a repercussão dessa medida, ressaltando que a TV buscará diminuir a distância entre o povo e o Judiciário, descomplicando a linguagem forense e desmistificando a idéia de que o Judiciário é um poder que distancia-se do povo.

Visam os mencionados incisos tornar pública a prisão, evitando com isso a prisão ilegal, e ainda o conhecimento, por parte do autuado, dos nomes dos agentes que efetuaram sua prisão com o fim de evitar a prática de abuso de autoridade, tortura e outros delitos, que infelizmente, ainda são verificados em nosso corpo policial.

6.15. Regra da limitação da prisão (LXI)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

O dispositivo inserto no inciso LXI veio acabar com as chamadas “prisões para averiguação”, tão costumeiramente praticadas em épocas recentes, e sob os mais variados motivos.

O legislador impôs assim que a prisão só poderá decorrer de flagrante de crime (ou contravenção), ou por meio de ordem FUNDAMENTADA (art. 93, IX da CF/88), de autoridade judiciária competente (juiz natural, art. 5º, LIII).

Excetuou-se, no entanto, os casos de prisão por conta de transgressão militar ou crime militar propriamente dito. Isso não implica dizer, por exemplo, que o militar que tenha contra si uma ordem de prisão não possa ser beneficiado por uma ordem de habeas corpus.

A afirmação, embora soe como absurda é explicada. Até mesmo nos casos de transgressão disciplinar, é necessário o atendimento as normas legais que regem as corporações castrenses, devendo a autoridade que dá a ordem estar calcada nas regras legais, ou seja, autoridade competente e ordem lícita. Assim, em caso da ordem de prisão emanar de autoridade incompetente ou ainda, se esta ordem afrontar a legalidade restrita, a ordem torna-se ilegal (ou ilegítima), o que enseja a concessão de habeas corpus.

O dispositivo execra ainda a chamada “prisão administrativa”, figura nefasta criada na época do regime militar, e ainda prevista em alguns dispositivos de lei.

6.16. Regra da vedação de prisão ilegal (LXV)

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

Revela-se nesse dispositivo fato análogo ao já referido anteriormente, qual seja, as antigas prisões para averiguação praticadas outrora, impondo-se nesses casos a determinação de imediata revogação da prisão.

Mas a aplicação do dispositivo não restringe-se a esse fato. Observa-se, não raras vezes, prisões em flagrante em total desacordo com as normas constitucionais e as normas processuais penal, onde o preso não é cientificado de seus direitos constitucionais, onde o flagrante não vem formado com as testemunhas necessárias, ou até mesmo onde se procede o flagrante de acusados menores de idade, ou menores civilmente sem a presença de curador.

Visa ainda proteger o cidadão contra o chamado “flagrante preparado”, e evitar que se prenda alguém que não tenha sido preso em flagrante, no caso de prisão realizada sem a necessária perseguição contínua **LOGO EM SEGUIDA AO DELITO**.

Por fim, revogando-se a prisão em flagrante que não tenha sido comunicada no prazo legal às autoridades competentes.

Em tais casos, o flagrante precisa ser imediatamente relaxado, pondo-se em liberdade o flagranteado, com o fim de recompor-se a legalidade.

O dispositivo em foco impõe justamente isso, sendo certo que a prisão ilegal configura crime de abuso de autoridade, sujeitando seu executor as sanções previstas na Lei n.º 4.898/65.

Observa-se aqui um fato que vem ocorrendo com certa frequência, e que, a primeira vista pode parecer irregular, mas que, em análise mais detida não configura qualquer ilegalidade.

Trata-se da prática de anular o flagrante e decretar em seguida a prisão preventiva, em casos que a personalidade do agente e o tipo de delito reclamem tal medida.

Ora, a autoridade judicial age corretamente ao relaxar o flagrante ilegal, atendendo com isso a mais restrita legalidade e dando cumprimento ao ordenamento constitucional. Não vislumbramos nenhuma ilegalidade no ato, já que as duas prisões fundam-se por razões diversas.

6.17. Regra da liberdade provisória (LXVI)

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

A presente regra, conforme infere-se por sua redação, não é norma auto-aplicável, prescindindo de lei que o regule.

A norma, portanto, não impede a prisão preventiva nem a prisão em flagrante, apenas garante a liberdade provisória, caso o crime praticado autorize essa liberdade, ou ainda, caso as condições pessoais do preso o recomende. Há, portanto, a necessidade de que a Lei ADMITA a liberdade provisória, não sendo esta, pois, direito subjetivo do réu.

Contrariamente do que defendem alguns, o princípio em tablado não configura a certeza de que a liberdade provisória seja um “direito subjetivo” dos acusados em geral, e que tal princípio afastaria a possibilidade de manter alguém preso.

Nesse ponto, vale lembrar a determinação do CPP, em seu art. 594, que impõe ao réu recolher-se a prisão para poder recorrer.

Pela interpretação do mencionado artigo, estaria claro que a determinação não é inconstitucional, nem fere o princípio da presunção de inocência, já que regularmente prevista em Lei, enquadrando-se desta forma na previsão constitucional.

6.18. Princípio da fundamentação das decisões (art.93, IX)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

Além dos princípios insertos no art. 5º, temos outros como o da fundamentação das sentenças judiciais (art.93, IX), o qual vem motivando inúmeras anulações de decisões judiciais carentes de fundamentação. Frisa-se que esse princípio veio reforçar os arts. 381 e segs. e 408 do CPP e arts. 458 e segs. do CPC.

Nesse tocante, a doutrina e jurisprudência tem dada elevada importância à regra processual traçada pela constituição, conforme infere-se pela transcrição do seguinte entendimento, extraído da obra Código de Processo Civil Comentado, de Nelson Nery Júnior. Vejamos, *verbis*:

“Requisitos da sentença. Faltando qualquer um deles, a sentença é nula. A nulidade pela falta de fundamentação está prevista na CF 93 IX.”⁵⁸

No que concerne ao processo penal, as garantias constitucionais são ainda mais pujantes e explícitas, fazendo com que a Constituição trouxesse uma revolução nas estruturas do processo penal. Fator indicativo dessa nova visão pode ser observado pelos inúmeros julgados dos mais diversos tribunais pátrios, o que leva a certeza de que o direito constitucional processual passa a ser merecedor de maior atenção por parte dos aplicadores da lei.

Vejamos alguns desses entendimentos jurisprudenciais, *in literes*:

“Não é demais repetir-se, até que cale definitivamente e nosso meio jurídico, que o processo penal, mais do que instrumentalidade (a que também serve), tem natureza constitucional; é uma garantia do indivíduo, uma defesa do cidadão contra, precisamente, o arbítrio. Contra os riscos de uma apuração informal, desordenada, imprecisa, genérica, casuística; por conseguinte, ao sabor de inclinações personalíssimas que fariam pender episódica, ocasionalmente para o maior ou menor rigor; na imponderabilidade; portanto, no franco antidireito.” (TACRIM-SP – AP – Rel. Ary Belfort – JUTACRIM-SP 69/300)

“O processo penal tem por primado o princípio do devido processo legal, cujos fundamentos repousam no contraditório e na ampla defesa” (STJ – 6ª T. – RHC 7.568 – Rel. Vicente Leal – j. 9.6.98 – DJU 29.6.98, p.323. Também STJ – RHC 7418)

⁵⁸ Autor e *opus citatum*, pág.823, 2ª Edição, Editora RT, São Paulo, 1996.

“Em sede de ação penal, é de rigor a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como da cláusula do *due process of law*, como preconizado na Carta Magna, no capítulo das garantias individuais (CF, art. 5º, LIV e LV)” (STJ – 6ª T. – REsp. 64.321-0 – Rel. Vicente Leal – RSTJ 87/394)

“Em decorrência da garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), todo acusado tem direito à finalização do processo criminal dentro dos prazos previstos na lei processual ou em tempo razoável, não se tolerando demora injustificável e abusiva por inércia de órgão do Estado-administração” (TACRIM-SP – HC – j. 16.8.95 – Rel. Márcio Bartoli – RT 727/493)

Como visto, a constituição tem se notabilizado como inesgotável fonte de princípios norteadores dos novos rumos do processo, em especial do processo penal.

6.19. Princípio da privatividade da ação penal pública ao Ministério Público(art.129, I)

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

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, nos exatos termos insertos no art. 127 da Constituição da República.

Criou-se com isso a idéia do Ministério Público como um quarto poder, o que de início foi virulentamente atacado por alguns segmentos do chamados “poderes constituídos”, e de doutrinadores em geral.

A idéia clássica de tripartição de poderes criadas por Montesquieu, por certo, encontra-se hodiernamente superada ante a criação de uma nova ordem democrática, na qual o Ministério Público desponta como uma nova faceta dessa nova democracia. Vem a funcionar como um “Poder Moderador”, encarregado ora de fiscalizar as ações dos outros poderes, ora de defender a sociedade dessas ações, e noutra feita, velar e zelar pelos fundamentos democráticos.

De outra sorte, seria pretensioso, e, por se não dizer, antidemocrático, admitir que este “quarto poder” também não fosse fiscalizado pelos demais, e é nesse aspecto que solidifica-se essa nova ordem democrática, onde as instituições democráticas e a população em geral só tem a ganhar.

Mas esse novo Poder, da nova ordem democrática, possui funções variadas e relevantes, sendo destacada, dentre outras, a prerrogativa de promover PRIVATIVAMENTE a ação penal pública, porquanto, os crimes que iniciam-se mediante ação penal pública são aqueles que o legislador classificou como de maior potencialidade ofensiva.

Capítulo VI

Conclusão

O direito constitucional processual, desenvolvido como método de estudo da atuação das normas constitucionais sobre os princípios processuais, é instrumento dos mais eficazes na constante busca de aperfeiçoamento do processo em busca da completa realização da justiça.

Como visto, a constituição é o reflexo da situação política, social e ideológica de uma nação, sendo por esse motivo a norma irradiadora de modificações de visão comportamental dos operadores do direito, não podendo estes deixarem-se levar pelas regras processuais tradicionais que se opõe aos novos princípios traçados pela constituição, sob pena de trilharem um caminho inverso ao da ordem jurídica atual.

A busca dos estudiosos e doutrinadores em inserir no meio jurídico a cultura de submissão das regras processuais à constituição é medida louvável, de inquestionável acerto, e que precisa ser incentivada como forma de aprimoramento das regras processuais, devendo ainda ser ampliada a interpretação das normas processuais sob a ótica das regras constitucionais, permitindo sua instrumentalidade e levando-o ao seu desiderato que é a realização da justiça de forma rápida e eficaz.

Diante do que exposto no presente trabalho, verificamos que as normas constitucionais, longe de apenas traçarem parâmetros gerais, vem verdadeiramente criando normas processuais auto aplicáveis, que em muitos casos não precisam de qualquer outra regulamentação para a sua imediata aplicação, mostrando com isso a preocupação do legislador constituinte em dar nova feição ao processo brasileiro, que se reconhece ser extremamente formal, e por vezes, colaborar para o agravamento do que se convencionou chamar de morosidade da Justiça.

Assim, essa nova visão do processo, colocado como instrumento de concretização da Justiça, vem colaborar para imprimir ao Judiciário uma nova face, criando novos paradigmas e resgatando a confiança da população nesse Poder que é repositório de anseios dos mais diversos, já que trata de casos tão díspares como a honra pessoal até as questões tributárias.

Vamos, portanto, transformar o processo em um instrumento fluído, ágil e eficaz, utilizando para tanto as normas e regras traçadas em nossa Constituição, mostrando com isso que o exercício de interpretação da constituição pode ser mais do que burocratizar as regras processuais, mais do que protelar o final de um processo, mais do que criar novos recursos, mas sim, uma interpretação que implique em rapidez com eficiência, assegurando ao cidadão que a Justiça não tarda nem falha.

Bibliografia

01. BARBOSA, Ruy,. *in República: teoria e prática (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Seleção e coordenação de Hilton Rocha)*, Petrópoles/Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.
02. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.
03. BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas* – tradução Torrieri Guimarães – São Paulo: Martin Claret, 2002.
04. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, e outros *in Teoria Geral do Processo*, 17ª edição, São Paulo : Malheiros Editores, 2001.
05. COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos Direitos Humanos*. Revista Consulex, ano IV, Vol. I, n.º48, 31 de Dezembro de 2000. Editora Consulex: Brasília/DF.
06. DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo: O Direito Processual Constitucional*, *in* Revista Fórum Administrativo – Direito Público, pág.881, Ano I, n.º 7 – Setembro de 2001.
07. FERRAJOLI, Luigi. *A Teoria do Grantismo e seus Reflexos no Direito e no Processo Penal*. Boletim IBCrim, n.º 77, Abril de 1999. São Paulo/SP.
08. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo : Saraiva, 1995.
09. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
10. LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo* – São Paulo: Malheiros, 2002.
11. MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. – Campina : Millennium, 2001.
12. _____, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal* – volume I – Campinas: Bookseller, 1997. 4v
13. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado* – São Paulo : Atlas, 1994.
14. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Jean Melville – São Paulo : Editora Martin Claret, 2002.
15. MORAIS, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*, 3ª edição, São Paulo : Atlas, 2000.
16. _____, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 4ª Edição, São Paulo : Atlas, 1998.
17. NERY, Nelson Júnior, *Código de Processo Civil Comentado*, 2ª Edição, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996.
18. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Canoti de, *in* “JP – Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD – UFMG”, Belo Horizonte, junho de 2000, ano 2, n.º 13, pág.6.
19. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*, 6ª edição, São Paulo : Saraiva, 1996.
20. ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*, 5ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
21. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Editora RT, 1990.

22. SUANNES, Aauto. *Dignidade da Pessoa Humana e Devido Processo Penal*. Boletim IBCrim, n.º 70, Setembro de 1998 – São Paulo.
23. TUCCI, Rogério et alli. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
24. VARALDA, Renato Barão. *Visão Ampliativa do Sistema de Admissibilidade de Provas*, Boletim IBCrim, n.º 66, Maio de 1998 – São Paulo.

